

Sygn. akt KIO/KD 44/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z 12 lipca 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Trzemeszno, ul. Gen. Henryka Dąbrowskiego 2, 62-240 Trzemeszno

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKD/KND/9/16

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w postępowaniach podatkowych oraz sądowno administracyjnych dotyczących rozliczania podatku od towarów i usług

prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki uznaje za uzasadnione, zaś w zakresie ustalenia szacunkowej wartości zamówienia uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

do uchwały z 12 lipca 2016 r. sygn. akt KIO/KD 44/16

Zamawiający – Gmina Trzemeszno, Gen. Henryka Dąbrowskiego 2, 62-240 Trzemeszno udzielił zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w postępowaniach podatkowych oraz sądowno administracyjnych dotyczących rozliczania podatku od towarów i usług.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (znak UZP/DKD/KND/9/16), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 czerwca 2016 r., iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp stosując tryb zamówienia z wolnej ręki, naruszył art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nie dochowując należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia oraz naruszył art. 96 ust. 1 ustawy Pzp na skutek zaniechania niezwłocznego zamieszczenia w BZP ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), Prezes UZP stwierdził następujące nieprawidłowości:

1. W dniu 19 września 2012 r. Zamawiający zawarł z wykonawcą ██████████ umowę na świadczenie usług prawniczych w zakresie czynności i postępowań dotyczących rozliczeń przez Zamawiającego podatku od towarów i usług (zwanym dalej podatkiem VAT) dotyczących działalności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego rozliczenia. Zamówienia udzielono w oparciu o art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, w uzasadnieniu wskazując, iż „w przypadku zamówień których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonaniu 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.” Z dokumentacji postępowania i wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż usługa miała obejmować zastępstwo w zakresie postępowań przed organami administracji skarbowej i ewentualnymi postępowaniami sądownoadministracyjnymi o zwrot należnego Zamawiającemu

podatku VAT wraz z niezbędnym doradztwem prawnym dotyczącym zastępstwa w tych postępowaniach.

Jednocześnie, zgodnie z zapisami wynikającymi z umowy zawartej w sprawie przedmiotowego zamówienia, świadczenie usług prawniczych podzielone było na etap prac analitycznych oraz prac wdrożeniowych. W ramach fazy analitycznej wykonawca był zobowiązany do zidentyfikowania obszarów możliwej optymalizacji rozliczeń podatku VAT dokonywanych przez Zamawiającego, a w przypadku nadwyżki podatku naliczonego nad należnym możliwości prawnej uzyskania jego zwrotu. Z kolei zgodnie z § 3 pkt 3 umowy, czynności w ramach fazy wdrożeniowej obejmowały: przygotowanie korekt przeszłych rozliczeń deklaracji VAT oraz przygotowanie bieżących i przyszłych rozliczeń VAT w kwartalnych okresach rozliczeniowych, prowadzenie zgodnie z informacjami przekazywanymi przez Zamawiającego i na podstawie przedstawianych przez niego dokumentów rejestrów i ewidencji niezbędnych do rozliczenia podatku VAT, przy czym w zakresie rejestrów sporządzonych przed zawarciem umowy czynności tej fazy dotyczyły rejestru zakupów, a także analizę przedstawianych wykonawcy przez pracowników jednostek organizacyjnych Zamawiającego materiałów źródłowych (np. faktur zakupowych, umów, wniosków o dotację, uchwał) mogących mieć wpływ na zwrot nadwyżki podatku VAT. W ramach fazy wdrożeniowej wykonawca mógł, w zależności od przebiegu wykonania umowy, podjąć się przygotowania wniosków o indywidualne interpretacje prawa podatkowego, w przypadku gdy stan faktyczny rozliczeń oraz stan prawny wymagały potwierdzenia poprawności skutków podatkowych oraz reprezentowania Zamawiającego na podstawie udzielonych pełnomocnictw, w postępowaniach dotyczących rozliczeń podatku VAT należnego Zamawiającemu. Wykonawca oświadczył, że nie będzie pobierał odrębnego wynagrodzenia za fazę analityczną, zaś prace objęte tą fazą były rozliczane w ramach wynagrodzenia należnego wykonawcy za czynności podjęte w ramach fazy wdrożeniowej. Podstawę wynagrodzenia wykonawcy za fazę wdrożeniową stanowiły natomiast oszczędności Zamawiającego w zakresie rozliczenia podatku VAT, za które strony umowy uznały zwrot podatku VAT na rzecz Zamawiającego lub zaliczenie podatku naliczonego na poczet zapłaty podatku należnego (wynagrodzenie za sukces). Wynagrodzenie za sukces wynosiło 15 % kwoty oszczędności Zamawiającego w zakresie rozliczeń podatku VAT. Ponadto ustalono, że w przypadku reprezentowania Zamawiającego w postępowaniach sprawdzających, kontrolnych, podatkowych lub sądowych, w związku z którymi Zamawiający będzie uprawniony do otrzymania zwrotu kosztów postępowania, wynagrodzenie wykonawcy obejmie także otrzymane przez Zamawiającego koszty postępowania, z wyjątkiem tych, które uprzednio zostały przez Zamawiającego poniesione. Natomiast jeżeli w związku z toczącym się postępowaniem Zamawiający otrzymałby odsetki z tytułu nienależnie zapłaconej zaległości podatkowej lub oprocentowanie

