

Sygn. akt KIO/KD 11/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 lutego 2016 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Gmina Zbuczyn
ul. Jana Pawła II 1
08 – 106 Zbuczyn

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym w postępowaniach o zwrot podatku od towarów i usług od zrealizowanych inwestycji w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej w Zbuczynie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący :	Magdalena Grabarczyk
Członkowie :	Przemysław Dzierzędzki
	Dagmara Gałczewska-Romek

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego.

Uzasadnienie

Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, dalej jako „ustawa” lub „Pzp”) - zamówienia publicznego na świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym w postępowaniach o zwrot podatku od towarów i usług od zrealizowanych inwestycji w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej w Zbuczynie. Umowa z wykonawcą Deloitte Legal P. i Wspólnicy Kancelaria Prawnicza Sp. k. została zawarta 19 lipca 2012 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: kontrolujący albo Prezes Urzędu) przeprowadził kontrolę postępowania i stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy.

1. Prezes Urzędu ustalił, że przedmiotem zamówienia była usługa prawnicza polegająca na zastępstwie procesowym, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa procesowego w postępowaniach o zwrot podatku od towaru i usług (VAT) oraz w innych powiązanych z nim postępowaniach, jak również doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, mającym charakter pomocniczy wobec powyższej podstawowej usługi prawniczej, obejmującym analizę zasadności podniesienia przez zamawiającego możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT (§ 1 umowy).

Faktyczny zakres usług, jakie wykonawca zrealizował na rzecz zamawiającego obejmował: przeprowadzenie analizy zasadności możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT, sporządzenie raportu zawierającego rekomendację odpowiednich działań prawnych zmierzających do podniesienia roszczeń procesowych w zakresie zwrotu podatku VAT, przygotowanie i złożenie wniosków o interpretacje podatkowe, uczestnictwo w przygotowaniu korekt deklaracji oraz udział w kontroli podatkowej. Należny podatek VAT został odzyskany na etapie postępowania podatkowego, tj. po kontroli podatkowej prowadzonej w trybie określonym w art. 281 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.).

W wyniku realizacji zamówienia wykonawca otrzymał wynagrodzenie o łącznej wartości 471120,75 zł .

Zdaniem kontrolującego zasadnicze znaczenie dla wykładni przepisu art. 5 ust. 1b Pzp ma pojęcie zastępstwa procesowego, które na gruncie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101, ze zm.) dalej zwanej Kpc, występuje w przepisie art. 87¹ Kpc, dotyczącym zastępstwa stron przez adwokatów lub radców prawnych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. Z kolei § 3 tego artykułu odnosi się do zastępstwa procesowego Skarbu Państwa wykonywanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Poza tym, proces cywilny stanowi zasadniczy tryb postępowania rozpoznawczego, gdyż w Kpc przyjęto regułę, iż sprawy cywilne sąd rozpoznaje w procesie, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ponadto Kpc posługuje się takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, pełnomocnictwo procesowe, czy zdolność procesowa, tj. zdolność do czynności procesowych. Dział V Kpc zatytułowany jest pełnomocnicy procesowi, a przepis art. 88 Kpc uważany jest tradycyjnie za źródło podziału pełnomocnictwa na procesowe oraz do niektórych (poszczególnych) czynności procesowych.

Z kolei ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555, ze zm.), dalej zwana Kpk, posługuje się m. in. takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, organy procesowe, przedstawiciele procesowi stron, czy też koszty procesu. Na gruncie Kpk przedstawicielami procesowymi stron są obrońcy i pełnomocnicy.

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r., poz. 270, ze zm.) posługuje się pojęciami czynności procesowych, zdolności procesowej, przez którą rozumie się zdolność do czynności w postępowaniu w sprawach sędowo-administracyjnych, jak i pojęciem pełnomocnictwa procesowego.

Zgodnie z ustawą z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 1150) do zadań Prokuratorii Generalnej należy m. in. wyłączne zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przed Sądem Najwyższym oraz zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przed sądami powszechnymi, wojskowymi i polubownymi.

