



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 12 marca 2018 r.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
w składzie:

Przewodniczący:	<i>Przewodniczący GKO:</i>	Mariusz Jerzy Golecki (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Adam Trojan
	<i>Członek GKO:</i>	Agnieszka Szymankiewicz
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**,
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2018 r. w sprawie:

- 1) odwołania, wniesionego przez Obwinioną (...) pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora(...), w zakresie w którym przypisano Obwinionej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzeczeniem Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: RIO.XII.53-03/2017,
- 2) odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniesionego na niekorzyść Obwinionej (...) pełniącej w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...), w zakresie w którym uniewinniono Obwinioną od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzeczeniem Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: RIO.XII.53-03/2017.

Zaskarżonym orzeczeniem:

I. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 78 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uniewinniono Panią (...), pełniącą w czasie zarzucanych jej czynów funkcję Dyrektora (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów

publicznych określonego w **art. 5 ust. 1 pkt 2** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że od 14 lutego 2016 r. do 30 sierpnia 2016 r. nie dochodziła od (...) kary umownej w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 14 lutego 2016 r. do 30 sierpnia 2016 r., według stanu na 30 sierpnia 2016 r. w kwocie 99.000 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr 16/2015 zawartej 4 września 2015 r. pomiędzy (...), a (...) prowadzącą Pracownię (...), bowiem wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń, czym naruszono art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 września 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 z późn. zm.) – wobec braku w zarzuconym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

II. uznano Panią (...), pełniącą w czasie zarzucanych jej czynów funkcję Dyrektora (...), za odpowiedzialną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 5 ust. 1 pkt 2** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że od 16 sierpnia 2015 r. do 30 sierpnia 2016 r. nie dochodziła od (...) prowadzącej (...) kary umownej w wysokości 2.214 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 16 sierpnia 2015 r. do 24 marca 2016 r., według stanu na 24 marca 2016 r. w kwocie 491.508 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr ZP.370.14.2014 zawartej w dniu 12 grudnia 2014 r. pomiędzy (...), a (...), bowiem wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń, czym naruszała art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 z późn. zm.).

Obwinionej wymierzono karę nagany oraz obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 316,18 zł.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) uchyła orzeczenie Komisji I instancji w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Przedmiot rozpoznania stanowi odwołania od orzeczenia z dnia 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt: RIO.XII.53-03/2017, wydanego przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o

naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie (zwaną także: „RKO”), którym - na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 78 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwaną także: „uondfp”) - uniewinniła p. (...), pełniącą funkcje Dyrektora (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art 5 ust. 1 pkt 2 uondfp, polegającego na tym, że od 14 lutego 2016 r. do 30 sierpnia 2016 r nie dochodziła od (...) - kary umownej w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 14 lutego 2016 r. do 30 sierpnia 2016 r., według stanu na 30 sierpnia 2016 r. w kwocie 99.000 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr 16/2015 zawartej 4 września 2015 r pomiędzy (...), a (...), bowiem wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń, czym naruszono art 42 ust 5 ustawy z dnia 27 września 2009 r o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077 z późn. zm.) - wobec braku w zarzuconym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ponadto zaskarżonym orzeczeniem RKO uznała p. (...) odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp, polegające na tym, że od 16 sierpnia 2015 r. do 30 sierpnia 2016 r. Obwiniona nie dochodziła od p. (...), kary umownej w wysokości 2.214 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 16 sierpnia 2015 r do 24 marca 2016 r., według stanu na 24 marca 2016 r. w kwocie 491.508 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit c umowy nr ZP.370.14.2014 zawartej w dniu 12 grudnia 2014 r. pomiędzy (...), a (...), bowiem wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń, czym naruszała art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, wymierzając (...) za popełnienie tego czynu karę nagany. Komisja orzekająca w I instancji na podstawie z art. 167 ust. 1 uondfp obciążyła Panią (...) kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

Orzeczenie Komisji Orzekającej w I instancji wydane zostało na tle następującego stanu faktycznego i prawnego.

