

## OPINIA PRAWNA

w sprawie: nieprawidłowości przy inwestycji o nazwie - BUDOWA WIELOZADANIOWYCH BOISK SPORTOWYCH W DRZYCIMIU - budowa budynku zaplecza sportowego oraz instalacji elektrycznej i sanitarnej.

### Podstawa prawna:

1. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.2005.14.114)
2. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240)
3. Ustawa z dnia z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jednolity: Dz. U. 2007 r. Nr 231 poz. 1701)

Stan faktyczny tej sprawy nie budzi wątpliwości. Wyciąg z protokołu sesji Rady Gminy Drzycim z dnia 22 lutego 2011r. potwierdza, iż Radzie Gminy wiadome jest, że Wójt Gminy Drzycim dokonał zapłaty z dniem 31 grudnia 2010r. całej kwoty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyżej wymienionej inwestycji, tj. INTER-INVEST Świecie sp. z o.o. pomimo, że inwestycja ta nie została zakończona. Wiceprzewodniczący Rady Gminy wyraził pogląd, że doszło do fałszowania dokumentacji, bo podpisano odbiór robót, które nie były zrobione i zapłacono za to pieniądze, dlatego sprawą powinna zająć się Komisja Rewizyjna. Z treści sprawozdania Komisji Rewizyjnej, sporządzonego 11 marca 2011r. wynika, że dopatrzyła się ona szeregu nieprawidłowości, a przede wszystkim braków w dokumentacji, albowiem nie znalazła dokumentu stwierdzającego niezakończenie prac w terminie, ani dokumentu przedłużającego termin obowiązywania umowy. Ponadto w ocenie Komisji Rewizyjnej Inspektor Nadzoru nie sprawował wystarczającego nadzoru nad realizacją inwestycji. Zabrakło także harmonogramu etapowego realizowania zadania.

Wójt Gminy Drzycim odmówił podpisania tego sprawozdania, ponieważ w jego ocenie treść sprawozdania odbiegała od stanu faktycznego sprawy. W piśmie z dnia 14 marca 2011r. potwierdził ponadto, że wykonawcę wiązał termin zakończenia prac zapadający w dniu 30.10.2010r. Powołał się także na istnienie harmonogramu rzeczowo – finansowego prac budowy z dnia 27.04.2010r. oraz na swoją korespondencję z wykonawcą dotyczącą niezgodnego z harmonogramem stanu zaawansowania robót.

Kluczowym zagadnieniem w tej sprawie jest ocena prawna działania Wójta Gminy polegającego na zapłacie całej kwoty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, pomimo niewykonania przedmiotu zamówienia. Do niewykonania umowy na dzień otrzymania zapłaty przyznaje się sam wykonawca w piśmie z dnia 15 grudnia 2010r. uznał on za niemożliwe wykonanie robót dachowych z powodu silnych opadów śniegu, oblodzenia i niskiej temperatury. Firma zobowiązała się do wykonania prac najpóźniej do 15 marca 2011r.

Na sesji Rady Gminy w dniu 22 lutego 2011r. ujawniono motywy, którymi kierowano się dokonując pełnej zapłaty za niekompletne wykonanie umowy. Pani Maria Majewska przyznała – „Zapłaciliśmy dlatego, że chcieliśmy pozyskać chociaż część pieniędzy od Marszałka, bo Marszałek zamyka rokiem kalendarzowym swoje dotacje i rozliczanie z gminami”.

Zasadniczym pytaniem jest, czy czyn taki należy uznać za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w kilku przepisach, w sposób bardzo kazuistyczny wylicza, co jest takim naruszeniem i m.in. stanowi w sposób następujący:

**Art. 9.** Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest:

- 1) wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem określonym przez udzielającego dotację;
- 2) nierozliczenie otrzymanej dotacji lub nieterminowe rozliczenie tej dotacji;
- 3) niedokonanie zwrotu dotacji w należnej wysokości lub nieterminowe dokonanie zwrotu tej dotacji

Nie ulega wątpliwości, że na Gminie Drzycim ciążył prawny obowiązek wydatkowania dotacji zgodnie z umową nr 427/2010 z 26 maja 2010r. Co więcej w zaistniałym przypadku należało dotację zwrócić. Tak więc działanie Wójta Gminy Drzycim należy ocenić jako próbę obejścia norm prawnych i zarazem wykroczenie przeciwko dyscyplinie finansów publicznych.