Kontrolujący podniósł, że zarówno w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267, ze zm.), jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749, ze zm.) w Dziale IV Postępowanie podatkowe, brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych. Wywiódł, że analiza podstawowych aktów prawnych regulujących prawo proceduralne pozwala zatem na przyjęcie, iż pod pojęciem

zastępstwa procesowego należy rozumieć występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu sądowym.

Z tego twierdzenia wyprowadził następnie wniosek, że rozumienie pojęcia zastępstwa procesowego będzie jednocześnie determinować sposób wykładni zawartego w art. 5 ust. 1b Pzp terminu „organów orzekających”, gdyż pod pojęciem organów orzekających na gruncie tego przepisu należy rozumieć tylko takie organy, w stosunku do których może mieć zastosowanie instytucja zastępstwa procesowego, a więc organy orzekające o charakterze *quasi – sądowym* (np. Krajowa Izba Odwoławcza). Organami orzekającymi na gruncie przepisu art. 5 ust. 1b Pzp nie będą zatem organy orzekające w formie decyzji (np. organy administracji publicznej, organy podatkowe), gdyż w ramach stosowanej przed nimi procedury nie mamy do czynienia z instytucją zastępstwa procesowego, czy z czynnościami procesowymi.

W konsekwencji Prezes Urzędu przyjął, że mając na uwadze regulacje Ordynacji podatkowej, należy stwierdzić, iż występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym nie stanowi wykonywania zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi, a tym bardziej przed sądami lub trybunałami, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1b Pzp, a zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego zamówienia naruszył treść art. 5 ust. 1b Pzp.

2. Kontrolujący stwierdził, że z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyjaśnień zamawiającego wynika, iż nie dokonano ustalenia wartości szacunkowej niniejszego zamówienia przed wszczęciem postępowania.

Wskazał, że ustawodawca zastrzegł na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia z należytą starannością (art. 32-35 Pzp).

Prezes Urzędu nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, który w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli wskazał, iż ustalenie wartości zamówienia mogło nastąpić dopiero po przedstawieniu przez wykonawcę raportu o wynikach analizy zasadności możliwych roszczeń procesowych. Zdaniem zamawiającego, skoro zgodnie z § 2 ust. 4 zawartej umowy dopiero po zapoznaniu się z raportem zamawiający podejmował decyzje o pełnej akceptacji rekomendacji wykonawcy przedstawionych w raporcie i realizacji roszczeń ukierunkowanych na optymalizację w tym zakresie, akceptacji jedynie wybranych rekomendacji wykonawcy przedstawionych w raporcie i realizacji roszczeń ukierunkowanych na optymalizację w tym zakresie, zawieszeniu realizacji roszczeń na czas określony lub rezygnacji z ich realizacji, dopiero więc na tym etapie mogło nastąpić oszacowanie wartości zamówienia.

Kontrolujący podniósł, że zamawiający znał co najmniej kwotę podatku VAT zapłaconego, zatem przyjmując ustalenie wynagrodzenia *success fee* był w stanie ustalić szacunkowy koszt wykonania ww. usługi, zatem zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 i art. 35 ust.1 Pzp.

3. Kontrolujący wskazał, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu, tj. Pan T. H. - Wójt oraz Pan W. K. - Zastępca Skarbnika, nie złożyły na druku ZP - 1 oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp.

4. Prezes Urzędu stwierdził w dokumentacji brak protokołu postępowania i uznał, że zamawiający nie prowadząc protokołu postępowania, uchybił treści art. 96 ust. 1 Pzp w związku z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Kontrolujący ustalił, że z otrzymanej dokumentacji oraz wyjaśnień zamawiającego z dnia 1 września 2014 r. wynika, iż nie zamieścił on ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych, ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i stwierdził, że zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w odpowiednim publikatorze stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 i 2 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli i pismem z 8 stycznia 2016 r. wniósł zastrzeżenia. Odnosząc się do naruszeń przepisów ustawy stwierdzonych przez Prezesa Urzędu stwierdził, że:

Ad. 1. Zadaniem wykonawcy w ramach zamówienia było zastępstwo procesowe (reprezentacja) przed wszystkim sądami i organami, w tym sądami administracyjnymi, które będą podejmowały decyzje w postępowaniach o zwrot gminie podatku VAT oraz doradzanie w związku i w zakresie zleconych usług zastępstwa procesowego. Temu celowi został podporządkowany sposób ustalenia i wypłaty wynagrodzenia.

