



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 21 stycznia 2016 r.

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

| | | |
|------------------------|---------------------|-------------------------------|
| Przewodniczący: | <i>Członek GKO:</i> | Tomasz Ślaboszowski |
| Członkowie: | <i>Członek GKO:</i> | Klaudia Stelmaszczyk |
| | <i>Członek GKO:</i> | Paweł Kryczko (spr.) |
| Protokolant: | | <i>Mateusz Woźniak</i> |

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 21 stycznia 2016 r., odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniesionego na niekorzyść (...) (zam. ul. (...)) – w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych Zastępcy Dyrektora Wydziału (...) Urzędu Miasta (...) oraz Y (zam. ul. (...)) – w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych Dyrektora Wydziału (...) Urzędu Miasta (...), jak i odwołania wniesionego przez Panią X, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Gdańsku z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt: KO.0022-26-8-29/14, którym Regionalna Komisja Orzekająca:

- uznała Obwinioną X winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 3 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 „ustawą”, polegającego na dopuszczeniu do przedawnienia z dniem 12 marca 2012 r. należności gminy Miasto (...) w kwocie 707.234,40 zł poprzez zaniechanie dochodzenia w terminie roszczenia gminy w postaci jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości w związku z uchwaleniem miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego od firmy (...) z siedzibą w (...), która w dniach: 24 sierpnia 2009r. i 14 grudnia 2009r. zbyła prawo użytkowania wieczystego działek objętych miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejon ulic (...)w mieście (...) (uchwała nr (...) Rady Miasta (...) z dnia 26 października 2006r., która weszła w życie w dniu 11 marca 2007r.), czym naruszono art. 37 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych,

Sygn. akt BDF1.4800.121.2015

- uniewinniła Pana **Y** od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy (art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązującego w czasie popełnienia czynów) polegającego na udzieleniu w okresie od dnia 1 lutego do dnia 31 grudnia 2011r. szeregu zamówień publicznych na świadczenie usług geodezyjno - kartograficznych za łączną cenę 878.908,68 zł, z tego:

- a) przedsiębiorstwu „(...)” (...)– w okresie od 16 marca do 9 listopada 2011r. zawarto 17 umów o łącznej cenie 49.795,20 zł,
- b) przedsiębiorcy (...)– w okresie od 4 do 12 lutego 2011r. zawarto 3 umowy o łącznej cenie 7.202,88 zł,
- c) przedsiębiorcy (...)– w dniu 6 grudnia 2011r. zawarto 2 umowy o łącznej cenie 5.412 zł,
- d) przedsiębiorcy (...)w okresie od 7 marca do 19 grudnia 2011r. zawarto 20 umów o łącznej cenie 52.065,90 zł,
- e) przedsiębiorcy „(...)”, – w okresie od 25 marca do 25 listopada 2011r. zawarto 8 umów o łącznej cenie 25.830 zł,
- f) przedsiębiorcy (...)– w okresie od 18 lutego do 6 grudnia 2011r. zawarto 22 umowy o łącznej cenie 63.652,50 zł,
- g) Przedsiębiorstwu (...)– w okresie od 16 lutego do 20 grudnia 2011r. zawarto 31 umów o łącznej cenie 81.844,20 zł,
- h) Biuru (...)– w okresie od 14 lutego do 15 grudnia 2011r. zawarto 45 umów o łącznej cenie 144.537,30 zł,
- i) (...)– w okresie od 3 lutego do 14 grudnia 2011r. zawarto 13 umów o łącznej cenie 41.241,90 zł,
- j) (...)– w dniach: 27 czerwca i 8 lipca 2011r. zawarto 2 umowy o łącznej cenie 4.157,40 zł,
- k) przedsiębiorcy (...)– w okresie od 3 lutego do 20 grudnia 2011r. zawarto 45 umów o łącznej cenie 202.777,80 zł,
- l) spółce cywilnej (...)– w okresie od 14 marca do 18 listopada 2011r. zawarto 18 umów o łącznej cenie 50.774,40 zł,
- m)(...) – w okresie od 4 lutego do 24 listopada 2011r. zawarto 50 umów o łącznej cenie 110.121,90 zł,
- n) (...)– w okresie od 17 marca do 21 listopada 2011r. zawarto 9 umów o łącznej cenie 39.495,30 zł,

bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co naruszyło art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy,

oraz wymierzyła Obwinionej **X** karę nagany i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł, natomiast wobec Pana **Y** orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

I. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy uchyla zaskarżone orzeczenie w części dotyczącej (...)X i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania.

II. na podstawie art. 146 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy uchyla zaskarżone orzeczenie w części dotyczącej (...)Y i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania.

(zdanie odrębne zgłosił Członek składu
orzekającego GKO – Paweł Kryczko)

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Gdańsku rozpatrzyła na rozprawie w dniu 20 marca 2015 r. sprawę wniosku Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 31 października 2014 r. Wskazany wniosek Rzecznik wniósł o ukaranie trzech osób, tj. X, Y oraz (...), za popełnienie czynów niepozostających ze sobą w jakimkolwiek związku. Sprawa Pani (...) została prawomocnie rozstrzygnięta i nie będzie przedmiotem niniejszego uzasadnienia.

Rzecznik we wniosku o ukaranie zarzucił X- Zastępcy Dyrektora Wydziału (...)Urzędu Miasta (...), popełnienie zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, polegającego na dopuszczeniu do przedawnienia z dniem 12 marca 2012 r. należności gminy w kwocie 745.366,80 zł, poprzez zaniechanie dochodzenia w terminie roszczenia gminy w postaci jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości w związku z uchwaleniem miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego od firmy (...) z siedzibą w (...), która w dniach: 24 sierpnia 2009 r. i 14 grudnia 2009 r. sprzedała prawo użytkowania wieczystego działek objętych miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejon ulic (...)w mieście (...), czym naruszono art. 37 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, co wyczerpało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone wart. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej także „ustawą”).

Sygn. akt BDF1.4800.121.2015

Z kolei **Y** - Dyrektorowi Wydziału (...) Urzędu Miasta (...), Rzecznik zarzucił popełnienie zawinione naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu w okresie od dnia 1 lutego do dnia 31 grudnia 2011 r. szeregu zamówień publicznych na świadczenie usług geodezyjno - kartograficznych za łączną cenę 878.908,68 zł, z tego:

