



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 18 czerwca 2015 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Ireneusz Piasecki (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2015 r. odwołania Obwinionego (...), zam. ul. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...)z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt: RIO-VI-51-12-14, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...) - winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych określonych w:

1. art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na niepobraniu należności Gminy (...) z tytułu opłat obowiązujących na cmentarzach komunalnych Gminy (...) w okresie od 01.08.2013 r. do 31.12.2013 r. w wysokości łącznie 132.623,31zł oraz w okresie 01.01.2014 r. do 31.03.2014 r. w wysokości łącznie 47.223,38 zł, wskutek zawarcia z Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym (...) Spółka Jawna z siedzibą w (...). § 7 umowy nr WGK-19/2013 z dnia 26.07.2013 r. z naruszeniem zasad określonych w art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. f ustawy z dnia 13 listopada 2013 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. z 2010 r. Nr 80, poz. 526 z późn. zm.), art. 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236) i zarządzeniu nr Z41/2013

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

Burmistrza (...) z dnia 10.05.2013 r. w sprawie ustalenia cennika opłat cmentarnych na cmentarzach komunalnych Gminy (...),
czym naruszono art. 254 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.);

2. art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 29.07.2013 r. na podstawie umowy nr WGK-19/2013 z dnia 26.07.2013 r. zamówienia publicznego na administrowanie - utrzymanie i zarządzanie cmentarzami komunalnymi Gminy (...) o wartości 179.846,69 zł, tj. 42.568 euro, Przedsiębiorstwu Handlowo- Usługowemu (...) Spółka Jawna z siedzibą w (...).

z naruszeniem art. 7 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 13 i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.) oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236);

oraz wymierzono Obwinionemu karę nagany i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 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), 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

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) (dalej RKO) w dniu 17 grudnia 2014 r.,

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

działając na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2, art. 19 ust. 1 i 2 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 „uondfp” uznała (...)winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych, polegających na:

- niepobraniu należności Gminy (...) z tytułu opłat obowiązujących na cmentarzach komunalnych Gminy (...) w okresie od 01.08.2013 r. do 31.12.2013 r. w wysokości łącznie 132.623,31 zł oraz w okresie 01.01.2014 r. do 31.03.2014 r. w wysokości łącznie 47.223,38 zł, wskutek zawarcia z Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym (...) z siedzibą w (...). § 7 umowy nr WGK-19/2013 z dnia 26.07.2013r. z naruszeniem zasad określonych w art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. f ustawy z dnia 13 listopada 2013 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. z 2010 r. Nr 80, poz. 526 ze zm.), art. 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236) i zarządzeniu nr Z41120 13 Burmistrza (...) z dnia 10 maja 2013 r. w sprawie ustalenia cennika opłat cmentarnych na cmentarzach komunalnych Gminy (...). czym naruszono art. 254 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.) – zwanej dalej „ufp”), to jest popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp,

- udzieleniu w dniu 29.07.2013 r. na podstawie umowy nr WGK-19/2013 z dnia 26.07.2013 r. zamówienia publicznego na administrowanie - utrzymanie i zarządzanie cmentarzami komunalnymi Gminy (...) o wartości 179.846,69zł, tj. 42.568 euro, PHU (...) z siedzibą w (...). z naruszeniem art. 7 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 13 i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późno zm.- dalej Pzp), art. 44 ust. 4 ufp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236), to jest popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp.

RKO wymierzyła (...) karę nagany i obciążyła go kosztami postępowania.

RKO stwierdziła na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, że do zadań własnych gminy należą m.in. sprawy cmentarzy gminnych, o czym stanowi art. 7 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.). Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.) utrzymanie cmentarzy komunalnych i zarządzanie nimi należy do właściwych wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), na których terenie cmentarz jest położony. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy o finansach publicznych, 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 2010r. 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.

Zgodnie z treścią art. 44 ust. 4 ufp, jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Gmina (...), w myśl art. 9 pkt 2 ufp, jest jednostką sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z kolei z treści art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika obowiązek stosowania ustawy do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zamówieniem publicznym, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 13 Pzp, są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Ustawodawca w art. 2 pkt 10 Pzp, wskazał, iż przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b.