W przedmiotowej sprawie zawiadomienie o okolicznościach wskazujących na popełnienie naruszenia dyscypliny finansów publicznych w (...) zostało złożone w dniu 30 czerwca 2016 r. przez Marszałka Województwa Warmińsko-Mazurskiego (sygn. K-ZK.1711.8.2016) w związku z postępowaniem kontrolnym przeprowadzonym w (...) – opisanym w wystąpieniu

pokontrolnym znak: K-ZK.1711.8.2016 z 29 czerwca 2016 r. Naruszenia dopuścić się miała p. (...) – pełniąca od dnia 1 czerwca 2013 r. funkcję Dyrektora (...), działając w sposób wypełniający znamiona czynu z art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 uoondfp, a polegający na nieustaleniu oraz niedochodzenie należności z tytułu kary umownej w wysokości 54.000,00 zł (według stanu na 31 maja 2016 r.), związanej z brakiem uzyskania przez Wykonawcę w terminie 60 dni od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu zdawczo-odbiorczego, pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie prac oraz do uzyskania decyzji pozwolenia na budowę (zgodnie z § 2 ust. 3 umowy), a także na nieustaleniu i niedochodzeniu należności z tytułu kary umownej w wysokości 491.508 zł (według stanu na 31 maja 2016 r.), związanej z opóźnieniem w uzyskaniu przez Wykonawcę, pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie prac oraz uzyskania decyzji pozwolenia na budowę (przekazanie pozwoleń nastąpiło po upływie 60 dni od dnia podpisania przez zamawiającego protokołu zdawczo-odbiorczego).

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez RKO w dniu w dniu 27 października 2016 r. skierował do Przewodniczącego RKO wnioski o ukaranie (...) oraz(...)w związku z popełnieniem czynu z art. 5 ust. 1 pkt 2 uoondfp, polegającego na niedochodzeniu należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych.

Rozprawa przed RKO w przedmiotowej sprawie odbyła się w dniu 26 stycznia 2017. Na rozprawę stawili się: Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych – Krzysztof Subocz, Obwiniona (...), Obwiniona (...) oraz obrońca Obwinionych – radca prawny (...). Po przeprowadzeniu rozprawy na której obrońca Obwinionych złożył nowe wnioski dowodowe RKO postanowiła uzupełnić materiał dowodowy, ponadto sprawa p. (...)została wyłączona do odrębnego rozpoznania na podstawie art. 79 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W wyłączonej do odrębnego rozpoznania sprawie p. (...) (sygnatura RIO.XII.53-03/2017) rozprawa odbyła się 21 marca 2017 r. Na rozprawę stawili się Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych Krzysztof Subocz, Obwiniona wraz z obrońcą radcą prawnym (...) oraz świadek (...). Po przesłuchaniu świadka p. (...), Przewodniczący Składu Orzekającego działając na podstawie art. 128 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych odroczył rozprawę, w celu uzupełnienia materiału dowodowego poprzez dowód z przesłuchania świadka(...).

Odroczona 21 marca 2017 r. rozprawa przed RKO odbyła się 11 kwietnia 2017 r. z udziałem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Krzysztofa Subocza, Obwinionej (...) wraz z obrońcą radcą prawnym (...) oraz świadka (...).

Komisja Orzekająca w I instancji ustaliła następujący stan faktyczny.

W dniu 12 grudnia 2014 r. pomiędzy (...) , a Wykonawcą - (...) zawarta została umowa Nr ZP.370.14.2014 na przygotowanie dokumentacji projektowej rewitalizacji (...).

Natomiast w dniu 4 września 2015 r. pomiędzy (...), a (...) zawarta została umowa Nr 16/2015, na podstawie, której powierzono Wykonawcy przygotowanie dokumentacji projektowej remontu pałacu stanowiącego siedzibę (...).

Zgodnie z zapisem § 2 ust. 3 ww. umów, Wykonawca zobowiązany został do uzyskania pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie badań konserwatorskich i archeologicznych oraz pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie prac, a także uzyskania decyzji pozwolenia na budowę w terminie 60 dni od dnia podpisania przez zamawiającego protokołu zdawczo-odbiorczego. Natomiast zgodnie z § 4 ust. 2 umowy, Zamawiający zobowiązał się do wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy na podstawie faktury wystawionej na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego (...) oraz po złożeniu przez Wykonawcę w imieniu zamawiającego wniosków do właściwych organów o wydanie pozwolenia na budowę oraz pozwolenia właściwego konserwatora zabytków.