- a) przedsiębiorstwu (...)- w okresie od 16 marca do 9 listopada 2011 r. zawarto 17 umów o łącznej cenie 49.795,20 zł,
- b) przedsiębiorcy (...)- w okresie od 4 do 12 lutego 2011 r. zawarto 3 umowy o łącznej cenie 7.202,88 zł,
- c) przedsiębiorcy (...) - w dniu 6 grudnia 2011r. zawarto 2 umowy o łącznej cenie 5.412 zł,
- d) przedsiębiorcy (...)- w okresie od 7 marca do 19 grudnia 2011 r. zawarto 20 umów o łącznej cenie 52.065,90 zł,
- e) przedsiębiorcy (...), - w okresie od 25 marca do 25 listopada 2011 r. zawarto 8 umów o łącznej cenie 25.830 zł,
- f) przedsiębiorcy (...)- w okresie od 18 lutego do 6 grudnia 2011 r. zawarto 22 umowy o łącznej cenie 63.652,50 zł,
- g) Przedsiębiorstwu (...)- w okresie od 16 lutego do 20 grudnia 2011 r. zawarto 31 umów o łącznej cenie 81.844,20 zł,
- h) (...)- w okresie od 14 lutego do 15 grudnia 2011 r. zawarto 45 umów o łącznej cenie 144.537,30 zł,
- i) (...)- w okresie od 3 lutego do 14 grudnia 2011 r. zawarto 13 umów o łącznej cenie 41.241,90 zł,
- j) (...)- w dniach: 27 czerwca i 8 lipca 2011 r. zawarto 2 umowy o łącznej cenie 4.157,40 zł,
- k) przedsiębiorcy (...)- w okresie od 3 lutego do 20 grudnia 2011 r. zawarto 45 umów o łącznej cenie 202.777,80 zł,
- l) spółce cywilnej (...)- w okresie od 14 marca do 18 listopada 2011 r. zawarto 18 umów o łącznej cenie 50.774,40 zł,
- m) (...)- w okresie od 4 lutego do 24 listopada 2011 r. zawarto 50 umów o łącznej cenie 110.121,90 zł,
- n) (...)- w okresie od 17 marca do 21 listopada 2011 r. zawarto 9 umów o łącznej cenie 39.495,30 zł,

bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, co naruszyło art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i ust. 2 cyt. ustawy oraz wyczerpało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 1 obowiązujący w czasie popełnienia ww. czynów).

Po rozpatrzeniu wniosku o ukaranie, na rozprawie w dniu 20 marca 2015 r, Regionalna Komisja Orzekająca - w dniu 26 marca 2015 r. - wydała orzeczenie, którym uznała **X** za odpowiedzialną popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, polegającego na dopuszczeniu do przedawnienia z dniem 12 marca 2012 r. należności gminy Miasto (...) w kwocie 707.234,40 zł, poprzez zaniechanie dochodzenia w terminie roszczenia gminy w postaci jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości w związku z

uchwaleniem miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego od firmy (...) z siedzibą w (...), która w dniach: 24 sierpnia 2009 r. i 14 grudnia 2009 r. zbyła prawo użytkowania wieczystego działek objętych miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejon ulic (...), (...) w mieście (...), czym naruszono art. 37 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, co wyczerpało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Jednocześnie Komisja, na podstawie art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy, uniewinniła Y od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w okresie od dnia 1 lutego do dnia 31 grudnia 2011 r. szeregu zamówień publicznych na świadczenie usług geodezyjno - kartograficznych za łączną cenę 878.908,68 zł, bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co w ocenie oskarżenia naruszyło art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i ust. 2 cyt. ustawy, tj. od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 1 obowiązujący w czasie popełnienia ww. czynów).

Komisja wymierzyła X karę nagany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i obciążyła obowiązkiem zwrotu kwoty 291,71 zł tytułem kosztów postępowania.

W odniesieniu do zarzutu postawionego X Komisja ustaliła w szczególności, że uchwałą z dnia 26 października 2006 r. (opublikowaną w Dz. Urz. Woj. Pomor. z dnia 09.02.2007 r. Nr (...), poz. (...)) Rada Miasta (...) przyjęła miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejonu ulic (...), (...) w mieście (...). Uchwała weszła w życie z upływem 30 dni od dnia jego ogłoszenia, tj. w dniu 12 marca 2007 r. W powyższej uchwale w § 6 ust. 2 określono 30% opłatę z tytułu wzrostu wartości nieruchomości związanej z uchwaleniem miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Nieruchomości położone w (...), działki o numerach 19/2, 20/2, 27, 28/1, 28/2, 28/3, 32/3, obręb 22 zgodnie z nowo przyjętym planem zagospodarowania znajdowały się w strefie - teren zabudowy mieszkaniowo-usługowej (zawierający teren zabudowy mieszkaniowej M23 i teren usługowy U33 bez ustalania proporcji między terenami mieszkaniowymi i usługowymi).

W dniu 12.03.2007r., działki nr 19, 20, 27, 28 i 32/2 w obrębie ewidencyjnym 022 w (...) stanowiły własność Gminy Miasta (...). Na działkach nr 27, 28 i 32/2 było dodatkowo ustanowione prawo użytkowania wieczystego.

W dniu 24 sierpnia 2009r. (...) S.A. z siedzibą w (...), działając jako komandytariusz spółki komandytowej pod firmą "(...)" z siedzibą w (...), w wykonaniu zobowiązania z umowy spółki do wniesienia wkładu niepieniężnego, przeniósł na spółkę komandytową "(...)" z siedzibą w (...):

- prawo użytkowania wieczystego działek: nr 28/2 obszaru 399 m² oraz działki nr 28/3 obszaru 4.409 m²,
- udział wynoszący 16/100 części w prawie współużytkowania wieczystego działki nr 28/10 obszaru 13.540 m²,
- udział wynoszący 16/100 części w prawie współużytkowania wieczystego działki nr 32/3 obszaru 100 m².

Sygn. akt BDF1.4800.121.2015

Wypis aktu notarialnego repertorium A nr (...) stwierdzającego dokonanie powyższego przeniesienia wpłynął do Urzędu Miasta (...) w dniu 2 września 2009 r.

W dniu 14 grudnia 2009 r. (...) z siedzibą w (...), działając jako komandytariusz spółki komandytowej pod firmą "(...)" z siedzibą w (...), w wykonaniu zobowiązania z umowy spółki do wniesienia wkładu niepieniężnego przeniósł na spółkę komandytową "(...)" z siedzibą w (...):

- prawo użytkowania wieczystego działek: nr 27 obszaru 4.324 m² i działki nr 28/1 obszaru 720 m²,

- prawo użytkowania wieczystego działki gruntu nr 19/2 obszaru 327 i nr 20/2 obszaru 412 m²,

- udział wynoszący 20/100 części w prawie współużytkowania wieczystego nieruchomości działki: nr 32/3 obszaru 100 m² i nr 28/10 obszaru 13.540 m².

Wypis aktu notarialnego stwierdzającego dokonanie powyższego przeniesienia wpłynął do Urzędu Miasta (...) w dniu 5 stycznia 2010 r.