Nie budziło wątpliwości RKO, że Gmina (...) prowadziła postępowanie dotyczące usług, których przedmiotem było administrowanie - utrzymanie i zarządzanie - cmentarzami komunalnymi Gminy (...) na podstawie procedury przewidzianej w ustawie o gospodarce nieruchomościami, jedynie posiłkując się pewnymi elementami procedury, wynikającymi z Pzp, RKO wskazała, iż gmina, jako uczestnik obrotu cywilnego, może zawierać umowy przewidziane w Kodeksie cywilnym, a dzierżawa - jako forma gospodarowania nieruchomościami gminnymi - przewidziana jest w ustawie o gospodarce nieruchomościami, określającej zasady gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 13 tej ustawy, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z ustaw, nieruchomości mogą być przedmiotem obrotu; w szczególności nieruchomości mogą być przedmiotem sprzedaży, zamiany i zrzeczenia się, oddania w

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

użytkowanie wieczyste, w najem lub dzierżawę, użyczenia, oddania w trwałe zarząd, a także mogą być obciążane ograniczonymi prawami rzeczowymi, wnoszone jako wkłady niepieniężne (aporty) do spółek, przekazywane jako wyposażenie tworzonych przedsiębiorstw państwowych oraz jako majątek tworzonych fundacji. Niemniej jednak gmina jest przede wszystkim podmiotem prawa publicznego, zaś w sektorze finansów publicznych nie stosuje się zasady: „co nie jest zakazane, jest dozwolone”, lecz zasadę: „dozwolone jest to, co prawo wyraźnie przewiduje”.

RKO wskazała również, że kierowanie się względami ekonomicznymi, nie może stanowić uzasadnienia dla nieprzestrzegania obowiązującego prawa. Działając prawidłowo, Gmina powinna przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na administrowanie - utrzymanie i zarządzanie cmentarzami komunalnymi Gminy (...) w trybie przewidzianym przez Pzp, pobrać dochody z tytułu opłat obowiązujących na cmentarzach komunalnych Gminy, a za świadczone usługi zapłacić wykonawcy wynagrodzenie w określonej w umowie wysokości. Natomiast w niniejszym przypadku przeprowadzono postępowanie zasadniczo w trybie ustawy o gospodarce nieruchomościami, posiłkując się przepisami Pzp. W wyniku tego nie przeprowadzono postępowania w trybie, które przewiduje Pzp (zastosowano tryb przetargu pisemnego nieograniczonego), a zastosowana procedura nie zawierała elementów właściwych dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak: ogłoszenie we właściwym publikatorze (art. 11 Pzp), powołanie komisji przetargowej w rozumieniu art. 19 Pzp, właściwe udokumentowanie postępowania zgodnie z przepisami wykonawczymi do Pzp, brak oświadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 2 Pzp, a umowę zawarto na okres przekraczający 4 lata (art. 142 ust. Pzp).

RKO stwierdziła, że powyżej opisany czyn nosi znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 1 uoondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji uznała także, że wskutek zawarcia ww. umowy z dnia 26.07.2013 r. nr WGK-19/2013 doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisu art. 5 ust. 1 pkt 2 uoondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niepobranie lub niedochodzenie należności m.in. jst. albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Za bezsporne RKO uznała, iż zgodnie z § 7 ww. umowy z dnia 26.07.2013 r. zawartej przez Gminę (...) z firmą (...) (podpisanej przez Obwinionego w dniu 29.07.2013r.) i obowiązującej do dnia 31.03.2014 r. na administrowanie - utrzymanie i zarządzanie -

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

cmentarzami komunalnymi Gminy (...) dochody ze świadczonych usług, a określonych w cenniku opłat cmentarnych, były dochodami Administratora, z których pokrywał on koszt prowadzonej działalności związanej z utrzymaniem i zarządzaniem cmentarzy na terenie Gminy (...) w zakresie i na zasadach określonych umową i opisem przedmiotu zamówienia. W okresie obowiązywania ww. umowy Dzierżawca - Administrator, pobrał opłaty cmentarne na cmentarzach komunalnych Gminy (...) w okresie od 01.08.2013 r. do 31.12.2013 r. w wysokości łącznie 132.623,31 zł, zaś w okresie 01.01.2014 r. do 31.03.2014 r. w wysokości łącznie 47.223,38 zł.

Stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. f ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, źródłami dochodów własnych gminy są dochody z innych opłat, stanowiących dochody gminy, uiszczanych na podstawie odrębnych przepisów. Do zadań własnych gminy należą sprawy cmentarzy gminnych, o czym stanowi art. 7 ust. 1 pkt 13 ustawy o samorządzie gminnym. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych utrzymanie cmentarzy komunalnych i zarządzanie nimi należy do właściwych wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), na których terenie cmentarz jest położony. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego. Z kolei w myśl art. 4 ust. 2 ww. ustawy, uprawnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 2, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego mogą powierzyć organom wykonawczym tych jednostek. Cennik opłat cmentarnych na cmentarzach komunalnych Gminy (...) ustalony został przez Burmistrza (...) zarządzeniem nr Z41/20 13 z dnia 10 maja 2013 r.

Postanowienie § 7 umowy nr WGK-19/2013 z dnia 26.07.2013 r. jest sprzeczne z ww. przepisami prawa, bowiem na jego mocy dochody ze świadczonych usług, a określonych w cenniku opłat cmentarnych, stanowiły dochody wykonawcy, a nie Gminy.

Wskutek powyższego naruszono art. 254 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, wyrażający jedną z podstawowych zasad wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego, zgodnie z którą ustalanie, pobieranie i odprowadzanie dochodów budżetu jednostki samorządu terytorialnego następują na zasadach i w terminach wynikających z obowiązujących przepisów.

RKO wskazała, że istniały podstawy pobrania dochodów z tytułu opłat obowiązujących na

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

cmentarzach komunalnych Gminy (...). Kwota, która wpłynęła na rachunek firmy (...), powinna być odprowadzona do budżetu Gminy. Rezygnacja z pobrania należności (dochodu) musi być oparta na obowiązującym prawie, co nie miało miejsca w niniejszym przypadku. Niepobranie przez Gminę (...) - wskutek prawnie niedopuszczalnego zapisu umowy - należności w danym roku budżetowym oznacza zatem rezygnację z realizacji części budżetu Gminy. Okoliczność, iż opłaty te były faktycznie pobierane przez prywatnego przedsiębiorcę i przez niego pożytkowane, nie powoduje, iż nie doszło w tym przypadku do naruszenia ww. przepisu art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp.

Odpowiedzialność za ww. naruszenia dyscypliny finansów publicznych ponosi Obwiniony, który jako Burmistrz (...) występował w imieniu Zamawiającego, podpisał przedmiotową umowę i tym samym udzielił zamówienia publicznego na usługi dotyczące zarządzania i utrzymania cmentarzy komunalnych Gminy (...) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Powyższe nieprawne działanie doprowadziło nadto do uszczuplenia budżetu Gminy (...) na kwotę 179.846,69 zł. Stosownie do art. 18 ust. 1 Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. Zgodnie z art. 53 ust. 1 upf kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki. W myśl art. 4 pkt 2 uondfp, podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych.

Wymierzając Obwinionemu za popełnienie wyżej opisanych czynów karę nagany RKO wzięła pod uwagę znaczny stopień szkodliwości przedmiotowych naruszeń dla finansów publicznych i nie dopatrzyła się okoliczności mogących wpłynąć na wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju.

Odwołanie, datowane na dzień 14 stycznia 2015 roku, od orzeczenia wniósł do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej „GKO”), działający w imieniu Obwinionego Obrońca - radca prawny (...), zaskarżając orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

- nieuwzględnienie istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych,
- sprzeczność istotnych ustaleń Komisji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego,
- przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przez pominięcie w ustaleniu stanu faktycznego istotnych elementów tego stanu,

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

- naruszenie art. 28 ust. 1 i 3 uoandfp, przez jego niezastosowanie,
- naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 lit a i b ufp, przez jego niezastosowanie,
- naruszenie art. 65 § 2 kodeksu cywilnego przez jego niezastosowanie, wydanie orzeczenia sprzecznego z orzecznictwem GKO przez nieuwzględnienie prawa Gminy do stosowania przepisów kodeksu cywilnego i zasady swobody zawierania umów.

Obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia uniewinnienie Obwinionego od postawionych zarzutów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia.

Na rozprawie przed GKO, która odbyła się w dniu 18.06.2015 r. stawili się Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych - Paweł Laudański oraz obrońca Obwinionego - (...). Z-ca Rzecznika wniósł o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy, natomiast radca prawny reprezentujący Obwinionego podtrzymał wniosek zaprezentowany w złożonym odwołaniu.