W Komentarzu do powyższej ustawy - Borowska Katarzyna, Kościńska-Paszkowska Anna, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (wydanie I) ss. 464 czytamy: „Naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na wykorzystaniu środków niezgodnie z przeznaczeniem lub z obowiązującymi procedurami może być popełnione przez ich beneficjenta. Przeznaczenie i procedury, obowiązujące przy wykorzystaniu środków, są zazwyczaj określone w umowie lub załączonych do niej dokumentach. Naruszeniem procedur może być np. wykorzystywanie środków bez zachowania przepisów o zamówieniach publicznych”.

Należy zgodzić się z tym poglądem i naruszeń dyscypliny finansów publicznych, o jakich mowa w art. 9 w/w ustawy, doszukiwać się przede wszystkim w naruszeniach umowy nr 427/2010 z 26 maja 2010r.

Udzielenie dotacji celowej jednostce sektora finansów publicznych następuje zawsze na podstawie umowy. Powinna ona zawierać m.in.:

- 1) szczegółowy opis zadania, w tym cel, na jaki dotacja została przyznana;
- 2) termin wykonania zadania;
- 3) wysokość dotacji;
- 4) termin wykorzystania dotacji, nie dłuższy niż do 31 grudnia roku budżetowego;
- 5) termin i sposób rozliczenia udzielonej dotacji;
- 6) termin zwrotu niewykorzystanej dotacji, nie dłuższy niż piętnaście dni od określonego w umowie dnia wykonania zadania, a w przypadku zadania realizowanego za granicą, nie dłuższy niż trzydzieści dni od określonego w umowie dnia jego wykonania.

W tej sprawie musiało dojść do przekroczenia terminu wykonania zadania i winą za to należałoby przynajmniej częściowo obarczyć zamawiającego, który w niewłaściwy sposób nadzorował przebieg budowy. Niedokonanie zwrotu dotacji i prawidłowego rozliczenia jej także w oczywisty sposób stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidziane w art. 9 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Co więcej naruszenia w tej sprawie nie wynikają jedynie z nieprzestrzegania umowy, ale także z nierespektowania bezwzględnie wiążących przepisów prawa, ponieważ w art. 251 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych mamy następujące, nie budzące wątpliwości postawienia:

ust. 1. Dotacje udzielone z budżetu jednostki samorządu terytorialnego w części niewykorzystanej do końca roku budżetowego podlegają zwrotowi do budżetu tej jednostki w terminie do dnia 31 stycznia następnego roku.

ust. 3. W przypadku gdy termin wykorzystania dotacji, o których mowa w ust. 1, jest krótszy niż rok budżetowy, niewykorzystana część dotacji podlega zwrotowi w terminie 15 dni po upływie terminu wykorzystania dotacji.

ust. 4. Wykorzystanie dotacji następuje w szczególności przez zapłatę za zrealizowane zadania, na które dotacja była udzielona, albo, w przypadku gdy odrębne przepisy stanowią o sposobie udzielenia i rozliczenia dotacji, wykorzystanie następuje przez realizację celów wskazanych w tych przepisach.

Dokonanie zapłaty za niezrealizowane zadanie, po to aby nie zwracać dotacji należy uznać za rażąco sprzeczne z przywołanym przepisem. Wina Wójta jest tym większa, że mógł on osiągnąć swój cel zgodnie z prawem i starać się na forum rady gminy, aby przesunąć ten wydatek na następny rok. Dopuszcza to przepis art. 263 ustawy o finansach publicznych:

1. Niezrealizowane kwoty wydatków budżetu jednostki samorządu terytorialnego wygasają, z zastrzeżeniem ust. 2 i 4, z upływem roku budżetowego.

2. Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może ustalić, w drodze uchwały, wykaz wydatków, do których nie stosuje się przepisu ust. 1, oraz określić ostateczny termin dokonania każdego wydatku ujętego w tym wykazie w następnym roku budżetowym.

3. W wykazie, o którym mowa w ust. 2, ujmuje się wydatki związane z realizacją umów:

- 1) w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) które zostaną zawarte w wyniku zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym dokonano wyboru wykonawcy.

4. Ostateczny termin dokonania wydatków, które nie wygasają z upływem roku budżetowego, upływa 30 czerwca roku następnego.

W tej sytuacji zachodzi pytanie co należy zrobić w po ujawnieniu tych naruszeń prawa. Odpowiedź znajdujemy w Rozdziale 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zatytułowanym „Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych”, w następującym przepisie:

Art. 93 ust. 1 Zawiadomienie o ujawnionych okolicznościach, wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwane dalej „zawiadomieniem”, składa niezwłocznie do właściwego rzecznika dyscypliny:

- 1) kierownik jednostki sektora finansów publicznych,
- 2) kierownik jednostki otrzymującej środki publiczne,
- 3) organ sprawujący nadzór nad jednostką sektora finansów publicznych,
- 4) organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego,
- 4a) komisja stała organu stanowiącego samorządu terytorialnego,
- 5) organ kontroli lub kierownik jednostki prowadzącej kontrolę jednostki sektora finansów publicznych,
- 6) dysponent przekazujący środki publiczne jednostce niezaliczanej do sektora finansów publicznych

- zwany dalej „zawiadamiającym”.