W dniu 11.03.2011 r. w Urzędzie Miasta (...) sporządzono zawiadomienie o wszczęciu wobec firmy (...) z siedzibą w (...) postępowania w przedmiocie naliczenia jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości (objętych ww. aktami notarialnymi z dnia 14.12.2009 r. i 24.08.2009 r.) w związku z uchwaleniem ww. miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Zawiadomienie podpisała X. Zawiadomienie nie zostało doręczone firmie (...) S.A. z siedzibą w (...). W ramach tego postępowania kolejne czynności podjęto w dniu 14.06.2013 r.: wtedy sporządzono wnioski o wykonanie map sytuacyjno-wysokościowych, wnioski o wykonanie dokumentów z ewidencji gruntów oraz wnioski o zlecenie wyceny. Następnie rzeczoznawca majątkowy (...) sporządziła operat szacunkowy z dnia 04.07.2013 r., określający wartość rynkową nieruchomości położonych w (...) w rejonie ulic (...) działki nr 28/2, 28/3, 28/10, 32/3, 27, 19/2, 20/2 z którego wynikało że wartości nieruchomości na skutek uchwalenia ww. miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejonu ulic (...), (...) w mieście (...) nie wzrosły. W dniu 12.11.2013 r. wydano decyzję umarzającą postępowanie w związku z ustaleniem, że nie nastąpił wzrost wartości nieruchomości. Decyzję w imieniu Prezydenta Miasta (...) podpisała X. Decyzję (...) z siedzibą w (...) odebrała w dniu 19.11.2013 r.

Niezależnie od powyższego postępowania w sprawie ustalenia opłaty dnia 12.03.2012 r. w urzędzie pocztowym nadano zawiadomienie o wszczęciu wobec firmy (...) z siedzibą w (...) postępowania administracyjnego w przedmiocie naliczenia jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości (objętych ww. aktami notarialnymi z dnia 14.12.2009 r. i 24.08.2009 r.) w związku z uchwaleniem miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Na egzemplarzu zawiadomienia znajdującym się w Urzędzie Miasta (...) datę sporządzenia zawiadomienia: „11.03.2012 roku” poprawiono na: „09.03.2012 roku”. Firmie (...) z siedzibą w (...) w dniu 15 marca 2012 r. doręczono egzemplarz zawiadomienia z datą jego sporządzenia: "11.03.2012 r.". Obydwa egzemplarze zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego podpisała X.

W dniu 23.04.2012 r. sporządzono wnioski o wykonanie operatu szacunkowego przedmiotowych nieruchomości.

W dniu 30 kwietnia 2012 r. do Urzędu Miasta (...) wpłynął wniosek z dnia 24 kwietnia 2012 r. firmy (...). o umorzenie przedmiotowego postępowania w związku z upływem 5-letniego

terminu na wszczęcie postępowania w sprawie ustalenia wysokości przedmiotowej opłaty, który wynika z art. 37 ust. 3 w zw. z art. 37 ust. 4 i art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Wnioskodawca w szczególności wskazał, że organowi termin na wszczęcie postępowania upłynął w dniu 11.03.2012 r. Taką samą datą opatrzone zawiadomienie o wszczęciu postępowania, podczas gdy była to niedziela. Wnioskodawca zakwestionował również datę po poprawce na zawiadomieniu o wszczęciu postępowania (to jest 09.11.2012 r.), sugerując, że zmieniona data jest niewiarygodna. Podkreślił, że jako jedyną datę bezsporną należy uznać datę 12.03.2012 r., to jest datę nadania pisma w urzędzie pocztowym, to jest 12.03.2012 r. i taka data jego zdaniem powinna zostać przyjęta jako data wszczęcia postępowania. W uzupełnieniu wniosku wskazał, że za datę wszczęcia postępowania należy uznać datę doręczenia stronie zawiadomienia o jego wszczęciu, to jest datę 15.03.2012 r.

W operacie szacunkowym sporządzonym w dniu 10 maja 2012 r. przez rzeczoznawcę majątkowego (...) ustalono, że po uchwaleniu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego wartość prawa użytkowania przedmiotowych nieruchomości wzrosła o 2.484.556 zł.

Uznając wniosek (...)S.A. za uzasadniony, w dniu 4 lipca 2012 r. wydano decyzję o umorzeniu przedmiotowego postępowania. Działając z upoważnienia Prezydenta Miasta (...), decyzję podpisała X.

Obwiniona X wniosła o uniewinnienie. Wyjaśniła w szczególności, że w sprawie naliczenia jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości przedmiotowych nieruchomości w związku z uchwaleniem ww. miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego wobec firmy (...) toczyły się dwa postępowania administracyjne. W toku drugiego postępowania, pozyskano operat szacunkowy określający wartość rynkową nieruchomości położonych w (...) w rejonie ulic (...)działki nr 28/2, 28/3, 28/10, 32/3, 27, 19/2, 20/2, 28/1, z którego wynikało że wartości nieruchomości na skutek uchwalenia ww. miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejonu ulic (...), (...) w mieście (...) nie wzrosły. W dniu 12.11.2013 r. wydano decyzję umarzającą postępowanie w związku z ustaleniem, że nie nastąpił wzrost wartości nieruchomości. W związku z powyższym nie można jej zarzucić tego, że nie ustaliła opłaty jednorazowej, albowiem wartość nieruchomości nie wzrosła wskutek uchwalenia uchwały w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Podkreśliła, że drugie postępowanie nie przedawniło się, bo zostało wszczęte przed upływem 5 lat od dnia, w którym zmiany w planie stały się obowiązujące. Jednocześnie podała, że w sprawie zostały wydane dwa sprzeczne operaty szacunkowe, jeden wskazujący znaczny wzrost wartości nieruchomości, zaś drugi stwierdzający, że wzrostu nie było. Zatem Obwiniona mogła przyjąć, że nie istniały podstawy do naliczania opłaty. Stwierdziła przy tym, że były wątpliwości co do tego, czy opłatę należało naliczyć, czy też nie, a wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść obwinionego, co oznacza, że Obwiniona zasługuje na uniewinnienie. Z ostrożności dodała, że nawet gdyby przyjąć, że w sprawie toczyło się jedno postępowanie opisane we wniosku o ukaranie, to uszczuplenie dochodów gminy z powodu przedawnienia możliwości dochodzenia opłaty planistycznej ustalone przez Rzecznika jest zawyżone, albowiem działki 19/2 i 20/2 nie podlegają opłacie planistycznej, bowiem w dniu wejścia w życie planu stanowiły własność Miasta (...) a okoliczność ta nie została

uwzględniona w przyjętym przez Rzecznika operacie szacunkowym. Tymczasem kwota uszczuplenia dochodów Miasta (...) powinna zostać ustalona w przedmiotowym postępowaniu. Odnosząc się do wnioskowanej przez Rzecznika kary Obwiniona zwróciła uwagę, że jest to kara wygórowana z uwagi na stopień winy Obwinionej. Podkreśliła, że nawet rzeczoznawcy wydali odmienne opinie co do wartości nieruchomości, zatem Obwiniona mogła zakładać, że wzrost wartości nie nastąpił.

Mając na względzie powyższy stan faktyczny, Komisja uznała Obwinioną X za odpowiedzialną zarzucanego jej naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy, przy czym - ze względów wskazanych poniżej - sprecyzowała, że była to należność gminy Miasta (...); w sprawie miało miejsce zbycie a nie sprzedaż prawa użytkowania wieczystego a kwota niedochodzona wyniosła 707.234,40 zł zamiast 745.366,80 zł.

