



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 6 października 2014 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Protokolant:		<i>Hanna Kąkol</i>

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 12 czerwca i 6 października 2014 r. odwołania Obwinionego (...), zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z 12 grudnia 2013 r., sygn. akt: RKO.5011.32.2013, którym uznano Pana (...) winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych, określonych w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) - zwanej dalej także ustawą, polegających na udzieleniu zamówień publicznych na:

- 1) „Przebudowę ulicy (...) na odcinku od ulicy (...) do posesji nr 51” w drodze porozumienia zawartego w dniu 22 października 2010 r. z „(...)”, o wartości 499.000 zł,
- 2) „Zaprojektowanie i wybudowanie ulicy (...) pomiędzy ulicą (...) wraz z infrastrukturą towarzyszącą” w drodze porozumienia zawartego w dniu 16 listopada 2010 r. z (...) Sp. z o.o. o wartości 1.931.944,00 zł

- wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)

oraz wymierzono Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 5 611,37 zł i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 25 października 2012 r. Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomił Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie (zwanego dalej także Rzecznikiem I instancji) o ujawnionych w trakcie kontroli w Urzędzie Miasta i Gminy w (...) naruszeniach dyscypliny finansów publicznych. Rzecznik I instancji postanowieniem z dnia 21 stycznia 2013 r. wszczął postępowanie wyjaśniające. Następnie pismem z dnia 30 kwietnia 2013 r., sygn. DF-RI.5001.257.2012, złożył wniosek o ukaranie wobec Pana (...) pełniącego funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...).

Wniosek o ukaranie obejmuje zarzut popełnienia czynów kwalifikowanych, zgodnie z datą ich popełnienia w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej uondfp), a w dacie sporządzenia wniosku o ukaranie w art. 17 ust.1b pkt 1 uondfp. Znamiona czynów karalnych polegały na udzieleniu zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych a tym samym naruszony został obowiązek wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rzecznik I instancji uznał, iż w oparciu o art. 19 ust.1 i 2 uondfp, Obwiniony (...) jest odpowiedzialny za bezprawne udzielenie zamówień, z

pominięciem trybów zamówień publicznych, realizując zadanie pn: „Przebudowa ulicy (...) na odcinku od ulicy (...) do posesji nr 51” w drodze porozumienia zawartego w dniu 22 października 2010 r. z (...) o wartości 499 000 złotych, a także zadanie pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie ulicy (...) pomiędzy ulica (...) wraz z infrastruktura towarzyszącą” w drodze porozumienia zawartego w dniu 16 listopada 2010 r. z (...) Sp.z.o.o. o wartości 1 931 944 złotych.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie (zwana dalej także RKO) orzeczeniem z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn.. akt RKO.5011.32.2013., uznała Obwinionego (...) winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych, polegających na udzieleniu zamówień publicznych na „Przebudowę ulicy (...) na odcinku ulicy (...) do posesji nr 51” w dniu 22 października 2010 r. oraz w dniu 16 listopada 2010 r. na „Zaprojektowanie i wybudowanie ulicy (...) pomiędzy ulica (...) wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. W obu przypadkach Obwiniony udzielił zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wypełnia znamiona czynu karalnego kwalifikowanego, w dacie orzekania, w art. 17 ust.1b pkt 1 uondfp. Na tej podstawie, zgodnie z art. 31 ust.1 pkt 3 uondfp wymierzono Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 5611,37 złotych stanowiącą 0,5 miesięcznego wynagrodzenia Obwinionego należnego za rok 2010 r. oraz obciążono kosztami postępowania zgodnie z art. 167 ust.1 uondfp.

Komisja I instancji, orzekając w niniejszej sprawie, prawidłowo ustaliła kwalifikację prawną czynów zarzucanych i przypisanych Obwinionemu stosując właściwie przepis art. 24 uondfp. W aktualnym w dacie orzekania stanie prawnym zarzuty stawiane obwinionemu noszą znamiona naruszenia polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 1b pkt 7 uondfp). Pomimo nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych uregulowania zawarte we wskazanych we wniosku przepisach nie zostały zmienione a zmiana ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest w zakresie popełnionych czynów jedynie zmianą numerów jednostek redakcyjnych.