W ramach świadczonych usług wykonawca przeprowadził w sierpniu 2012 r. analizę procesową zasadności możliwych roszczeń dotyczących rozliczeń VAT wraz z oceną szans procesowych i rekomendacji odpowiednich działań procesowych. Efektem przeprowadzonej analizy było sporządzenie przez raportu, który został przekazany Gminie 25 września 2012 r.

18 października 2012 r. odbyło się spotkanie pracowników wykonawcy oraz zamawiającego, podczas którego zostały omówione potencjalne dalsze działania procesowe przedstawione przez wykonawcę w raporcie.

W ramach umowy wykonawca przygotował dla zamawiającego projekty wniosków o interpretacje przepisów prawa podatkowego wydawanych przez Ministra Finansów (m.in. w odniesieniu do inwestycji w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej w Zbuczynie). Wnioski zostały następnie podpisane i złożone przez przedstawicieli wykonawcy na podstawie pełnomocnictwa udzielonego im przez wykonawcę. Postępowanie zakończyło się na etapie wydania pozytywnej dla zamawiającego interpretacji przez Ministra Finansów i nie zaistniała potrzeba składania skarg do sądu administracyjnego.

Po złożeniu korekt rozliczeń VAT do Urzędu Skarbowego w Siedlcach wykonawca występował w imieniu zamawiającego w postępowaniu przed urzędem, w trakcie prowadzonej przez ten podmiot kontroli podatkowej, na podstawie pełnomocnictwa do kontroli udzielonego pracownikom wykonawcy. Wsparcie polegało m.in. na składaniu dodatkowych wyjaśnień do złożonych korekt, przygotowywania dodatkowych informacji wymaganych przez urząd i wizyt w urzędzie. W wyniku przeprowadzonego postępowania nie została wydana negatywna decyzja, która wymagałaby składania skargi do sądu administracyjnego.

W związku z powyższym, zakres usług świadczonych w ramach umowy przez wykonawcę obejmował w szczególności:

- przeprowadzenie analizy procesowej możliwych podniesienia określonych roszczeń dotyczących rozliczeń VAT;
- przygotowanie raportu zawierającego rekomendacje odpowiednich działań prawnych zmierzających do podniesienia roszczeń procesowych w zakresie zwrotu podatku VAT wraz z oceną szans skutecznego podjęcia działań procesowych;
- przygotowanie i złożenie wniosków o interpretacje podatkowe (na podstawie udzielonego pełnomocnictwa) i reprezentacja przed uprawnionym organem tj. Ministrem Finansów;
- reprezentacja w trakcie kontroli podatkowej (na podstawie udzielonego pełnomocnictwa) wobec organu podatkowego.

Sprawa o zwrot podatku od towarów i usług jest rozpatrywana najpierw przez organy podatkowe a następnie w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia przez sąd administracyjny (dwie instancje). Jest to ta sama sprawa rozstrzygana przez różne organa na różnym etapie rozstrzygania.

Wyłączenie konieczności stosowania przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wynika z wyboru ustawodawcy i jej determinowany naturą i specyfiką zamawianych usług zastępstwa procesowego. Usługi polegające na zastępstwie procesowym i usługi doradczej w ramach tego zastępstwa wiążą się ze szczególną więzią pomiędzy klientem, w tym wypadku zamawiającym i jego pełnomocnikiem. Ich relacje oraz stosunek opierają się na zaufaniu.

Zamawiający podniósł, iż przepisy Pzp nie definiują ani pojęcia „zastępstwo procesowe” ani „inne organy orzekające” a ustawodawca też nie wprowadził żadnego odwołania w przepisach PZP do którejkolwiek z ustaw obowiązujących w polskim systemie prawnym, która takie pojęcia by używała. Należy także wskazać, iż nie istnieje legalna definicja „zastępstwa procesowego” w polskim systemie prawa, która tym bardziej miałaby moc powszechnie obowiązującą.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że poprzez zastępstwo należy zasadniczo rozumieć sytuację, w której zamiast lub obok podmiotu uprawnionego działa inny podmiot ze skutkiem prawnym dla zastępowanego.