GKO, po zapoznaniu się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, stwierdziła, co następuje.

Nie budzi najmniejszej wątpliwości i pozostaje w trakcie postępowania niesporny fakt, iż doszło do zawarcia umowy nr WGK-19/2013 z dnia 26.07.2013 r. która w imieniu Gminy (...) podpisana została przez Obwinionego (...).

Na skutek zawarcia tej umowy, stosownie do zapisu zawartego w § 7, dochody ze świadczonych usług określone w cenniku opłat cmentarnych stanowiły dochody wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) z siedzibą w (...), a nie Gminy (...). Powyższy zapis prowadził do naruszenia prawa, tj. art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. f ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, art. 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej. Skutkiem zaś działania niezgodnie z tymi przepisami było popełnienie czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na niepobraniu należności przez jednostkę samorządu terytorialnego, tj. wypełnienie znamion art. 5 ust. 1 pkt 2 uoandfp.

GKO podziela również stanowisko wyrażone przez RKO, która uznała, że do zawarcia ww. umowy doszło z usługodawcą, tj. Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym (...) z siedzibą w (...), który nie został wyłoniony w trybie określonym w Pzp. Czyn ten nosi znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 1 uoandfp,

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

W ocenie GKO, słusznie Komisja Orzekająca I instancji przyjęła, że w omawianym przypadku zasada swobody umów doznaje ograniczenia z uwagi na konieczność stosowania przez jednostkę samorządu terytorialnego również innych jeszcze przepisów prawa, w ufp i Pzp. Działalność jednostek samorządu terytorialnego, w odniesieniu do mienia stanowiącego ich własność, nie opiera się wyłącznie na przepisach prawa cywilnego, ale - ze względu na publicznoprawny status tych jednostek oraz posiadanego przez nich mienia - obrót ten regulowany jest także przepisami prawa publicznego. Publicznoprawny charakter tych podmiotów oraz przeznaczenie mienia, którym dysponują na zaspokojenie potrzeb wspólnoty, stanowi uzasadnienie wprowadzenia ograniczeń w zakresie swobody dysponowania mieniem i swobody zawierania umów oraz samodzielności jednostki samorządu terytorialnego. Szczególne unormowania prawa, dotyczące obrotu nieruchomościami stanowiącymi własność jednostek samorządu terytorialnego, podyktowane są tym, że mienie to ma służyć przede wszystkim celom publicznym. Dlatego też przyjęta w kodeksie cywilnym fundamentalna zasada swobody umów oraz swoboda właściciela rozporządzania jego rzeczą doznaje określonych ograniczeń w reżimie prawnym dotyczącym jednostek sektora finansów publicznych, w tym samorządu gminnego.

Sprawy cmentarzy gminnych należą do zadań własnych gminy, a utrzymanie cmentarzy komunalnych i zarządzanie nimi należy do właściwych wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), na których terenie cmentarz jest położony. Ustawa o gospodarce komunalnej dopuszcza powierzanie wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostkę samorządu terytorialnego - w drodze umowy - osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, jednakże z uwzględnieniem ufp, w trybie przewidzianym w Pzp. Gmina (...) jest jednostką sektora finansów publicznych, a więc - w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp do udzielania zamówień publicznych jest zobowiązana tę ustawę stosować.

Przedmiotem zamówienia publicznego w omawianej sprawie bez najmniejszej wątpliwości są usługi, zdefiniowane w Pzp - art 2 pkt 10 jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b.

W złożonym odwołaniu Obrońca Obwinionego jako podstawę do zmiany zaskarżonego

orzeczenia wskazał na nie uwzględnienie przez Komisję I instancji faktu zastosowania w rozpatrywanej sprawie jako wiodących przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami i nieadekwatne eksponowanie przez RKO posiłkowo zastosowanych przez Gminę (...) przepisów Pzp.