W obu umowach zostały zastosowane zapisy dotyczące zabezpieczenia karami umownymi za opóźnienie odnoszące się do konieczności uzyskania pozwoleń wojewódzkiego konserwatora zabytków i pozwoleń na budowę zakreślając przy tym na realizację tego zadania w terminie 60 dni od podpisania protokołu zdawczo - odbiorczego. W przypadku umowy dotyczącej rewitalizacji (...) karę umowną za opóźnienie ustalono w wysokości 0,5% wartości

wynagrodzenia za każdy dzień, czyli 2.214 zł, natomiast w przypadku umowy dotyczącej remontu (...) karę umowną za opóźnienie ustalono kwotowo na 500 zł za dzień.

Pomimo braku realizacji obowiązków związanych z uzyskaniem wymaganych pozwoleń w terminie 60 dni od dnia podpisania protokołów zdawczo-odbiorczych (...) nie dochodziło od Wykonawcy obu umów kar umownych. Powództwa częściowe zostały zgłoszone do Sądu w dniu 25 stycznia 2017 r.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy RKO ostatecznie stwierdziła, że odnośnie do pierwszego zarzutu, tj. niedochodzenia kar umownych w związku z umową Nr 16/2015 Zamawiający nie udzielił Wykonawcy pełnomocnictwa do występowania w imieniu (...) do właściwych organów o uzyskanie pozwoleń w sprawie remontu (...). W ocenie Komisji pełnomocnictwa, do czynności, o których mowa powyżej nie można domniemywać również z zapisów łączącej strony umowy Nr 16/2015 z dnia 4 września 2015 r. Z uwagi na powyższe jednoznacznie należy stwierdzić, że Wykonawca nie miał możliwości wykonania obowiązku, o którym mowa w § 2 ust. 3 umowy, za co odpowiedzialność ponosi jedynie Zamawiający. Tym samym w ocenie Komisji (...) miało podstaw do naliczenia kar umownych w oparciu o zapisy § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c) umowy.

Tym samym zgodnie z regulacją art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów w związku z brakiem podstaw do naliczenia przez (...) kar umownych z tytułu opóźnienia w uzyskaniu przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego wymaganych w umowie Nr 16/2015 pozwoleń, w ocenie Komisji jednoznacznie stwierdzić należy, że w zarzuconym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wobec czego Obwinioną (...) od przedmiotowego zarzutu należało uniewinnić.

W odniesieniu do drugiego zarzutu dotyczącego niedochodzenia kar umownych z umowy Nr ZP.370.14.2014 RKO uznała, że stan faktyczny sprawy był zasadniczo odmienny od postępowania dotyczącego umowy Nr 16/2015, albowiem w przypadku realizacji umowy Nr ZP.370.14.2014 z dnia 12 grudnia 2014 r. Zamawiający, tj. (...), udzielił Wykonawcy pełnomocnictwa do uzyskania w jego imieniu pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie badań konserwatorskich i archeologicznych oraz uzyskania pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie prac na podstawie wykonywanego wielobranżowego projektu budowlano-wykonawczego, a także do uzyskania

decyzji pozwolenia na budowę (przyznane przez Obwinioną oraz świadka (...)). Co więcej wnioski do obu organów zostały złożone, choć w przypadku wniosku do konserwatora zabytków został on złożony przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na podnoszone przez Obrońcę Obwinionej argumenty o niemożliwości skutecznego dochodzenia na gruncie przepisów prawa cywilnego kary umownej w wysokości ustalonej przez Rzecznika w oparciu o zapis § 7 ust. 2 lit. c) na kwotę 491.508 zł, gdyż sąd cywilny (gospodarczy) decydując o wysokości kary umownej z pewnością wzięłyby pod uwagę fakt, że całościowo, w sposób prawidłowy Wykonawca zrealizował przedmiot umowy określony w § 1 umowy z dnia 12 grudnia 2014 r., zdaniem RKO przyjęć należało, iż dla ustalenia odpowiedzialności Obwinionej za zarzucony czyn znaczenie ma fakt, że kwestie związane z wysokością kar umownych zostały ustalone na mocy zgodnej umowy stron, a żadna z nich do chwili ujawnienia nieprawidłowości w toku kontroli Marszałka Województwa Warmińsko-Mazurskiego tych zasad nie kwestionowała.