2. Zawiadamiającemu przysługuje prawo do żądania informacji niezbędnych do sporządzenia zawiadomienia.

Nie ulega wątpliwości, że rada gminy jako jej organ stanowiący ma obowiązek zawiadomienia właściwego rzecznika dyscypliny, wynika to wprost z treści przepisu.

Do przeprowadzenia kontroli w tej sprawie również uprawniona jest Najwyższa Izba Kontroli. Art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jednolity: Dz. U. 2007 r. Nr 231 poz. 1701), stanowi, że:

1. Najwyższa Izba Kontroli kontroluje działalność organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych.

2. Najwyższa Izba Kontroli może kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych.

3. Najwyższa Izba Kontroli może również kontrolować działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa, w szczególności:

1) wykonują zadania zlecone lub powierzone przez państwo lub samorząd terytorialny;

2) wykonują zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego;

3) organizują lub wykonują prace interwencyjne albo roboty publiczne;

4) działają z udziałem państwa lub samorządu terytorialnego, korzystają z mienia państwowego lub samorządowego, w tym także ze środków przyznanych na podstawie umów międzynarodowych;

5) korzystają z indywidualnie przyznanej pomocy, poręczenia lub gwarancji udzielonych przez państwo, samorząd terytorialny lub podmioty określone w ustawie z dnia 8 maja 1997 r. o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne (Dz. U. z 2003 r. Nr 174, poz. 1689, z późn. zm.<sup>1)</sup>);

5a) udzielają lub korzystają z pomocy publicznej podlegającej monitorowaniu w rozumieniu odrębnych przepisów;

6) wykonują zadania z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego;

7) wywiązują się z zobowiązań, do których stosuje się przepisy ustawy z dnia 29

sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.), z innych należności budżetowych, gospodarki pozabudżetowej i państwowych funduszy celowych oraz świadczeń pieniężnych na rzecz państwa wynikających ze stosunków cywilnoprawnych.

Tak więc organ ten ma również prawo skontrolować INTER-INVEST Świecie sp. z o.o. jako podmiot gospodarczy wykonujący zamówienie publiczne.

Z kolei art. 3 i art. 5 ustawy o NIK przewidują bardzo szeroki przedmiotowy zakres kontroli. Zgodnie z tymi przepisami Najwyższa Izba Kontroli, kontrolując jednostki wymienione w art. 2, bada w szczególności wykonanie budżetu państwa oraz realizację ustaw i innych aktów prawnych w zakresie działalności finansowej, gospodarczej i organizacyjno-administracyjnej tych jednostek. Nadto Najwyższa Izba Kontroli przeprowadza kontrolę pod względem legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Natomiast kontrola działalności samorządu terytorialnego przeprowadzana jest pod względem legalności, gospodarności i rzetelności.

Jak widać NIK mogłaby zbadać sprawę omawianej inwestycji w sposób najbardziej szczegółowy i gruntowny, więc jest wskazane, aby ten organ o sprawie poinformować. Jednakże należy pamiętać, że zainicjowanie takiej kontroli przez gminę jest niezwykle trudne, albowiem zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 ustawy o NIK, Najwyższa Izba Kontroli podejmuje kontrole na zlecenie Sejmu lub jego organów, na wniosek Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Prezesa Rady Ministrów oraz z własnej inicjatywy. Można więc jedynie złożyć skargę do tego organu i oczekiwać na inicjatywę z jego strony, której nie musi wcale podjąć. Wedle danych podawanych na stronie www Najwyższej Izby Kontroli w 2010r., na ponad 5 tyś. skarg podstawą kontroli stało się 180, a więc ok. 3%. Dlatego obok tej skargi, która może zapewnić najdokładniejszą analizę sprawy należy koniecznie złożyć zawiadomienie w trybie art. 93 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Warto zaznaczyć, że na podstawie art. 63 ustawy o NIK również ta instytucja w razie ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych może wnieść wniosek o ukaranie. Natomiast w razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub

wykroczenia Najwyższa Izba Kontroli zawiadamia organ powołany do ścigania przestępstw lub wykroczeń oraz informuje o tym kierownika jednostki kontrolowanej lub kierownika jednostki nadrzędnej i właściwy organ państwowy lub samorządowy.

ADWOKAT  
*Aleksander Michalski*