Odnosząc się do powyższego zarzutu GKO wskazuje, że podziela pogląd wyrażony przez RKO, zgodnie z którym Gmina (...) przy udzieleniu zamówienia publicznego w przedmiocie administrowania - utrzymania i zarządzania - cmentarzami komunalnymi, była zobowiązana zastosować przepisy oraz procedurę określoną przepisami Pzp. Nie można w ocenie GKO uznać, że procedura ta została zastosowana poprzez pomocnicze i wybiórcze zastosowanie kilku z tych przepisów prawnych. Stosowanie procedur określonych ustawą Pzp to zastosowanie się kompleksowo do uregulowań prawnych jakie ustawa ta przewiduje dla danej procedury. Podnieść przy tym należy pogląd, że stosowanie procedur wynikających z różnych przepisów i odnoszących się do różnych sfer działalności stanowi o niezastosowaniu w pełni żadnej z tych procedur.

W złożonym odwołaniu podniesiona została argumentacja, że postępowanie o wyłonienie wykonawcy usługi nie naruszało zasady uczciwej konkurencji. GKO wskazuje na brak znaczenia tej argumentacji dla przedmiotowej sprawy. Nie chodzi bowiem w omawianym przypadku o popełnienie czynu którego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych byłaby warunkowana przez przepisy uodfnp od zajścia przesłanki polegającej na uniemożliwieniu uczciwej konkurencji podmiotom postępowania. Zgodnie bowiem z art. 17 ust. 1b pkt 1 uodfnp, który normuje czyn przypisany przez Komisję Orzekającą I instancji Obwinionemu, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wyłoniony w trybie określonym w Pzp. Spełnienie przesłanek naruszenia dyscypliny finansów publicznych wynikających z tego przepisu nie jest uzależnione od naruszenia zasady uczciwej konkurencji jak ma to miejsce w art. 17 ust. 1 pkt 1 uodfnp, którego popełnienia Obwinionemu nie zarzucono. Dlatego też ten wątek odwołania GKO uznała za bezprzedmiotowy i niezasadny.

W odwołaniu podniesione zostało, że RKO pominęła fakt, iż w treści umowy zawarte były istotne elementy tej umowy, stanowiące o tym, iż była to głównie umowa dzierżawy z równoczesnym powiązaniem wykonywania usług, zawężając jej treść do opisu powierzonych usług przez co wypaczono rzeczywisty zamiar i intencję stron oraz rzeczywisty charakter tej umowy, pominięto zapisy umowy, w których wykazano obowiązki dzierżawcy - administratora do pobierania opłat cmentarnych, prowadzenia ksiąg, przeznaczania ww. opłat na koszty utrzymania cmentarzy, sporządzania kwartalnych zestawień i innych zapisów

umowy wykazujących pobieranie opłat i ich wydatkowania na utrzymanie cmentarzy.

GKO odnoszą się do tych zarzutów wskazuje, że kwestionowaną umową powierzono podmiotowi zewnętrznemu realizację zadań gminy w zakresie administrowania – utrzymania i zarządzania – określonymi cmentarzami komunalnymi. Nie do zaakceptowania jest zatem twierdzenie, że „jest to głównie umowa dzierżawy z równoczesnym powiązaniem wykonywania usług”. Niezależnie od intencji jakie przyświecały Obwinionemu przy zawieraniu tej umowy z jej brzmienia jednoznacznie wynika także, że Gmina (...) nie będzie pobierała do budżetu dochodów z tytułu opłat cmentarnych. Dochody te mimo ich wydatkowania na cele będące zadaniem gminy – utrzymanie cmentarzy komunalnych nie były bowiem ewidencjonowane w budżecie Gminy (...), co jest niezgodne z zasadami jawności i zupełności budżetu obowiązującymi w sektorze finansów publicznych.

Zasada zupełności budżetu wymaga ujęcia w budżecie wszystkich osiągniętych dochodów i dokonywanych wydatków budżetowych. Celem tej zasady jest dążenie do skupienia zarządzenia i wzmocnienia kontroli nad wykorzystywaniem środków finansowych, pozostających w dyspozycji wielu podmiotów sektora publicznego i zarazem eliminacji wzajemnych rozliczeń między tymi podmiotami zniekształcających bilans finansów sektora publicznego.

Zasada jedności budżetu jest ściśle powiązana z konstrukcją budżetu. Z punktu formalnego wypełnia postulat sporządzania budżetu w jednym dokumencie prawnym, który prezentuje zarazem całość gospodarki finansowej danej jednostki samorządu terytorialnego. Zasada jedności formalnej jest wymagana przez przepisy prawa. W ujęciu merytorycznym zasada jedności postuluje przeznaczenia całości dochodów na pokrycie w całości wydatków budżetowych. Od początku rozwoju gospodarki budżetowej zasada jedności budżetu była i nadal jest, jedną z naczelných zasad gospodarki budżetowej jednostek samorządu terytorialnego.