Zamawiający zarzucił, że próba definiowania lub utożsamiania pojęcia „zastępstwo procesowe” z pojęciem „zastępstwa procesowego” w rozumieniu jakiegokolwiek ustawy wymienionej przez kontrolującego wyklucza stosowanie przepisu art. 5 ust. 1b Pzp w przypadku postępowania przed trybunałami oraz innymi organami orzekającymi, do których przepisy tych ustaw mogą całkowicie nie mieć zastosowania. Trybunałem w rozumieniu art. 5 ust. 1b Pzp będzie na przykład Trybunał Sprawiedliwości UE, do postępowania przed którym nie stosuje się przepisów żadnej z ww. ustaw.

Zamawiający wyraził pogląd, że „inny organ orzekający” w rozumieniu art. 5 ust. 1 b Pzp będą też organy władzy publicznej do których właściwości (rzeczowej, miejscowej i funkcjonalnej) należy orzekanie o prawach i obowiązkach podmiotów prawa. „Zastępstwo procesowe” powinno być zatem rozumiane, jako zastępstwo odnoszące się do udziału w postępowaniu, jako regulowanym przez prawo ciągu czynności podejmowanych przez sądy, trybunały oraz inne organy orzekające, a także i inne podmioty w celu załatwienia sprawy dotyczącej praw lub obowiązków zamawiającego.

Zdaniem zamawiającego art. 5 ust. 1 b Pzp, nie zawiera jakichkolwiek ograniczeń i znajduje zastosowanie w postępowaniach prowadzonych przez instytucje wymienione w tym przepisie, niezależnie od tego, w jaki sposób postępowanie jest inicjowane (czy z urzędu, czy na wniosek), czy jest ono postępowaniem kontrydiktoryjnym, czy też nie, oraz niezależnie od tego jaką formę przybiera zakończenie postępowania. W konsekwencji organ podatkowy, przed

którym toczy się postępowanie, jest bez wątplenia organem orzekającym o prawach i obowiązkach podatnika, także z perspektywy użytych wyrażen legislacyjnych - zgodnie z art. 207 ustawy ordynacja podatkowa „organ podatkowy orzeka w sprawie w drodze decyzji”.

Niezależnie od pojawiających się w orzecznictwie opinii, jakoby interpretacje indywidualne nie były decyzjami na gruncie prawa podatkowego, nie można trybowi uzyskania takiej interpretacji odmówić przymiotów postępowania, a wydanemu w danej sprawie rozstrzygnięciu charakteru władczego, dającego wnioskodawcy pewne prawa i gwarancje.

Należy również wskazać, że doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego nie musi się wiązać nawet z wystąpieniem formalnego postępowania. Na pełnomocnikach profesjonalnych spoczywa bowiem obowiązek poinformowania mocodawcy o niskim prawdopodobieństwie pozytywnego zakończenia danego postępowania.

W tym kontekście usługi świadczone przez wykonawcę polegające na:

- ocenie potencjalnych rozwiązań pozwalających na odzyskanie nadpłaconego podatku VAT oraz możliwe oszczędności w tym zakresie w odniesieniu do przeszłych i przyszłych okresów rozliczeniowych mocodawcy;

- opracowaniu strategii postępowań podatkowych zmierzających do uzyskania zwrotu podatku wraz z rekomendacjami określającymi możliwe sposoby wdrożenia rozwiązań optymalizacyjnych oraz opisem ewentualnych ryzyk związanych z tymi rozwiązaniami; oraz

- weryfikacji przygotowanych przez mocodawcę korekt rozliczeń VAT oraz bieżącego rozliczenia VAT przed zainicjowaniem przez mocodawcę postępowań dotyczących zwrotu w celu oceny ich poprawności oraz zasadności ubiegania się o zwrot podatku VAT,

należy uznać za usług doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego w rozumieniu art. 5 ust. 1 b Pzp.