Komisja I instancji ustaliła, iż w dniu 4 września 2003 r. oraz w dniu 30 grudnia 2004 r. Gmina (...) zawarła z wykonawcą (...), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą „(...)”. porozumienia dotyczące partycypowania w budowie infrastruktury Gminy (...). Strony

porozumienia ustaliły dobrowolną opłatę partycypacyjną z przeznaczeniem na rozbudowę infrastruktury Gminy (...) z tytułu udostępnienia sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej do określonych budynków w kwotach 54.000 złotych (porozumienie nr 24 z dnia 4 września 2003 r.) oraz w kwocie 432.000 złotych (porozumienie nr 30 z dnia 30 grudnia 2004 r.).

Efektom trwającej od roku 2003 współpracy pomiędzy Firmą „(...)” stało się porozumienie zawarte w dniu 22 października 2010 r. stanowiące o zobowiązaniu do nieodpłatnego przekazania na rzecz Gminy (...) nakładów finansowych poniesionych na budowę ulicy (...) pod warunkiem zrzeczenia się wobec Gminy (...) jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu. Porozumienie zawierało także zobowiązanie Gminy (...) do zapłaty na rzecz „(...)” PRI kwoty 13.000 złotych z tytułu różnicy pomiędzy nakładami faktycznie poniesionymi na budowę ulicy (...) a kwotami określonymi w porozumieniach nr 24 i 30, co skutkowało wynagrodzeniem wykonawcy kwotą 499.000 złotych wyliczoną jako suma kwot wynikających z porozumień nr 24 i 30, powiększonych o kwotę 13.000 złotych.

Komisja I instancji rozważając stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdziła, iż zawierając porozumienie w dniu 22 października 2010 r. naruszone zostały przepisy o zamówieniach publicznych a w szczególności art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą wybranym w trybie określonym przepisami o zamówieniach publicznych.

RKO dokonała analizy przepisów zarówno ustawy o finansach publicznych, definicji zamówienia publicznego i elementów definicji w zakresie odpłatnego charakteru świadczenia i ostatecznie przyjęła, iż Obwiniony zawierając porozumienie w dniu 22 października 2010 r. udzielił zamówienia publicznego naruszając obowiązek wyboru wykonawcy w procedurze zgodnej z przepisami o zamówieniach publicznych.

W zakresie zarzutu udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych w związku z zawarciem porozumienia w dniu 16 listopada 2010 r. Komisja I instancji przeanalizowała porozumienia i ugody zawierane przez Miasto (...) z firmą (...), obejmujące zadania rozbudowy infrastruktury Gminy (...). Ostatecznie w porozumieniu z 16 listopada 2010 r. postanowiono, w § 3, znieść pomiędzy stronami roszczenia finansowe wynikające z zawartych porozumień nr 36/2006, 4/2007 i 49/2007. Komisja I instancji przyjęła, iż Zamawiająca Gmina (...) ustalała z wykonawcą zadania dobrowolne opłaty partycypacyjne z przeznaczeniem na rozbudowę

infrastruktury komunalnej, których rozliczenie następowało w drodze potrącenia różnicy pomiędzy wysokością opłat a kwotą nakładów poniesionych przez inwestora na infrastrukturę Gminy lub wypłacane przez Gminę jako świadczenie nienależne. W przypadku porozumienia z dnia 16 listopada 2010 r. RKO przyjęła jako wartość zamówienia kwotę 1.931.944 złote, tj. sumę nakładów pieniężnych na zaprojektowanie i wybudowanie ul (...).