GKO jednoznacznie wskazuje, że działania polegające na niepobieraniu dochodów do budżetu jednostki samorządu terytorialnego i przeznaczanie ich przez usługodawcę bezpośrednio na wydatki przeczą obu wyżej opisanym zasadom. Stwierdzić przy tym należy, że intencje Obwinionego, który wskazuje, że działał w celu jak najlepszego zrealizowania zadań gminy - w aspekcie formalnym oceny podjętych przez niego działań - nie mają znaczenia, co do ustalenia czy naruszył on swoim działaniem obowiązujący stan prawny.

Podobnie GKO odnosi się do zarzutu dotyczącego pominięcia przez RKO dokumentów zawierających wyliczenia i potwierdzających efektywność ekonomiczną zastosowanych przez

Gminę (...) rozwiązań. Nie można bowiem działając w sferze finansów publicznych kierować się jedynie względami ekonomicznymi jest to bowiem sfera obwarowana szczególnymi regulacjami właśnie ze względu na swój charakter publiczny.

Obrońca Obwinionego wskazał, że RKO pominęła treść złożonych do akt sprawy dokumentów, w tym opinii prawnych potwierdzających dopuszczalność prawną zastosowanych rozwiązań. GKO rozważając ten aspekt sprawy stwierdziła, że spośród dokumentów zgromadzonych w sprawie znajduje się również opinia prawna mówiąca o konieczności zastosowania przez Gminę (...) do wyłonienia wykonawcy usługi polegającej na administrowaniu - utrzymaniu i zarządzaniu - cmentarzami komunalnymi Gminy (...) Pzp. Do opinii tej Obwiniony nie zastosował się. W związku z niezastosowaniem się przez Obwinionego do powyższej opinii argumentacja dotycząca pominięcia przez Komisję Orzekającą I instancji opinii prawnych jest bezzasadna. Wzmacnia ona jedynie przedstawiony przez RKO stan faktyczny i prawny i przeświadczenie, że Obwiniony mógł i powinien przeprowadzić postępowanie o wyłonienie wykonawcy usługi w sposób zgodny z ustawą prawo zamówień publicznych i uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W odniesieniu do zarzutu zawartego w uzasadnieniu odwołania dotyczącego znikomej szkodliwości czynu popełnionego przez Obwinionego, GKO uznała, że przypisanych Obwinionemu czynów nie można zakwalifikować jako znikomo szkodliwych dla finansów publicznych. Nie chodzi tu bowiem o wykazywany przez Obwinionego aspekt ekonomiczny niezgodnego z procedurami postępowania ale o fakt niezastosowania tych ważnych i istotnych procedur. Dlatego niedopełnienie obowiązków w rozpoznawanej sprawie nie może zostać ocenione jako znikomo szkodliwe dla finansów publicznych,

Reasumując powyższe ustalenia GKO stwierdza, że błędne jest stanowisko Obwinionego, że fakt pobierania przez wykonawcę usługi – Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) S.J. z siedzibą w (...) dochodów i przeznaczanie ich na wydatki służące utrzymaniu cmentarza zwalania Obwinionego z odpowiedzialności za niedopełnienie obowiązku dochodzenia należności kierowanej przez niego jednostki samorządu terytorialnego. Wina Obwinionego nie budzi wątpliwości. Obwiniony miał możliwość zawarcia umowy zgodnie z obowiązującymi procedurami i zgodnej z prawem. Obwiniony zresztą w złożonym odwołaniu nie podniósł argumentacji świadczącej o jego niewinności i wskazał jedynie na rzekome braki formalne, które nie są wystarczające do uchylecia orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji i uniewinnienia Obwinionego.

Sygn. akt BDF1.4800.61.2015

Uwzględniając kwoty niedochodzonych należności oraz naruszenie podstawowych zasad dotyczących zasad zawierania umów, GKO uznała, że trafnie RKO wymierzyła Obwinionemu karę nagany. Nie można bowiem zaakceptować przyjętych przez Obwinionego praktyk, a wymierzenie kary upomnienia byłoby zbyt łagodne, przy uwzględnieniu zaistniałych nieprawidłowości.

W związku z powyższym GKO orzekła, jak w sentencji.