Ostatecznie RKO zatem uznała, że rozważania cywilistyczne nie mogą bezpośrednio wpływać na podjęcie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności na gruncie przepisów ustaw o finansach publicznych i odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO zwróciła w tym miejscu uwagę na to, że ewentualne ryzyko przegrania sprawy w wypadku skierowania jej na drogę postępowania sądowego, nie powinno wpływać na dochodzenie kar umownych. Pogląd przeciwny prowadziłby bowiem - zdaniem Komisji Orzekającej I instancji - do wniosku, że zakładając teoretyczną przegraną sporu na drodze sądowej zawsze można zaniechać jakichkolwiek czynności zmierzających do dochodzenia należności, co stałoby w sprzeczności z regulacją art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oznaczając, iż ustawodawca stworzył przepis zbędny, którego nie da się zastosować. W związku z tym uznać należało, że Obwiniona(...)ponosi odpowiedzialność za zarzucony jej czyn z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów polegający na tym, że od dnia 16 sierpnia 2015 r. do dnia 30 sierpnia 2016 r. nie dochodziła od (...) kary umownej w wysokości 2.214 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 16 sierpnia 2015 r. do 24 marca 2016 r., według stanu na 24 marca 2016 r. w kwocie 491.508 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr ZP.370.14.2014 zawartej w dniu 12 grudnia 2014 r.

W ocenie Komisji Orzekającej I instancji Obwiniona miała możliwość uniknięcia zaistniałych nieprawidłowości, poprzez sprawdzenie na etapie przetargu, czy w zapisach umowy wykreślono 60-dniowy termin na uzyskanie wymaganych zezwoleń. Miała bowiem świadomość tego, że tak krótki termin może być niemożliwy do zachowania. Zdaniem RKO

Obwiniona była przede wszystkim zobligowana do zapoznania się z treścią umowy przed jej podpisaniem, czego jednak nie uczyniła. Regionalna Komisja Orzekająca uznała, iż stopień szkodliwości popełnionego przez Obwinioną czynu dla finansów publicznych jest znaczny.

Ustalając wysokość kary RKO wzięła pod uwagę stopień szkodliwości rozpatrywanego w przedmiotowej sprawie naruszenia dla finansów publicznych, jak również motyw, sposób i okoliczności działania Obwinionej i postawiła wymierzyć Obwinionej (...) karę nagany, a więc karę łagodniejszą od zawnioskowanej przez Rzecznika.

Od przedmiotowego orzeczenia odwołania złożyli obrońca Obwinionej oraz Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy RIO w Olsztynie.

W odwołaniu obrońca zarzucił orzeczeniu naruszenie przepisów prawa mające wpływ na wydane rozstrzygnięcie polegające na niewłaściwym zastosowaniu:

- 1) art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp, poprzez jego niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, iż Obwiniona dopuściła się naruszenia dyscypliny finansów publicznych, poprzez zaniechanie dochodzenia kary umownej należnej (...);
- 2) art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, poprzez jego niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że Obwiniona miała obowiązek ustalenia kary umownej w wysokości 491.508 zł z tytułu umowy zawartej z (...);
- 3) Jednocześnie obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w części objętej pkt II-III i rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, tj. uniewinnienie Obwinionej (...) od zarzucanych jej czynów, a także uchylenie pkt IV zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Obrońca obszernie uzasadnił swój wniosek, odnosząc się zasadniczo do dwóch kwestii. Po pierwsze zdaniem obrońcy, w dacie orzekania nie zachodziły przesłanki z art. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów, gdyż nie miało miejsca niedochodzenie należności, rozumiane jako zaniechanie podjęcia prawem określonych