Zgodnie z treścią art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, jeżeli w związku z uchwaleniem planu miejscowego wartość nieruchomości wzrosła, a właściciel lub użytkownik wieczysty zbywa tę nieruchomość prezydent miasta pobiera jednorazową opłatę ustaloną w tym planie, określoną w stosunku procentowym do wzrostu wartości nieruchomości. Opłata ta jest dochodem własnym gminy. W myśl art. 37 ust. 4 w zw. z art. 37 ust. 3 tej ustawy, roszczenia z tytułu takiej opłaty można zgłaszać w terminie 5 lat od dnia, w którym plan miejscowy stał się obowiązujący. Stosownie do treści art. 37 ust. 6 tej ustawy prezydent miasta ustala opłatę, o której mowa w art. 36 ust. 4, w drodze decyzji, bezzwłocznie po otrzymaniu wypisu z aktu notarialnego zawierającego umowę, której przedmiotem jest zbycie nieruchomości podlegające opłacie. Obowiązek ustalania przez gminę przypadających jej należności pieniężnych ustanowiono dodatkowo w obowiązującym od dnia 11.02.2012 r. art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych.

W świetle zebranego i ujawnionego na rozprawie materiału dowodowego Komisja stwierdziła, że nie ma wątpliwości, iż firma (...) z siedzibą w (...) w dniach: 24 sierpnia 2009 r. i 14 grudnia 2009 r., działając jako użytkownik wieczysty, zbyła prawo użytkowania wieczystego działek nr 28/2, 28/3, 28/10, 32/3, 27, 28/1, 19/2, 20/2, 32/3, 28/10 objętych miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego Pasa (...) rejon ulic (...), (...) w mieście (...) (przyjętym uchwałą nr Rady Miasta (...) z dnia 26 października 2006 r. ustalającą 30% opłatę z tytułu wzrostu wartości nieruchomości związanej z uchwaleniem tego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego), przy czym zbycie nastąpiło nie jak wskazywano w ww. decyzjach umorzeniowych i we wniosku o ukaranie - w drodze sprzedaży, lecz w drodze wniesienia wkładów do innej spółki.

Nie ma również wątpliwości, że firmie (...) z siedzibą w (...) w dniu 11.03.2007 r. przysługiwało prawo użytkowania wieczystego działek 28/2, 28/3, 28/1 0, 32/3, 27,28/1,32/3,28/10. Odnośnie działek 19/2, 20/2 prawo użytkowania wieczystego nie było na dzień 11.03.2007 r. ustanowione. Zatem odnośnie tych działek, w ocenie Komisji, nie było podstaw do naliczania opłaty planistycznej od firmy (...), albowiem nie była ona użytkownikiem wieczystym w rozumieniu ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komisja przyjęła, że w związku z uchwaleniem planu miejscowego wartość przedmiotowych działek wzrosła. Miała przy tym na względzie ustalenia w operacie szacunkowym rzeczoznawcy majątkowego (...). Komisja stwierdziła, że rzeczoznawca (...)

prawidłowo dokonał wyceny. W szczególności prawidłowo ustalił wysokość opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości na dzień sprzedaży nieruchomości a wzrost wartości nieruchomości jako różnicę między wartością nieruchomości określoną przy uwzględnieniu przeznaczenia terenu obowiązującego po uchwaleniu planu miejscowego a jej wartością, określoną przy uwzględnieniu faktycznego sposobu wykorzystywania nieruchomości przed jego uchwaleniem.

Z powyższych względów Komisja uznała, że nie ma podstaw do kwestionowania treści tak sporządzonego operatu szacunkowego i do obliczenia wysokości należnej opłaty planistycznej przyjęła 30 % z różnicy między wskazanymi w nim wartościami prawa użytkowania wieczystego nieruchomości przed przyjęciem planu i po jego przyjęciu (z pominięciem działek 19/2 i 20/2, co dało kwotę należności z tytułu jednorazowej opłaty w wysokości 707.234,40 zł (to jest 30 % z kwoty 2.357.448,00 zł, stanowiącej różnicę między wartością prawa użytkowania wieczystego przed i po zmianie planu miejscowego).

Jednocześnie, w ocenie Komisji, nie ma wątpliwości, że w niniejszej sprawie miało miejsce zaniechanie dochodzenia w terminie roszczenia gminy z tytułu powyższej opłaty, a w konsekwencji dopuszczenie do przedawnienia należności gminy. Zgodnie z przepisem ww. art. 37 ust. 6 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym prezydent miasta powinien był ustalić opłatę w drodze decyzji bezzwłocznie po otrzymaniu wypisu z aktu notarialnego zawierającego umowę. Tymczasem skuteczne wszczęcie postępowania w sprawie ustalenia opłaty nastąpiło po upływie ponad dwóch lat od dnia wpływu do gminy wypisów aktów notarialnych oraz po upływie pięciu lat od dnia wejścia w życie planu miejscowego, to jest po upływie okresu, w jakim możliwe było występowanie z roszczeniami z tytułu opłaty (określonego w art. 37 ust. 4 w zw. z art. 37 ust. 3 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym). Zdaniem Komisji, wszczęcie postępowania po upływie dwóch lat od zdarzenia zobowiązującego do bezzwłocznego ustalania opłaty stanowi istotne naruszenie terminu, w jakim sprawa administracyjna powinna być rozstrzygnięta. Zachowanie takie naruszyło również przepis art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych zobowiązujący do terminowego podejmowania czynności zmierzających do wykonania zobowiązania oraz skutkowało przedawnieniem należności Gminy Miasta (...).

Dopuszczenie do przedawnienia należności gminy wyczerpało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odpowiedzialność za powyższy czyn ponosi (poprzednio na podstawie art. 4 pkt 3 a obecnie art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy) Obwiniona X, której jako pracownikowi jednostki sektora finansów publicznych na podstawie odrębnej ustawy (na podstawie art. 268a kpa) kierownik jednostki powierzył na piśmie w formie odrębnego imiennego upoważnienia obowiązki w zakresie ustalania opłat na rzecz gminy w wyniku wzrostu wartości nieruchomości w związku z uchwaleniem lub zmianą miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i prowadzenia postępowań administracyjnych. Komisja stwierdziła, że Obwiniona ponosi winę za przypisane jej naruszenie, przy czym nie chciała popełnić naruszenia, jednak popełniła je na skutek niezachowania należytej staranności. Obwiniona powinna była na bieżąco sprawdzać, czy podlegli jej pracownicy wykonują zadania w zakresie ustalania opłat, tymczasem jej kontrola ograniczała się do zaufania do pracownika jako do osoby z wyższym wykształceniem.

Rozważając kwestię kary za popełnione naruszenie, Komisja wzięła pod uwagę jako:

- okoliczności łagodzące: dotychczasową niekaralność Obwinionej, bardzo dobrą opinię o dotychczasowym wypełnianiu przez nią obowiązków służbowych, liczne dodatkowe obowiązki służbowe Obwinionej, to, że naruszenie nie było działaniem zamierzonym, to, że w okresie między wpływem aktów notarialnych do urzędu a drugim zawiadomieniem o wszczęciu postępowania nastąpiła zmiana pracownika zajmującego się bezpośrednio opłatami planistycznymi w Urzędzie Miasta (...) a nowy pracownik posiadał wykształcenie wyższe,

- okoliczności obciążające: znaczny skutek finansowy czynu (również w stosunku do wydatków jednostki w danym roku budżetowym).