nadpłaty, wynagrodzenie wykonawcy miało obejmować 50 % otrzymanych odsetek lub 50 % otrzymanego oprocentowania nadpłaty.

Jednocześnie, w wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu Zamawiający podtrzymał twierdzenie odnośnie zakresu usług, do których wykonawca [REDAKTOWANE] zobowiązała się na podstawie ww. umowy, tj. „występowanie na podstawie udzielanych pełnomocnictw przed organami podatkowymi i sądami administracyjnymi w sprawach dotyczących działalności organów gminy Trzemeszno oraz doradztwo w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania w/w zastępstwa.” Z kolei, z wyjaśnień Zamawiającego odnośnie etapu na jakim otrzymywał wnioskowany zwrot podatku VAT stwierdzić należy, iż faktyczny zakres usług, jakie wykonawca zrealizował na rzecz Zamawiającego obejmował: przeprowadzenie analizy zasadności możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT, przygotowanie i złożenie wniosków o interpretacje podatkowe oraz reprezentowanie gminy w postępowaniach ich dotyczących, uczestnictwo w przygotowaniu korekt deklaracji, czy udział w kontroli podatkowej. Z powyższego wynika zatem, iż w przedmiotowej sprawie nie doszło do żadnego postępowania sądowego dotyczącego zwrotu podatku VAT, tym samym wykonawca nie świadczył usługi zastępstwa procesowego, ani doradztwa w zakresie takiego zastępstwa.

W wyniku realizacji ww. zamówienia wykonawca otrzymał wynagrodzenie o łącznej wartości 786 501,27 zł.

Odnosząc się do wskazanej podstawy prawnej udzielenia zamówienia należy wskazać, iż 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.

Zatem, zasadnicze znaczenie dla wykładni przepisu art. 5 ust. 1b ustawy 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, z późn. zm.), zwanej dalej „Kpc”, występuje w przepisie art. 87¹ Kpc, dotyczącym zastępstwa stron przez adwokatów lub radców prawnych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. § 3 przedmiotowego artykułu odnosi się do zastępstwa procesowego Skarbu Państwa wykonywanego przez Prokuraturę Generalną Skarbu Państwa. Poza tym, proces cywilny stanowi zasadniczy tryb postępowania rozpoznawczego. 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.

Przepis art. 88 Kpc uważany jest tradycyjnie za źródło podziału pełnomocnictwa na procesowe oraz do niektórych (poszczególnych) czynności procesowych.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.) zwanej dalej „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. Pojęcie proces karny używa się w rozumieniu postępowania karnego.

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

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

Z kolei zarówno w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267, z późn. zm.), jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749, z późn. zm.) w Dziale IV Postępowanie podatkowe, brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych.

Analiza podstawowych aktów prawnych regulujących prawo proceduralne pozwala zatem na przyjęcie, iż pod pojęciem zastępstwa procesowego należy rozumieć występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu sądowym. Takie rozumienie pojęcia zastępstwa procesowego będzie jednocześnie determinować sposób wykładni zawartego w dalszej części przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp terminu „organów orzekających”.