Ad. 2. Jak wskazywano w toku postępowania ustalenie wartości zamówienia mogło nastąpić dopiero po przedstawieniu przez wykonawcę raportu o wynikach analizy zasadności możliwych roszczeń procesowych. Zgodnie z umową dopiero po zapoznaniu się z raportem zamawiający mógł podjąć decyzję o akceptacji poszczególnych rekomendacji wykonawcy i realizacji wybranych roszczeń. W związku z tym dopiero po podjęciu tych decyzji mogło nastąpić oszacowanie wartości zamówienia.

Określenie szacunkowej kwoty VAT możliwej do odzyskania możliwe jest wyłącznie przy wykorzystaniu profesjonalnej wiedzy, którą posiada dany wykonawca.

W szczególności zamawiający zwrócił uwagę na stan wiedzy w zakresie podatku od towarów i usług w jednostkach samorządu terytorialnego w momencie podpisywania umowy, tj.

na początku 2012 r. Podniósł, że obecnie zagadnienie to jest przedmiotem wielu opracowań, praktyki rynkowej oraz bogatego orzecznictwa. W tamtym okresie kwestią tą zajmowała się bardzo ograniczona ilość podmiotów, brak było wypracowanych rozwiązań oraz wsparcia organów centralnych. Ilość gmin podejmujących działania w tym zakresie stanowiła ułamek obecnej liczby samorządów odzyskujących VAT. Zamawiający przy dołożeniu należytej staranności, nie była w stanie określić przed udzieleniem zamówienia jego szacunkowej wartości. Wskazanie natomiast kwoty przypadkowej należało uznać za niecelowe i sprzeczne z istotą obowiązku wskazanego w przepisach Prawa zamówień publicznych.

Ad. 3. Zamawiający podniósł, że wobec braku przesłanek do stwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp przez niedopatrzenie nie sporządzono pisemnych oświadczeń.

Ad. 4. Wyjaśnił, że brak sporządzenia protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest efektem niedopatrzenia, jednak wszystkie informacje niezbędne do jego uzupełnienia znajdują się w korespondencji i dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnieniach składanych przez w toku postępowania kontrolnego. W dokumentacji przetargowej znajduje się protokół z negocjacji, w którym odwzorowano przebieg części prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Ad. 5. Zamawiający podniósł, że brak publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wynikał pośrednio z problemu określenia szacunkowej wartości zamówienia. Wyraził pogląd, że termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 95 ust. 1 i 2, należy interpretować w ten sposób, że ma to nastąpić dopiero po spełnieniu ustawowych przesłanek wskazanych w tych przepisach i po ustaniu przyczyn niezależnych od zamawiającego, które uniemożliwiały zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazanie ogłoszenia go Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w celu publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Mając na względzie brak możliwości określenia konkretnej wysokości wynagrodzenia w momencie udzielenia zamówienia brak było możliwości prawidłowego określenia właściwego publikatora.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego i pismem z 22 stycznia 2016 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP zważyła, co następuje:

Zamawiający dopuścił się naruszeń przepisów ustawy wskazanych przez Prezesa Urzędu, zatem złożone zastrzeżenia nie mogą zostać uwzględnione.

Ad. 1. Trafnie wskazuje zamawiający, że kontrolujący nie powołał pełnego brzmienia art. 5 ust. 1b Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania. Stanowił on, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ułomne powołanie przez Prezesa Urzędu treści art. 5 ust. 1b Pzp nie ma jednak znaczenia dla oceny zastrzeżenia, gdyż istota sporu sprowadza się do kwestii wykładni pojęć „zastępstwo procesowe” oraz „organ orzekający” w kontekście udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki następuje przy całkowitym wyłączeniu konkurencji. Mając to na uwadze orzecznictwo wszystkich sądów i organów orzekających w sprawach zamówień publicznych głosi jednolity pogląd, że wyjątkowość trybu z wolnej ręki nakazuje rygorystyczną, ścisłą wykładnię przesłanek warunkujących dopuszczalność zastosowania tego trybu. Jednym z celów systemu zamówień publicznych jest bowiem racjonalne i efektywne dokonywanie zakupów w warunkach konkurencji.