czynności, których celem jest wyegzekwowanie ustalonej należności. W tym miejscu Obrońca powołał się na pogląd reprezentowany w literaturze (L. Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. n, WKP, 2012), a także na stanowisko Głównej Komisji Orzekającej, która w orzeczeniu o sygn. DF/GKO-4900-56/60/07/2487 wskazała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, iż Obwiniony nie pobrał należności, jeżeli ustawowy termin ich dochodzenia nie upłynął w dacie orzekania. Co za tym idzie, zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 2 uoondfp można postawić dopiero wtedy, gdy upłynął termin przedawnienia dla danego roszczenia, bądź też wystąpiły inne prawne przesłanki uniemożliwiające jego wyegzekwowanie), a o zaniechaniu dochodzenia można mówić jedynie, jeżeli dochodzenie tej należności nie jest już prawnie dopuszczalne. Obrońca powołał się w tej kwestii na orzecznictwo GKO oraz poglądy doktryny, a jednocześnie zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie ustawowy termin przedawnienia dochodzenia roszczeń wynikających z umowy jeszcze nie upłynął a, co za tym idzie, nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zaniechaniu dochodzenia należnej kary umownej. Po drugie, zdaniem Obrońcy RKO błędnie przyjęła jako podstawę odpowiedzialności Obwinionej kwotę stanowiącą maksymalną wysokość potencjalnej kary umownej, podczas gdy kwota ta w żaden sposób nie odzwierciedla kwoty potencjalnego uszczuplenia.

Od orzeczenia RKO odwołanie złożył także Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, zarzucając mu obrazę przepisów prawa - art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zw. z art. 19 ust. 1 tej ustawy poprzez przyjęcie, że w zarzuconym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na brak podstaw do naliczenia przez (...) kar umownych z tytułu opóźnienia, gdy faktycznie takie podstawy istniały, a zarzucany Obwinionej czyn wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Rzecznik zarzucił jednocześnie obrazę art. 33 ust. 1 - 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż przy prawidłowej ocenie, że Obwiniona popełniła oba zarzucane czyny zachodziła przesłanka do wymierzenia wnioskowanej kary pieniężnej. Jednocześnie - zdaniem Rzecznika - nie sposób przyjąć, aby Zamawiający nie chciał udzielić pełnomocnictwa dla Wykonawcy o ile ten wykazałby wolę, żeby je uzyskać. Wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń, zaniechał jakichkolwiek działań zmierzających do uzyskania, a tym samym nie wywiązał się z umowy i był zobowiązany do uiszczenia kary

umownej. Zarzucany Obwinionej czyn wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Rozpoznając sprawę Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

Zaskarżone orzeczenie wydane przez RKO w Olsztynie nie jest prawidłowe.

W odniesieniu do pierwszego z zarzucanych czynów, Komisja Orzekająca I instancji uniewinniła Obwinioną ze względu na to, że nie była w stanie przypisać jej odpowiedzialności za popełnienie czynów określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Uzasadniając uniewinnienie Komisja stwierdziła, że Zamawiający nie udzielił Wykonawcy pełnomocnictwa do występowania w imieniu (...) do właściwych organów o uzyskanie pozwoleń w sprawie remontu (...). W ocenie Komisji Orzekającej I instancji pełnomocnictwa nie można domniemywać również z zapisów łączącej strony umowy Nr 16/2015 z dnia 4 września 2015 r. Z uwagi na powyższe Wykonawca nie miał możliwości wykonania obowiązku, o którym mowa w § 2 ust. 3 umowy, za co odpowiedzialność ponosi jedynie Zamawiający. Tym samym w ocenie RKO, (...) nie miało podstaw do naliczenia kar umownych w oparciu o zapisy § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy. Zgodnie z regulacją art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku, gdy w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a przedmiotowy fakt stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu. W ocenie GKO przedmiotowe orzeczenie budzi poważne wątpliwości, gdyż Regionalna Komisja Orzekająca w sposób nieuprawniony przyjęła, że Wykonawca nie miał możliwości wykonania obowiązku, o którym mowa w § 2 ust. 3 wskazanej umowy, ponieważ nie uzyskał pełnomocnictwa do występowania w imieniu (...) do właściwych organów. Tym samym Obwiniona nie dochodziła od (...) kary umownej należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr 16/2015 zawartej 4 września 2015 r. pomiędzy (...), bowiem wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń. GKO nie podziela argumentacji zaprezentowanej w uzasadnieniu orzeczenia RKO. Należy bowiem zauważyć, że w