Odwołanie od niniejszego orzeczenia, pismem z dnia 27 stycznia 2014r. wniósł Obwiniony, reprezentowany przez obrońcę, wnosząc o uchylenie orzeczenia w całości. Odwołujący wskazał na brak ustalenia wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla prawidłowego rozstrzygnięcia i błędne zastosowanie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 17 ust.1b pkt 1 uoandfp. Wniósł o zmianę orzeczenia i wydanie orzeczenia o uniewinnieniu Obwinionego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zarzucił orzeczeniu skrajny formalizm. Orzeczenie, w ocenie Odwołującego, nie zawiera prawidłowego rozważenia istoty sprawy, nie uwzględnia okoliczności faktycznych i prawnych, nie uwzględnia stanowiska obrońcy, nie uwzględnia wniosków dowodowych i pomija regulacje przyjęte przez Radę Miejską w (...) w zakresie opłat partycypacyjnych na rozwój infrastruktury komunalnej. W ocenie Odwołującego, rozliczenia jakie wynikały z podjętych uchwał RM w (...) powinny być oceniane przez pryzmat przepisów prawa cywilnego a nie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Główna Komisja Orzekająca, po rozpatrzeniu zebranego w sprawie materiału dowodowego, stwierdza iż dowody zebrane w sprawie dają podstawy do oceny stawianych Obwinionemu zarzutów. W toku rozprawy przed GKO, istniała także możliwość uzupełnienia materiału dowodowego tak aby zaspokoić żądania stron związane z prawidłowym wyjaśnieniem okoliczności faktycznych tej sprawy. Obrońca obwinionego złożył wnioski dowodowe ale nie wskazał na jaką okoliczność wymaga przeprowadzenia dowodu i jaki skutek można osiągnąć prowadząc dodatkowe postępowanie dowodowe. Obrońca wnioskował aby Główna Komisja Orzekająca rozważyła, jak Burmistrz Miasta mógł zawierać umowy o zamówienie publiczne, gdy Jego działania były realizacją zawartych wcześniej porozumień. Jednocześnie obrońca Obwinionego wskazywał na treść uchwał, określających zasady partycypacji w kosztach rozwoju inwestycji gminnych, ale uchwałą taka na rozprawie nie dysponował a także nie znał numeru i daty jej podjęcia. W toku postępowania obrońca podtrzymywał, iż Obwiniony działa zgodnie z aktami prawa miejscowego i był zobligowany wykonać porozumienia z wykonawcami gdyż porozumienia te w sferze prawa stanowiły umowy cywilnoprawne.

Główna Komisja Orzekająca na podstawie art. 89 ust. 3 pkt 1 i 3 postanowiła oddalić wniosek dowodowy o dopuszczenie uchwały w sprawie opłat partycypacyjnych uznając, iż dokument ten nie ma znaczenia dla istoty rozpatrywanej sprawy oraz w związku z tym, że okoliczność bezprawności czynu nie może być zanegowana aktem niższego rzędu.

W tych okolicznościach należało dokonać oceny stanu prawnego tej sprawy i rozważyć, czy postępowanie Obwinionego polegające na zawarciu porozumień na realizację zadań jednostki samorządu terytorialnego stanowiły działanie podlegające przepisom prawa cywilnego, uszczegółowionego uchwałami organu stanowiącego, czy też działanie to nosi znamiona udzielenia zamówień publicznych, tak jak to zakwalifikowała Komisja I instancji.

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia publiczne definiuje się jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja zamówień publicznych jest spójna z definicją zawartą w art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie, pomiędzy jedną instytucją zamawiającą lub większą liczbą instytucji zamawiających a jednym wykonawcą lub większą liczbą wykonawców, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy). Z analizy prawnej i utrwalonego orzecznictwa wynika, iż zamówieniem publicznym jest umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - w postaci usługi, dostawy lub roboty budowlanej, które zostały wykonane na jego rzecz, jak i wykonawca, w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznie pieniężnej, postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu.