Izba w składzie rozpoznającym zastrzeżenia wyraża pogląd, że postulaty te odnoszą się do wszystkich wskazanych w ustawie przesłanek umożliwiających odstąpienie od konkurencyjnego udzielenia zamówienia publicznego, a nie tylko do tych, gdy przepisy w sposób konkretny przewidują możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki: art. 67 ust. 1

Pzp, a w odniesieniu do zamówień sektorowych art. 134 ust. 6 Pzp, oraz art. 5 ust. 1a Pzp, odnoszące się do usług niepriorytetowych). W konsekwencji przesłanki zastosowania art. 5 ust. 1b Pzp - zakres takich okoliczności usprawiedliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki - nie może być powoływany w sposób dowolny. Również i ten przepis ten stanowi wyjątek od zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym reguły stosowania podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, czyli przetargu nieograniczonego i ograniczonego, wyrażonej w art. 10 ust. 1 Pzp, jako zasada prymatu trybów przetargowych. Zasada ta podkreślona została w art. 10 ust. 2 Pzp, który wskazuje dodatkowo, że w pozostałych trybach przewidzianych w ustawie - w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki i trybie negocjacji bez ogłoszenia – zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie.

Z powołanych zasad wynika, że – jak było już wskazane na wstępie - przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane w sposób ścisły. Zamawiający tymczasem prezentuje rozszerzającą wykładnię terminu „zastępstwo procesowe”. Pogląd prezentowany przez zamawiającego sprowadza się do tego, że z zastępstwem procesowym mamy do czynienia zasadniczo w każdym przypadku, gdy organ władzy publicznej rozstrzygając władczo o prawach i obowiązkach obywatela wydaje decyzję administracyjną. Z zapatrywaniem takim nie sposób się zgodzić. Dostrzec bowiem należy, że określenie „zastępstwo procesowe” jest pojęciem powszechnie przyjętym na gruncie nauki i praktyki prawa, a jego właściwe zrozumienie nie rodzi trudności. Pojęcie „proces” niezależnie od tego, czy postrzegamy je na gruncie procedury cywilnej, karnej, czy administracyjnej, oznacza postępowanie o charakterze spornym, kontradiktoryjnym, w którym strony zobowiązane są do przeprowadzenia postępowania dowodowego. Postępowanie takie jest prowadzone przed niezawisłym organem, zatem nie tylko przed sądem powszechnym, administracyjnym lub szczególnym, Trybunałem Konstytucyjnym lub Trybunałem Stanu, ale również przed organami orzekającymi w sprawach o charakterze spornym na podstawie procedur szczególnych. Organem orzekającym spełniającym te standardy jest Krajowa Izba Odwoławcza, gdy orzeka w postępowaniu odwoławczym w sprawach dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Organem takim są również izby morskie działające na podstawie ustawy z 1 grudnia 1961 o izbach morskich (Dz. U. z 2015 r., poz. 735).

Nie ulega wątpliwości, że procedura przypisana organom podatkowym nie ma charakteru kontradiktoryjnego i nie może być uznane za postępowanie sporne toczony przed niezawisłym organem orzekającym. Organ administracyjny stosując przepisy kodeksu prawa

administracyjnego jedynie orzeka władczo o prawach i obowiązkach strony na podstawie dokumentów.

To, że sprawa o zwrot podatku od towarów i usług jest rozpatrywana najpierw przez organy podatkowe a następnie - w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia - przez sąd administracyjny (dwie instancje) nie uzasadnia uznania, że w postępowaniu przed organem podatkowym mamy do czynienia z zastępstwem procesowym. Tożsamość sprawy nie uzasadnia automatycznego uznania, że postępowanie przed nimi ma charakter procesowy na każdym etapie rozstrzygania .

Przepis art. 5 ust. 1b Pzp może zatem znaleźć zastosowanie w przypadku udzielania zamówienia publicznego, którego przedmiotem będzie zastępstwo przed sądem administracyjnym w razie wniesienia skargi do tego sądu od decyzji organu podatkowego II instancji lub doradztwo prawne w zakresie tego zastępstwa. W takim bowiem przypadku będziemy mieli do czynienia z postępowaniem procesowym, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe lub bezpośrednio związane z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

Tym samym w sytuacji, gdy zamówienie, którego przedmiotem, zgodnie z treścią zawartej w dniu 19 lipca 2012 r. umowy, było występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym w przedmiocie zwrotu podatku VAT, sporządzanie analiz oraz doradztwo prawne w tym zakresie nie mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b Pzp, bez stosowania przepisów ustawy określających przesłanki zastosowania tego trybu.