Uwzględniając powyższe, Komisja uznała, że kara nagany, pomimo znacznej kwoty, która uległa przedawnieniu i umorzeniu, będzie dla Obwinionej wystarczającą uciążliwością i odniesie swe cele zapobiegawcze, dyscyplinujące oraz w zakresie oddziaływania społecznego. Komisja miała również na względzie to, że kara ta wywołuje, określone w odrębnych przepisach, skutki wynikające z ujemnej lub negatywnej oceny kwalifikacyjnej. W ocenie Komisji, takie rozstrzygnięcie w zakresie kary będzie adekwatne do stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych.

W odniesieniu do zarzutu postawionego Y Komisja ustaliła, że Gmina Miasto (...) - Wydział Geodezji Urzędu Miasta (...), planowała w 2011 r. udzielić zamówień publicznych na usługi geodezyjno-kartograficzne: podział i rozgraniczanie nieruchomości, wznowienia granic, aktualizacja użytków i sytuacji terenowych, na łączną kwotę 890.000,00 zł netto, to jest 1.094.000,00 zł brutto (poz. 597 planu zamówień). Plan zamówień na 2011 r. sporządzono w oparciu o plan finansowy Urzędu Miejskiego w (...) z 2010 r. zrealizowany w rozdziale 71014 "Opracowania geodezyjne i kartograficzne" w zakresie związanym ze sprzedażą i regulacją stanu prawnego nieruchomości w wysokości 1.127.389,00 zł (na zadania własne wydatkowano 1.098.939,00 zł, na zadania zlecone 28.450,00 zł). Z kolei w planie finansowym Urzędu Miejskiego w (...) na 2011 r. w rozdziale 71014 "Opracowania geodezyjne i kartograficzne" na wydatki w zakresie prac geodezyjno-kartograficznych przewidziano kwotę 1.128.500,00 zł na zadania własne i kwotę 90.000,00 zł na zadania zlecone, przy czym kwotę 90.000,00 zł na zadania zlecone następnie zmniejszono do kwoty 61.566,00 zł na podstawie zarządzenia nr 164/11 Prezydenta Miasta (...) z dnia 29.11.2011 r. w sprawie zmian w budżecie Miasta (...) na rok 2011. Plan finansowy Urzędu Miejskiego w (...) na 2011 r. w dziale 710 rozdziale 71014 "Opracowania geodezyjne i kartograficzne" zrealizowano w zakresie prac geodezyjno-kartograficznych związanych ze sprzedażą i regulacją stanu prawnego nieruchomości w kwocie 762.140,00 zł na zadania własne i kwocie 52.471,00 zł na zadania zlecone.

Gmina Miasto (...) w okresie od dnia 1 lutego do dnia 31 grudnia 2011 r. udzieliła 14 podmiotom szeregu zamówień publicznych na świadczenie usług geodezyjno - kartograficznych za łączną cenę 878.908,68 zł.

Przedmiot ww. zamówień stanowiły usługi geodezyjno - kartograficzne, w tym: wytyczanie granic działek, wykonywanie podziałów i rozgraniczeń nieruchomości, wznawianie granic, aktualizacja użytków i sytuacji terenowych, wywiady w terenie, przygotowywanie dokumentacji w zakresie zabudowy i jej zmian.

Gmina dokonując ww. zakupów nie stosowała przepisów o zamówieniach publicznych.

Zlecenia każdorazowo były następstwem wpływających na bieżąco w ciągu roku do Urzędu Miejskiego w (...) wniosków mieszkańców i inwestorów dotyczących głównie obrotu nieruchomościami komunalnymi i Skarbu Państwa, w szczególności w oparciu o przepis art. 209a ustawy o gospodarce nieruchomościami, część zleceń dotyczyła postępowań administracyjnych. Każde zlecenie było indywidualnie wyceniane i przed jego udzieleniem prowadzono negocjacje co do ceny i terminu realizacji usługi, przy zastosowaniu zapisów zarządzenia Nr 120/10 Prezydenta Miasta (...) z dnia 27 stycznia 2010 r. w sprawie zasad udzielania zamówień publicznych w Urzędzie Miejskim w (...). Ilość zleceń udzielonych konkretnemu kontrahentowi uzależniona była od mocy przerobowych kontrahenta (zatrudnianych pracowników z uprawnieniami geodezyjnymi oraz zawartych umów z innymi inwestorami). Każdorazowo na fakturach wystawianych przez wykonawców po realizacji danych umów zamieszczano adnotację, że zamówienie to udzielono na podstawie art. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych (tj. nie stosowano tej ustawy ze względu na wartość zamówienia mniejszą niż równowartość 14.000 euro).

Obwiniony Y nie przyznał się do winy. Obwiniony stwierdził, że nie można mu przypisać winy w popełnieniu zarzucanego mu czynu. Wskazał w szczególności, że poza zgłoszoną w 2011 r. do planu zamówień publicznych przybliżoną kwotą na realizację ww. prac, nie mógł określić szczegółowo przedmiotu zamówienia i przeprowadzić jednolitej procedury, ponieważ nie były mu znane wnioski, jakie zostaną złożone w okresie całego roku przez klientów (mieszkańców i inwestorów), a zamówienia były udzielane wyłącznie w związku z takimi wnioskami. Każde zlecenie jest indywidualnie wyceniane i jest niepowtarzalne, czasem dopiero po wyjściu w konkretny teren można ustalić, co będzie konieczne do zrobienia. Umowy dotyczą różnorodnych robót: wytyczanie granic działek, wykonywanie podziałów i rozgraniczeń nieruchomości, wznowienie granic, aktualizacja użytków i sytuacji terenowych, dotyczą różnej ilości punktów granicznych. Brak możliwości jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jest, jego zdaniem, równoznaczny z brakiem możliwości jego oszacowania.

Mając na względzie powyższy stan faktyczny Komisja uniewinniła Obwinionego Y od zarzutu popełnienia w Urzędzie Miasta (...) naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu, w okresie od dnia 1 lutego do dnia 31 grudnia 2011 r., szeregu zamówień publicznych na świadczenie usług geodezyjno - kartograficznych za łączną cenę brutto 878.908,68 zł, to jest od zarzutu z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy (art. 17 ust. 1 pkt 1 obowiązującego w czasie popełnienia ww. czynów).

Zgodnie z treścią art. 17 ust. 1 b pkt 1 ustawy (oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 w brzmieniu obowiązującym w 2011 r.) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

W ustalonych okolicznościach znaczenie w sprawie ma treść przepisu art. 32 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, regulującego kwestię dopuszczalności podziału zamówień publicznych. W myśl niego zamawiający nie może dzielić zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Oznacza to, że ustawodawca dopuszcza możliwość podziału zamówienia na części i traktowania ich jako zamówienia odrębne, o ile podział nie następuje w celu uniknięcia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych.