Zgodnie z definicjami przedmiotowymi zamówienie publiczne obejmuje świadczenia robót budowlanych, dostaw lub usług z tym, że katalog rodzajowy nie został zamknięty a więc umowy o podobnym charakterze stają się zamówieniami publicznymi - vide: wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r., KIO 1470/11, www.uzp.gov.pl/ (...) definicja wskazana w ustawie Prawo zamówień publicznych eliminuje obowiązek wytworzenia rzeczy, w przeciwieństwie do definicji zawartej w kodeksie cywilnym (art. 605 k.c.). Ponadto Izba zauważa również, że w świetle przytoczonej definicji, biorąc pod uwagę, iż katalog wymienionych w niej umów (umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu) nie jest zamknięty należy stwierdzić, że ustawodawca nie ograniczył stronom przyszłej umowy o zamówienie publiczne (a w szczególności Zamawiającemu przygotowującemu postępowanie o udzielenie

zamówienia) możliwości ukształtowania stosunku prawnego odpowiednio do swoich potrzeb w taki sposób, aby zapewniło to w przyszłości właściwą realizację przedmiotu zamówienia. Należy zatem stwierdzić, że otwartym katalogiem umów wskazanych w definicji dostawy ustawodawca umożliwił ukształtowanie stosunku prawnego w inny sposób niż w oparciu o umowę sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy czy też leasingu, a polegającą chociażby na wzajemnej wymianie bez konieczności sięgania po środki pieniężne (tzw. "umowa barterowa") bądź też dopuszczającą częściowe rozliczenie środkami niepieniężnymi z zastrzeżeniem jednak, że taka umowa powinna wypełniać wszystkie przesłanki zawarte w definicji "zamówienia publicznego". Zgodnie z definicją "zamówienia publicznego" sformułowaną w art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym do wskazania, że zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, konieczne jest aby umowa była odpłatna, jej stronami byli zamawiający i wykonawca, zaś przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odnosząc się do przywołanej definicji zamówienia publicznego szczególną uwagę zwrócić należy na odpłatność umowy o takie zamówienie. W doktrynie prawa cywilnego przyjęto, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje korzyść majątkową (rozumianą zarówno jako korzyść o charakterze pieniężnym, jak również inną korzyść majątkową w postaci świadczeń niepieniężnych). Zamówienia publiczne pozostają umowami zawieranymi pomiędzy równoprawnymi podmiotami – zamawiającym oraz wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilnoprawnych regulowanych w k.c., z zastrzeżeniem wszelkich szczególnych wymagań, przewidzianych w przepisach o zamówieniach publicznych, co do ich treści i sposobu nawiązywania. Powyższe znajduje dodatkowe potwierdzenie w stosowanych, generalnych odesłaniach do k.c., zawartych w art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowej sprawie objęto rozważaniami czynności Obwinionego polegające na zawarciu porozumień związanych z przebudową ulic, zaprojektowaniem i wybudowaniem ulicy, rozbudową infrastruktury Gminy (...) itd. Nie został podważony fakt, iż strony porozumienia realizowały zadania komunalne na obszarze działania samorządu Miasta (...).

Art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz. U z 2013 poz. 594, z późn. zm.) stanowi, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych

gminy a w szczególności zadania własne obejmują sprawy m.in. ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska i przyrody oraz gospodarki wodnej, gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz.

Natomiast ustawa z dnia 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236) określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb. Gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Zgodnie z art. 3. ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 oraz z 2010 r. Nr 106, poz. 675), przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536) i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13) albo na zasadach ogólnych.

Także ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 885, z późn. zm.), w art. 44 ust. 4, nakazuje aby jednostki sektora finansów publicznych zawierały umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

Ostatecznie obowiązek udzielania zamówień publicznych spoczywa na każdej jednostce sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych o czym stanowi art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Główna Komisja Orzekająca na podstawie stanu prawnego, z którego wywodzi się obowiązek udzielania zamówień publicznych przez jednostkę samorządu gminnego dokonała analizy postanowień porozumień objętych zarzutami przypisanymi obwinionemu (...) i stwierdza, co następuje.