Dodatkowo wskazany przez zamawiającego katalog czynności wykonawcy na podstawie umowy wskazuje, że przedmiotem świadczenia była w kompleksowa obsługa prawna w zakresie odzyskania podatku od towarów i usług, na którą składały się czynności o różnym charakterze.

Ad. 2. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług. Z art. 35 ust. 1 Pzp wynika natomiast, że ustalenia wartości zamówienia dokonuje się przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Czynność oszacowania wartości zamówienia jest zatem podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, gdyż od ustalonej wartości zamówienia zależy zakres obowiązków zamawiającego przy udzieleniu zamówienia, a także wybór przepisów właściwych do zastosowania w danym postępowaniu.

Czynność ta ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może się od niej zwolnić, nawet jeśli ustalenie takiej wartości nastęrcza mu trudności. Wartość zamówienia ustalana przed

wszczęciem postępowania ma charakter szacunkowy, a wynagrodzenie wypłacane wykonawcy w wielu postępowaniach jest znacząco niższe niż szacunki. Dodatkowo zamawiający, o ile rzetelnie przygotowywał się do negocjacji z wykonawcą, mógł i powinien był powziąć wiadomość o wysokości stawek stosowanej przy zamawianiu tego typu usług. Mając te dane tj. maksymalną kwotę VAT, wysokość stawki oraz znając własne możliwości finansowe, zamawiający mógł oszacować wartość zamówienia przed jego wszczęciem.

Ad. 3. Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Złożenie oświadczenia ma charakter obligatoryjny i bez względu. Fakt, że nie zaszły przesłanki uzasadniające wyłączenie osób, które wykonywały czynności w postępowaniu, nie uzasadnia odstąpienia od złożenia oświadczenia. Rozumienie przeciwne nie tylko nie znajduje oparcia w brzmieniu przepisu art. 17 ust. 1 Pzp, ale również otwiera furtkę do arbitralności oceny obowiązków nałożonych na zamawiającego, co przeczy zasadom udzielania zamówień publicznych.

Ad. 4. Stosownie do treści art. 96 ust. 1 Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zawierający co najmniej: opis przedmiotu zamówienia, informację o trybie udzielenia zamówienia, informacje o wykonawcach, cenę i inne istotne elementy ofert, wskazanie wybranej oferty lub ofert. Protokół postępowania jest dokumentem odwzorującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp, stąd prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco, dokumentowanie czynności sukcesywnie dokonywanych w postępowaniu, prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Art. 96 ust. 1 ustawy Pzp określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 Pzp, zawiera m.in. określenie wartości zamówienia publicznego oraz powody zastosowania przez zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony.

Zamawiający odstępując od sporządzenia protokołu nie dopełnił obowiązków wynikających z przepisów prawa.

Ad. 5. Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamawiający zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Z kolei w art. 95 ust. 2 Pzp wskazano, że jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Podobnie jak protokół postępowania prawidłowe ogłoszenie o udzieleniu zamówienia ma na celu realizację zasad udzielenia zamówienia. W grę wchodzi tu nie tylko zasada jawności, ale przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Udzielenie zamówienia w wyłączającym jakąkolwiek konkurencję trybie z wolnej ręki może być poddane realnej i efektywnej kontroli wykonawców jedynie w sytuacji, gdy zamawiający zamieści ogłoszenie o udzieleniu zamówienia bezpośrednio po jego udzieleniu.

W okolicznościach sprawy zamawiający uniemożliwił wykonawcom, którzy również mogliby wykonać dane zamówienie, jakąkolwiek kontrolę legalności swojego działania, co uznać należy za szczególnie naganne.

W żaden sposób zamawiający nie może zasłaniać się nieustaleniem wartości zamówienia. Jak Izba wskazała już wcześniej oszacowanie wartości zamówienia było możliwe przed wszczęciem postępowania i zamawiający mógł i powinien był jej dokonać.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....