Dla oceny, czy w niniejszej sprawie działano w celu uniknięcia stosowania przepisów Prawa

zamówień publicznych istotne było ustalenie, czy co do wszystkich poszczególnych zamówień zachodziły jednocześnie trzy przesłanki:

- tożsamość przedmiotowa zamówienia - to jest czy były to usługi tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu;
- tożsamość czasowa zamówienia - przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku;
- możliwość wykonania zamówienia przez tego samego wykonawcę.

Komisja stwierdziła, że zlecane przez zamawiającego usługi nie miały charakteru regularnych, planowanych lub możliwych do chociażby przybliżonego zaplanowania w perspektywie roku przez zamawiającego" działań. Zlecane prace geodezyjne, czy kartograficzne były wynikiem reakcji zamawiającego na wpływające w różnych terminach danego roku wnioski podmiotów zewnętrznych, na których aktywność zamawiający nie miał żadnego wpływu. Zamawiający nie był również w posiadaniu środków technicznych pozwalających mu na: zbadanie tego, kto chciałby w następnym roku wystąpić do gminy z wnioskami o np. wykup nieruchomości w trybie art. 209 a ustawy o gospodarce nieruchomościami, oraz na dokonanie oceny, jakie zlecenia mogą być konieczne do wykonania w danym roku. Mógł bazować jedynie na wydatkowanych w roku poprzednim kwotach na usługi z branży kartograficznej i geodezyjnej, nie mógł jednakże na tej podstawie określić jakie konkretnie czynności będą zlecane. Czynności te natomiast w praktyce mogły się znacznie różnić, bowiem jak wskazał również sam Obwiniony, taka sama z nazwy czynność, np. wznowienie punktu granicznego, może znacznie różnić się w zależności od miejsca położenia nieruchomości, dokonanie czynności może też być uwarunkowane koniecznością badania bardziej lub mniej skomplikowanego stanu prawnego nieruchomości. W ocenie Komisji zatem dopiero wpływ konkretnego wniosku do gminy skutkowało powstaniem u zamawiającego wiedzy o zapotrzebowaniu na usługę, stopniu jej trudności, a w konsekwencji szacunkowej cenie. Co więcej, czynności dokonywane przez wykonawców były czynnościami na potrzebę różnych postępowań, w tym również o charakterze administracyjnym prowadzonych przez organy gminy (np. postępowania w sprawie rozgraniczenia nieruchomości, zwrotu nieruchomości wywłaszczonej), w których to postępowaniach organy administracji są zobligowane do załatwiania spraw bez zbędnej zwłoki. Zatem zamawiający nie miał czasu na skompletowanie wszystkich zamówień, celem udzielenia ich w jednym postępowaniu.

Podsumowując, traktowanie przez zamawiającego przedmiotowych zamówień jako zamówień odrębnych nie stanowiło, w ocenie Komisji, zamierzonego działania zmierzającego do uniknięcia stosowania ustawy lub uniknięcia procedur udzielenia zamówienia publicznego a było wynikiem okoliczności w jakich powstawało zapotrzebowanie na konkretne usługi. Zatem zamawiający mógł poszczególne zlecenia traktować jako zamówienia odrębne, a skoro wartość żadnego z nich nie przekraczała wyrażonej w złotych wartości 14.000 euro (a tym bardziej 30.000 euro), nie musiał udzielając tych zamówień stosować trybów z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Komisja działając na podstawie art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uniewinniła Obwinionego Y od zarzucanego mu naruszenia, stwierdzając, że w czynie zarzucanym

Obwinionemu brak jednego ze znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w postaci "braku zastosowania trybu udzielania zamówienia określonego w przepisach o zamówieniach publicznych", albowiem Obwiniony nie był zobowiązany do stosowania któregokolwiek z tych trybów na podstawie art. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych.

Odwołanie, pismem z dnia 18 maja 2015 r. na niekorzyść obwinionych: X i Y złożył Rzecznik. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

- a) obrazę prawa procesowego, tj. art. 34a pkt 1 ustawy, poprzez zaniechanie wymierzenia kary pieniężnej X w przypadku naruszenia, którego stopień szkodliwości dla finansów był znaczny i nie została wpłacona lub zwrócona należność jednostki samorządu terytorialnego w znacznej wysokości;
- b) obrazę prawa materialnego, tj. art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, poprzez błędną ocenę zebranego materiału dowodowego i w konsekwencji niesłuszne uniewinnienie Y.

Rzecznik wniósł o wydanie nowego orzeczenia i ukaranie X karą pieniężną w wysokości 15.000 zł oraz uznanie Y winnym zarzucanego naruszenia i wymierzenie mu kary pieniężnej w wysokości 5.000 zł.

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik (w odniesieniu do naruszenia zarzucanego X) podkreślił, że biorąc pod uwagę okoliczność, że orzeczono o dopuszczeniu do przedawnienia należności jednostki samorządu terytorialnego w znacznej wysokości (707.234,40 zł) oraz fakt, że nie została ona wpłacona lub zwrócona jednostce samorządu terytorialnego należy uznać, że mamy do czynienia z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych o znacznym stopniu szkodliwości dla finansów publicznych.

Natomiast poprzez uniewinnienie Y Komisja Orzekająca - w ocenie oskarżenia - dopuściła się obrazy prawa materialnego, tj. art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, poprzez błędną ocenę zebranego materiału dowodowego.

Z analizy stanu faktycznego wynika, że przedmiot zamówienia jest funkcjonalnie jednorodny (usługi geodezyjno-kartograficzne), możliwe jest oszacowanie jego rozmiaru i wartości w skali roku na podstawie zleceń z lat poprzednich, a także możliwe jest jego wykonanie przez kilka podmiotów przy dopuszczeniu do składania ofert częściowych.

W ocenie oskarżenia, nie było zatem podstaw do przyjmowania poszczególnych zleceń na świadczenie ww. usług jako odrębnych zamówień publicznych. Przedmiotowe zamówienia winny zostać objęte jednym postępowaniem w trybie przewidzianym przez *Prawo zamówień publicznych*.

Z materiału dowodowego niniejszej sprawy wynika, że zamawiający w fazie postępowania przygotowawczego zaniechał ustalenia wartości zamówienia z należyłą starannością wymaganą art. 32 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych*. Powinność ta pozostaje w ścisłym związku z ustawowym zakazem dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy - art. 32 ust. 2.

Ponadto - w świetle podnoszonych przez Obwinionego trudności przy stosowaniu przepisów o zamówieniach publicznych do zamawiania usług geodezyjno-kartograficznych - należy stwierdzić, że przy ich udzielaniu zamawiający mógł zastosować przepisy Działu III rozdz. 1 Umowy ramowe zawarte w art. od 99 do 101 *Prawa zamówień publicznych*.

Odwołanie od orzeczenia Komisji wniosła także, pismem z dnia 27 maja 2015 r., X. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła naruszenie przepisu art. 89 ustawy, przez niedokonanie wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego, a w szczególności, poprzez bezpodstawne uznanie za wadliwy operat szacunkowy sporządzony przez rzeczoznawcę majątkowego (...) oraz przyjęcie za prawidłowo sporządzony operat szacunkowy sporządzony przez rzeczoznawcę majątkowego (...), a także naruszenie przepisu art. 80 ustawy, przez nieuwzględnienie okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionej, w postaci operatu szacunkowego sporządzonego przez rzeczoznawcę majątkowego (...). Obwiniona wniosła o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie.