przedmiotowej sprawie (...) zobowiązała się umową nr 16/2015 zawartą 4 września 2015 r. do uzyskania przez Wykonawcę w terminie 60 dni od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu zdawczo-odbiorczego, pozwolenia właściwego konserwatora zabytków na prowadzenie prac oraz do uzyskania decyzji pozwolenia na budowę (zgodnie z § 2 ust 3 umowy). Uzyskanie tego pozwolenia i decyzji wymagało podjęcia szeregu działań, takich jak; sporządzenia wniosków, złożenia ich, pozyskiwania dokumentów, uzupełniania ich stosownie do potrzeb. Z przedstawionego w sprawie stanu faktycznego wynika, że Wykonawca nie podjął żadnych działań w tym zakresie. Tymczasem jest rzeczą oczywistą, że działania Wykonawcy wymagają współpracy z Zamawiającym, bez której wykonanie zadania może okazać się niemożliwe. Wykonawca działa bowiem w oparciu o dokumenty przekazywane przez Zamawiającego i w tym zakresie jest od niego faktycznie w swoich działaniach uzależniony. Posiada jednocześnie wiedzę odnośnie do tego, co powinien uzyskać i jakie kroki podjąć, aby wywiązać się z umowy. Obowiązek Zamawiającego polega zaś na tym, że ma on dostarczać dokumenty, zapewniać dostęp do obiektów na wniosek Wykonawcy. Jednocześnie obowiązek taki nie obejmuje jednak wyręczenia Wykonawcy w zakresie ciężących na nim zobowiązań, czy też ustalenia koniecznych do podjęcia przez Wykonawcę działań. Wszak jest rzeczą nie budzącą wątpliwości, że to Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy i jeśli w ramach realizacji ciężących na nim obowiązków stwierdził, że osiągnięcie takiego celu wymaga uzyskania pełnomocnictwa od Zamawiającego, powinien wystąpić i monitorować uzyskanie przedmiotowego pełnomocnictwa, dokładając w ten sposób należytej staranności niezbędnej dla zrealizowania umowy. Tymczasem w ustalonym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości fakt, że firma (...) nie podjęła żadnych działań w celu uzyskania wymaganych pozwoleń. Z zebranego materiału dowodowego wynika także, iż Wykonawca nie przewidywał w ogóle zrealizowania umowy w tym zakresie. Ma to kluczowe znaczenie dla dokonanych przez GKO ustaleń. Należy bowiem przyjąć, że w związku z tą okolicznością doszło niewątpliwie do naruszenia umowy przez Wykonawcę. Tym samym RKO błędnie przyjęła, że Wykonawca nie miał możliwości wykonania obowiązku, o którym mowa w § 2 ust. 3 umowy, za co odpowiedzialność ponosi jedynie Zamawiający. Tym samym - w ocenie GKO - (...) miało podstawy do naliczenia kar umownych w oparciu o zapisy § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy. Wykonawca nie uzyskał wymaganych pozwoleń, a co więcej, zaniechał jakichkolwiek działań zmierzających do ich uzyskania, przez co tym samym nie wywiązał się z umowy i był zobowiązany do uiszczenia kary umownej. Zarzucany Obwinionej czyn wyczerpuje zatem znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2

uondfp, polegającego na niedochodzeniu, nie zaś skutecznym dochodzeniu, roszczeń. Nigdzie w materiale dowodowym nie znajduje się informacja dowodząca, że Obwiniona miała zamiar, czy też faktycznie dochodziła kary umownej. Natomiast ocena skuteczności takich działań na płaszczyźnie cywilnoprawnej jest irrelevantna dla przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w przeciwnym razie przepis art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp musiałby uwzględniać tę okoliczność jako warunek dochodzenia należności, gdy tymczasem ustawodawca przesłanki takiej nie wprowadził. Ten sam argument ma zastosowanie do oceny drugiego czynu,

W odniesieniu do drugiego czynu co do zasady uznać należało, że Obwiniona (...) ponosi odpowiedzialność za zarzucony jej czyn z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów, polegający na tym, że od dnia 16 sierpnia 2015 r. do dnia 30 sierpnia 2016 r. nie dochodziła od (...) kary umownej w wysokości 2.214 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 16 sierpnia 2015 r. do 24 marca 2016 r., według stanu na 24 marca 2016 r. w kwocie 491.508 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr ZP.370.14.2014, zawartej w dniu 12 grudnia 2014 r.