Porozumienie z dnia 22 października 2010 r. dotyczy wcześniej zawartych porozumień nr 24 i 30 obejmujących realizację rozbudowy infrastruktury Gminy (...) z tytułu udostępnienia sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej do budynków. Zgodnie z § 3 porozumienia Gmina (...) zobowiązała się do zapłaty na rzecz (...) w terminie do dnia 31 grudnia 2010r. kwoty 13.000 zł z tytułu różnic pomiędzy nakładami faktycznie poniesionymi na budowę ulicy (...)a kwotami określonymi w porozumieniach nr 24 i 30 a także kwoty 50.000 z tytułu nabycia prawa własności do działki nr ewidencyjny 142/4 .

Natomiast w porozumieniu z dnia 16 listopada 2010r. dotyczącym zaprojektowania i wybudowania odcinka ul. (...) wykonawca zadania zobowiązał się do poniesienia nakładów na realizowane zadania a jednocześnie oświadczył, że zrzeka się jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu wobec Gminy (...).

W ocenie GKO, treść porozumień objętych niniejszą sprawą dowodzi, iż strony zawarły umowy cywilno-prawne na mocy których wykonawcy zobowiązali się zrealizować roboty budowlane. Zgodnie z materiałem dowodowym porozumienia miały służyć rozwojowi infrastruktury komunalnej, w której partycypował podmiot prywatny. Nie można zaakceptować stanowiska Odwołującego się, jakoby podstawą rozliczeń pomiędzy Gminą (...) a stronami porozumień, mogły być jedynie przepisy prawa cywilnego a nie ustawa Prawo zamówień publicznych.

Należy zwrócić uwagę na przepisy prawa, z których wynika obowiązek wykonywania zadań publicznych zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. Szczególna ustawa, jaką jest ustawa Prawo zamówień publicznych, wyłącza cywilnoprawne zasady tworzące swobody kontraktowe. Jednostka sektora finansów publicznych zobowiązana jest do wyboru wykonawcy w trybach Prawa zamówień publicznych z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i bezstronności.

Porozumienia oceniane w niniejszej sprawie stanowią zamówienia publiczne w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż stroną porozumień jest jednostka sektora finansów publicznych realizująca zadania publiczne. Przedmiotem porozumień stała się realizacji infrastruktury komunalnej kwalifikowana jako roboty budowlane. Porozumienia bez wątpliwości mają charakter odpłatny. Nie ma znaczenia w niniejszych rozważaniach fakt, takiego uregulowania kwestii rozliczeń aby uniknąć wyraźnego zobowiązania do wypłaty wynagrodzenia wykonawcy zadań. Zgodnie z utrwalonymi poglądami i orzecnictwem umowa ma charakter odpłatny nawet wówczas gdy nie przewiduje bezpośredniej płatności ceny przez zamawiającego a jej odpłatny charakter może wynikać z innych form wynagrodzenia. Ponadto charakter odpłatny umowy należy oceniać przez pryzmat korzyści jaką osiąga wykonawca nawet jeżeli nie wyraża się ona w przelewie środków.

GKO uznała zatem za trafne argumenty przywołane przez RKO, przemawiające za przypisaniem Obwinionemu odpowiedzialności. Zasadne było także zastosowanie przez Komisję I instancji, przy ocenie czynów zarzucanych Obwinionemu, stanu prawnego obowiązującego w czasie orzekania. GKO także stosowała przepisy obowiązujące w czasie orzekania, uznając, że stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia czynów nie był względniejszy dla Obwinionego. GKO podzieliła także w pełni argumenty RKO w przedmiocie przypisania Obwinionemu winy za stwierdzone nieprawidłowości. Nie do przyjęcia jest bowiem teza, że Obwiniony pełniąc od wielu lat funkcję burmistrza nie ponosi odpowiedzialności za te nieprawidłowości. To właśnie obwiniony, jako kierownik jednostki (kierownik zamawiającego), pełniący funkcje od wielu lat, miał obowiązek podejmowania działań zgodnych z prawem. Za w pełni trafne GKO uznała także argumenty RKO w przedmiocie wymierzenia Obwinionemu kary pieniężnej w wysokości 5 611,37 zł.

Uwzględniając powyższe, GKO orzekła, jak w sentencji.