W ocenie odwołującej się, ustalenia Komisji - w stosunku do zebranych w sprawie dowodów, jakimi są operat szacunkowy (...) i operat szacunkowy (...) - naruszają dyspozycję art. 86 ustawy. Komisja bowiem nie dokonała wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego. Z obu operatów wynika, że teren ten do dnia uchwalenia nowego planu miejscowego był niezabudowanym terenem ogólnie dostępnym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem obowiązuje pogląd, że jeżeli na danym terenie nie obowiązywał żaden plan miejscowy i w odniesieniu do znajdującej się na tym terenie konkretnej działki nie wydano decyzji o warunkach zabudowy, nie wyklucza to uznania, że faktyczne przeznaczenie tej nieruchomości to zabudowa mieszkaniowa. Dla określenia faktycznego sposobu jej wykorzystania przed uchwaleniem nowego planu miejscowego istotne znaczenie ma nie tylko konkretny sposób korzystania z niej przez dotychczasowego właściciela, ale również to, w jaki sposób mógłby z niej korzystać, jeżeli wziąć pod uwagę choćby sposób zagospodarowania sąsiednich nieruchomości. Faktyczny sposób wykorzystania nieruchomości przed uchwaleniem planu należy rozumieć w sposób odnoszący się do rzeczywistej wartości jaką nieruchomość ta posiadała zanim miejscowy plan określający aktualne przeznaczenie tej nieruchomości wszedł w życie. Jeżeli na danym terenie nie obowiązywał żaden plan miejscowy i w odniesieniu do znajdującej się na tym terenie konkretnej działki gruntu nie wydano decyzji o warunkach zabudowy, nie wyklucza to uznania, że faktyczne przeznaczenie tej nieruchomości to zabudowa mieszkaniowa. Dla określenia faktycznego sposobu jej wykorzystywania przed uchwaleniem nowego planu miejscowego istotne znaczenie ma bowiem nie tylko konkretny sposób korzystania z niej przez dotychczasowego właściciela, ale również to w jaki sposób mógłby on z niej korzystać, jeżeli wziąć pod uwagę sposób zagospodarowania działek sąsiednich. O możliwości przeznaczenia terenu pod zabudowę mieszkaniową nie decyduje, to czy zabudowa taka faktycznie istnieje lub jest realizowana, czy też wydano decyzję o warunkach zabudowy, ale to, czy taka zabudowa na danym terenie była dopuszczalna.

Zdaniem Obwinionej, poprawny jest operat szacunkowy sporządzony przez rzeczoznawcę (...). Słusznie bowiem przyjęła w operacie, że przed uchwaleniem nowego planu miejscowego teren mógł być wykorzystywany na cele budownictwa mieszkaniowego. Uchwalenie zatem nowego planu miejscowego nie zmieniło faktycznej możliwości wykorzystywania tego terenu. Jeżeli zatem nie nastąpiła zmiana możliwości wykorzystywania tego terenu nie nastąpił także wzrost wartości tych nieruchomości a co za tym idzie nie powstała opłata planistyczna. Nieprawidłowy jest zatem operat szacunkowy (...), który wbrew temu, że na tych nieruchomościach przed uchwaleniem planu miejscowego była możliwość realizacji budownictwa mieszkaniowego uznał, że po uchwaleniu planu

miejscowego nastąpił wzrost wartości nieruchomości i wyliczył opłatę. W tym stanie sprawy należy przyjąć, że nie nastąpił wzrost wartości nieruchomości, a co za tym idzie, nie było podstaw do naliczenia opłaty planistycznej. Dlatego opłata taka nie powinna zgodnie z prawem powstać. Jeżeli zatem w niniejszej sprawie opłata taka nie powinna wystąpić w obrocie prawnym to termin dochodzenia tej opłaty nie mógł się przedawnić. W ocenie Obwinionej, nie doszło zatem do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 5 ust. 1 pkt. 3 ustawy. Zgodnie z art. 80 ustawy, okoliczność ta powinna być przez Komisję uwzględniona z urzędu.

Na dzień 21 stycznia 2016 r. została wyznaczona rozprawa przed Główną Komisją Orzekającą. Na rozprawę stawiała się X prawidłowo powiadomiona o terminie rozprawy, nie stawiał Y również prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymała odwołanie Rzecznika I instancji, X również podtrzymała swoje odwołanie w całości.

Biorąc powyższe pod uwagę GKO zważyła, co następuje.

Orzeczenie I instancji w zaskarżonych częściach nie może się ostać.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż zarówno Rzecznik I instancji, jak i Komisja I instancji, nie zastosowali się do zapisów art. 79 ust. 1 ustawy, ponieważ rozpoznali łącznie sprawy dotyczące różnych osób: (...), X i Y, które to sprawy nie pozostawały w ścisłym związku. Należy zauważyć, iż jakkolwiek art. 79 ust. 1 ustawy, jest wyrazem uwzględnienia przez ustawodawcę prowadzenia postępowań zgodnie z ich ekonomiką (oszczędność czasu, kosztów prowadzonych postępowań) oraz zmierza do realizacji zasady prawdy materialnej (L. Lipiec - Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz. Warszawa 2008, s. 563-566), do łącznego rozpoznawania spraw różnych osób potrzebne jest wykazanie, że w danej sytuacji faktycznej zachodzą przesłanki pozytywne umożliwiające połączenie spraw. Powyższa wada nie uniemożliwia co prawda dalszego procedowania w stosunku do X i Y w trybie przewidzianym przez ustawę, ale utrudnia to postępowanie, ponieważ czyny będące przedmiotem zarzutów mają różne podstawy materialne i dotyczą różnych osób, których sytuacja procesowa przyjmuje odmienną postać w toku dalszych czynności. W związku z zaistniałą sytuacją procesową GKO odrębnie potraktowała w sentencji rozstrzygnięcia sprawy X i Y, co znajduje swoje odzwierciedlenie również w treści uzasadnienia.

W sprawie X, zarówno Rzecznik I instancji, jak i Komisja I instancji dokonali błędnego ustalenia stanu faktycznego wynikającego z wadliwie dokonanej subsumpcji prawnej art. 37 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, zakładając, iż należność w kwocie 707.234,40 zł istnieje, a następnie się przedawniła. Tymczasem powyższa należność w ogóle nie powstała w związku z tym, iż nie

doręczono podmiotowi zobowiązanemu decyzji ustalającej, o której mowa w wyżej wymienionych przepisach, czyli kreującej skonkretyzowaną należność, tak w zakresie podmiotu zobowiązanego, jak i w zakresie wysokości kwoty. W doktrynie prawa administracyjnego i prawa finansowego utrwalony jest podział decyzji administracyjnych (aktów administracyjnych) na konstytutywne (ustalające, czyli tworzące nowe uprawnienia i zobowiązania), jak i deklaratoryjne (określające, czyli potwierdzające wcześniej istniejące uprawnienia i zobowiązania). W tym konkretnym wypadku koniecznym warunkiem powstania należności było wydanie i doręczenie (zgodnie z literalną treścią przywołanych wyżej przepisów ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym) decyzji ustalającej. Jej brak oznacza, że należność w ogóle nie powstała, co nie oznacza, że po stronie Gminy Miasta (...) nie istniało nieskonkretyzowane roszczenie o dochodzenie powyższej należności w drodze postępowania administracyjnego, a zatem w niniejszej sprawie nie przedawniła się należność, ale upłynął termin w ramach którego należało wydać decyzję ustalającą, to jest przedawniła się możliwość ustalenia powyższej kwoty. Podobne stanowisko znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie GKO – orzeczenie GKO z dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt BDF1/4900/78/79/14.