Podzielić należy co do zasady pogląd wyrażony przez RKO (w odpowiedzi na podnoszone przez Obróncę Obwinionej argumenty o niemożliwości skutecznego dochodzenia na gruncie przepisów prawa cywilnego kary umownej w wysokości ustalonej przez Rzecznika w oparciu o zapis § 7 ust. 2 lit. c) na kwotę 491.508 zł, gdyż sąd cywilny (gospodarczy) decydując o wysokości kary umownej z pewnością wzięłyby pod uwagę fakt, iż całościowo, w sposób prawidłowy Wykonawca zrealizował przedmiot umowy określony w § 1 umowy z dnia 12 grudnia 2014 r.), zgodnie z którym przyjąć należy, że dla ustalenia odpowiedzialności Obwinionej za zarzucony czyn znaczenie ma fakt, że kwestie związane z wysokością kar umownych zostały ustalone na mocy zgodnej umowy stron, a żadna z nich do chwili ujawnienia nieprawidłowości w toku kontroli Marszałka Województwa Warmińsko-Mazurskiego tych zasad nie kwestionowała. GKO przychyliła się w tym względzie do stanowiska Komisji Orzekającej I instancji uznając, że rozważania cywilistyczne dotyczące prawdopodobieństwa zaspokojenia roszczenia nie mogą wpływać na podjęcie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności na gruncie przepisów ustaw o finansach publicznych i odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a ewentualne ryzyko przegrania sprawy w wypadku skierowania na drogę postępowania sądowego, nie powinno co do zasady wpływać na dochodzenie kar umownych. Pogląd przeciwny prowadziłby do wniosku, że zakładając teoretyczną przegraną sporu na drodze sądowej zawsze można zaniechać jakichkolwiek czynności zmierzających do dochodzenia należności – stałoby to w

sprzeczności z regulacją art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oznaczając, że ustawodawca stworzył przepis zbędny, którego nie da się zastosować oraz z obowiązkiem dochowania należytej staranności w zakresie dbałości o interes publiczny. Jednocześnie GKO zwraca uwagę na to, że jednak koniecznym jest uwzględnienie dwóch okoliczności. Po pierwsze, zaniechanie dochodzenia roszczenia nie jest tożsame z niepobraniem należności. Zgodnie ze stanowiskiem reprezentowanym przez GKO, rozróżnić należy niedochodzenie należności od niepobrania należności.

Tym samym zauważyć należy, że zarzut niedochodzenia należności w przedmiotowej sprawie, wbrew stanowisku wyrażonemu przez Obrońcę, został prawidłowo postawiony. Od momentu, gdy roszczenie jest wymagalne, a nie podjęto żadnych działań w celu jego wyegzekwowania, zachodzi sytuacja niedochodzenia roszczenia. Przepis art. 5 ust. 1 pkt. 2 uoondfp przewiduje, że czynem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych jest nie tylko niepobranie, ale także niedochodzenie. Działania te nie mają jednak charakteru rozłącznego, bowiem ustawodawca posłużył się w tym przepisie spójnikiem lub odnoszącym się do alternatywy zwykłej. Art. 5 ust. 1 pkt. 2 uoondfp bowiem stanowi, że „niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia”. Co więcej, podstawę do oceny dochodzenia roszczenia stanowić powinno ustalenie wysokości kar umownych zgodne z treścią zawartej umowy, nie zaś miarkowane w dowolny sposób z uwzględnieniem innych okoliczności, tak bowiem należy w tym przypadku rozumieć zwrot „wynikająca z prawidłowego obliczenia” w treści art. 5 ust 1 pkt. 2 uoondfp. W związku z tym, tak jak uczynił to w przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności Rzecznik, a następnie RKO uznać należało, że Obwiniona p. (...) potencjalnie mogłaby ponosić odpowiedzialność za zarzucony jej czyn z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów polegający na niedochodzeniu od (...) kary umownej w wysokości 2.214 zł za każdy dzień zwłoki licząc od 16 sierpnia 2015 r. do 24 marca 2016 r., według stanu na 24 marca 2016 r. w kwocie 491.508 zł należnej dla (...) stosownie do § 2 ust. 3, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. c umowy nr ZP.370.14.2014 zawartej w dniu 12 grudnia 2014 r.

GKO podziela także przekonanie wyrażone przez Komisję Orzekającą I- instancji, że Obwiniona miała możliwość uniknięcia zaistniałych nieprawidłowości, poprzez sprawdzenie na etapie przetargu, czy w zapisach umowy wykreślono 60-dniowy termin na uzyskanie wymaganych zezwoleń. Miała bowiem świadomość tego, że tak krótki termin może być

niemożliwy do zachowania. Obwiniona była przede wszystkim zobligowana do zapoznania się z treścią umowy przed jej podpisaniem, czego jednak nie uczyniła.

Jednocześnie oceniając szkodliwość czynu dla finansów publicznych Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że stopień szkodliwości popełnionego przez Obwinioną czynu dla finansów publicznych jest znaczny. Twierdzenie to nie zostało jednak poparte żadnym tokiem rozumowania ani prawidłowo uzasadnione. Tymczasem określenie stopnia szkodliwości czynu stanowi konieczny element postępowania. W tym względzie przytoczyć należy Wyrok WSA w Warszawie z 14.02.2017 r. V SA/Wa 448/16, w którym sąd wskazał na konieczność precyzyjnego dokonania ustaleń oraz przedstawienia tych ustaleń w treści uzasadnienia, czego w przedmiotowej sprawie zabrakło. Ponadto RKO powinna uwzględnić na tym etapie wyniki postępowań sądowych dotyczących przedmiotowej sprawy w kontekście potencjalnego oszacowania szkody wynikającej z niedochodzenia przez Obwinioną należności dla finansów publicznych. Rozważania te powinny zatem uwzględniać ocenę stanu faktycznego i prawnego, w szczególności zaś wysokości dochodzonych kar umownych dokonana przez sąd w postępowaniu cywilnym, gdyż jak zauważa w powołanym wyroku WSA w Warszawie, **(Wyrok WSA w Warszawie z 14.02.2017 r. V SA/Wa 448/16)**, „Na gruncie tego przepisu, a także celu i logiki innych szczegółowych rozwiązań przyjętych na gruncie przywołanej ustawy wynika, że **społeczna szkodliwość dla finansów publicznych jest stopniowalna**, co w sytuacji jej znikomości skutkuje przeszkodą orzekania o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – postępowania nie wszczyna się, a wszczęte umarza (art. 78 ust. 1 pkt 7 ustawy). Do przesłanek uwzględnianych przy tej ocenie należy waga naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki naruszenia. Wszystkie czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych są szkodliwe społecznie.” Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 28. 1. uondfp nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, a jednocześnie przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia. W przedmiotowej sprawie RKO ustaleń takich w rzeczywistości nie dokonała. Tymczasem jest to konieczne dla określenia jednej z przesłanek odpowiedzialności jaką stanowi stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Regionalna Komisja Orzekająca ponownie rozpoznając sprawę rozważy zatem wagę naruszonych obowiązków sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki niedochodzenia kar umownych. Następnie oceni te okoliczności w kontekście art. 28 uondfp.

GKO w tym miejscu zwraca także uwagę na brzmienie art. 21 uondfp, który reguluje kwestię czasu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Obwinionej zostały zarzucone czyny polegające na zaniechaniu. Zatem za moment, w którym zarzucane czyny miały miejsce uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić. Określenie daty naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest jednym z kluczowych warunków umożliwiających przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tym stanie rzeczy GKO zwraca uwagę, że Komisja I instancji ponownie rozpoznając sprawę powinna dookreślić termin popełnienia zarzucanych Obwinionej czynów. Wskazanie bowiem daty początkowej i końcowej, w której miało miejsce nieuprawnione działanie, jest niewystarczające w związku z brzemieniem art. 21 uondfp. GKO zauważa także, że konieczne jest również w zakresie czynów z zaniechania, w sytuacji gdy przepisy prawa nie wskazują wprost daty należnego działania, uzasadnienie przez Komisję I instancji ustalonej daty popełnienia czynu.

Mając na uwadze, że Obwiniona została uniewinniona w oparciu o art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 19 ust. 1 uondfp od jednego z zarzucanych czynów, z drugiej zaś strony w odniesieniu do drugiego czynu, gdzie Obwinionej przypisano winę, RKO nie uwzględniła całokształtu okoliczności sprawy, w tym rezultatów postępowań sądowych mających istotne znaczenie dla określenia stopnia szkodliwości czynu, konieczne jest uchylenie orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.