W związku z powyższym czyn Obwinionej nie może wyczerpywać znamion naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy, ale wyczerpuje znamiona art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy (nieustalenie należności). W konsekwencji konieczne stało się stosowanie art. 131 ustawy, to jest ustalenie, czy doszło do przekroczenia granic wniosku o ukaranie. Zdaniem GKO, w rozpoznawanej sprawie niezbędna zmiana kwalifikacji nie doprowadzi do przekroczenia granic wniosku o ukaranie, natomiast taka zmiana kwalifikacji prawnej czynu na etapie II instancji wiązałaby się z naruszeniem zasady dwuinstancyjności z art. 72 ust. 1 ustawy, tym bardziej iż zarzut powinien zostać uzupełniony o przywołanie art. 37 ust. 3 i 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym wskazujących na termin wszczęcia postępowania administracyjnego. Stąd konieczność uchylecia sprawy i przekazania jej do postępowania I instancyjnego celem zastosowania procedury przewidzianej art. 131 ustawy i odniesienia się Obwinionej X do odmiennej kwalifikacji prawnej popełnionego przez Nią czynu i uzupełnionej podstawy prawnej, zwłaszcza, że sprawa wymaga jeszcze wyjaśnienia określonych okoliczności faktycznych. W ocenie GKO, zmiana kwalifikacji nie wpłynie na zmianę ustaleń w odniesieniu do czasu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a zatem czyn nie uległ jeszcze przedawnieniu i niewątpliwie został przez X popełniony. Natomiast jego szkodliwość dla finansów publicznych może być inna i wymaga to ponownego zbadania na etapie postępowania I instancyjnego, zwłaszcza w kontekście podnoszonych przez X kwestii dwóch postępowań i występowania dwóch różnych operatów szacunkowych, które to okoliczności nie zostały zarówno przez Rzecznika I instancji, jak i Komisję I instancji dostatecznie zbadane, a następnie wyjaśnione oraz odniesione do kwestii winy, szkodliwości dla finansów publicznych i wymiaru kary. Dotychczas zgromadzony materiał dowodowy może wskazywać, iż dwa operaty szacunkowe w ogóle nie były potrzebne, a pojawienie się kolejnego operatu mogło służyć zagmatwaniu stanu faktycznego w kontekście zaistniałego naruszenia prawa. Okoliczność ta nie jest jednak niewątpliwie udowodniona i wymaga dalszego zbadania na etapie I instancji.

Odnosząc się do sprawy Y należy stwierdzić, że zarówno Rzecznik I instancji, jak Komisja I instancji, niedostatecznie przeanalizowała, dla potrzeb tej sprawy, sposób zastosowania art. 24 ust. 1 ustawy. Zwraca się uwagę na nowelizację ustawy, która weszła w życie z dniem 11 lutego 2012 r. Całkowicie pominięto w tym zakresie nową treść art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, który stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania ustawy o zamówieniach publicznych. W tym wypadku nie trzeba wykazywać celowości podziału zamówienia publicznego nakierowanego na niestosowanie przepisów ustawy. W tej konkretnej sprawie taka kwalifikacja prawna czynu koresponduje z art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest przepisem, który wskazuje na sposób szacowania usług powtarzających się okresowo, a do takich usług w ocenie składu orzekającego GKO należy zaliczyć niewątpliwie usługi będące przedmiotem niniejszego zarzutu.. W świetle jednak przepisów obowiązujących w chwili popełnienia czynu nie istniała jeszcze kwalifikacja prawna czynu z art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, który obecnie stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania ustawy o zamówieniach publicznych.

Podkreślenia wymaga jednak że - w ocenie GKO - zarzucany Obwinionemu czyn wyczerpuje znamiona art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym w czasie zlecenia i opłacania usług (obecnie odpowiednikiem tego przepisu jest art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy). Zgodnie z tymi uregulowaniami naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest (i było w czasie dokonywania zleceń, zawierania umów) udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, pod warunkiem, iż w działaniach sprawcy wykazana zostanie celowość uniknięcia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawcy wykazani we wniosku o ukaranie nie zostali wyłonieni w trybie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. W tym wypadku jednak Rzecznik I instancji sformułował błędnie zarzut nie odnosząc się do treści art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który winien być uzupełniony obok dotychczas przywołanej podstawy prawnej, bowiem obowiązywał również w chwili popełniania czynów. Jego przywołanie w ewentualnie przypisanym czynie jest konieczne, z uwagi na fakt, iż dopiero z jego treści wynika obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do poszczególnych umów będących przedmiotem zarzutów w niniejszej sprawie. Tym samym także w tym zakresie zachodzi konieczność zastosowania art. 131 ustawy, czyli analizy, czy przywołanie dodatkowo przepisu art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie powoduje przekroczenia granic wniosku o ukaranie. Zdaniem GKO nie powoduje to przekroczenia granic wniosku o ukaranie, ale w związku z nieobecnością Obwinionego, nie jest możliwe zastosowanie trybu art. 131 ustawy na etapie postępowania II instancyjnego, a równocześnie uwzględniając treść art. 146 ust. 2 ustawy, konieczne w tym zakresie stało się uchylenie orzeczenia I instancyjnego w tej części i przekazanie sprawy organowi I instancji do ponownego rozpoznania. GKO zobowiązuje w tym zakresie Komisję I instancji do ponownej analizy niniejszej sprawy Y z punktu widzenia art. 24 ust. 1 ustawy, jak również uzupełnienie, w razie uznania odpowiedzialności Obwinionego, określenia przypisanego czynu o art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez względu na to, jaki stan prawny zostanie uwzględniony, czy z chwili popełnienia czynu, czy z chwili orzekania. Przyjęcie stanu prawnego z chwili popełnienia czynu wymaga udowodnienia okoliczności celowości działania sprawcy w zakresie uniknięcia stosowania ustawy (art. 32 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Przyjęcie stanu prawnego z chwili orzekania wymaga wyboru kwalifikacji prawnej czynu, pomiędzy art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, a art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy (w tym drugim przypadku znowu istnieje konieczność wykazania celowości działania sprawcy

Sygn. akt BDF1.4800.121.2015

opierającą się o treść art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nie ulega też wątpliwości, że we wszystkich wariantach Komisja I instancji winna uzupełnić podstawę prawną zarzutów o zapisy art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zastosować art. 131 ustawy wraz z przewidzianą przez ten przepis procedurą.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.