W związku z tym 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 ustawy 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.

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 ustawy Pzp. 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 może zostać udzielone w trybie z wolnej ręki bez stosowania przepisów ustawy Pzp określających przesłanki zastosowania tego trybu.

W tożsamej sprawie wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza. W uchwale z dnia 6 lutego 2015 r. (sygn. KIO/KD 11/16) Izba stwierdziła, iż „pojęcie „proces” niezależnie od tego, czy postrzegamy je na gruncie procedury cywilnej, karnej, czy administracyjnej, oznacza postępowanie o charakterze spornym, kontradyktoryjnym, 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. (...) Nie ulega wątpliwości, że procedura przypisana organom podatkowym nie ma charakteru kontradyktoryjnego i nie może być uznana za postępowanie sporne toczone 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 rozstrzygnięcia.”

Z powyższego, w ocenie Prezesa UZP, należy zatem wywieść, iż przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w sprawach dotyczących zwrotu podatku VAT może 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 mamy do czynienia z postępowaniem sądowym, tj. postępowaniem, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe, a zatem z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

Jednocześnie, odnosząc się do podniesionej w toku kontroli przez Zamawiającego kwestii udzielania przez innych Zamawiających zamówień w tożsamym przedmiocie i trybie oraz braku w Biuletynie Zamówień Publicznych stanowiska Prezesa Urzędu kwestionującego ten tryb, wskazać należy, iż Zamawiający ma obowiązek samodzielnej oceny prawnej

konkretnych okoliczności faktycznych oraz podejmowania decyzji, co do zastosowania przepisów ustawy Pzp. Zatem fakt udzielania w kwestionowanym trybie zamówień przez inne podmioty nie może stanowić okoliczności uzasadniającej jego udzielenie przez kontrolowanego Zamawiającego. W tym miejscu należy zauważyć, iż w Biuletynie Zamówień Publicznych znajduje się również szereg ogłoszeń, dotyczących udzielenia zamówień w przedmiocie tożsamym do kontrolowanego w trybie przetargu nieograniczonego. Ponadto, należy wskazać, iż Biuletyn Zamówień Publicznych nie jest miejscem publikacji stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w konkretnych sprawach, lecz miejscem publikacji ogłoszeń.

W ramach podsumowania Prezes UZP wskazał, iż przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie może mieć zastosowania do udzielenia zamówienia publicznego, które swym zakresem obejmuje jedynie przeprowadzenie analizy zasadności możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT, przygotowanie i złożenie wniosków o interpretacje podatkowe oraz reprezentowanie gminy w postępowaniach ich dotyczących przed organami administracji podatkowej, uczestnictwo w przygotowaniu korekt deklaracji, czy udział w kontroli podatkowej, w wyniku którego nie doszło do zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi.

Ponadto, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie występowały również inne przesłanki wskazane w ww. przepisie, w szczególności usług będących przedmiotem umowy nie można zakwalifikować jako doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego.

Tym samym Prezes UZP stwierdził, iż Zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego postępowania naruszył treść art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

2. W ramach pkt 2 Informacji o wynikach kontroli Prezes UZP wskazał, że analizując przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskazać należy, iż ustawodawca zastrzegł na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez Zamawiającego wartości zamówienia z należytą starannością. Sposób ustalania wartości szacunkowej zamówienia został określony w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez Zamawiającego z należytą starannością. Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi. Ponadto, w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie może zaniżać wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, czy też w celu nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do wartości zamówień o wartości poniżej określonego progu. Jednocześnie, zgodnie z art. 34 ust. 3 ustawy Pzp, wartość zamówienia powinna być ustalana z uwzględnieniem okresu jego wykonywania.

Czynność oszacowania wartości zamówienia jest zatem podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, bowiem od ustalonej wartości zamówienia zależy zakres obowiązków Zamawiającego przy udzieleniu zamówienia, a także wybór przepisów właściwych do zastosowania w danym postępowaniu. Przy czym podkreślić należy, iż nie można zasłaniać się przy szacowaniu wartości zamówienia niewiedzą czy brakiem doświadczenia w realizacji czynności będących jej przedmiotem, gdyż prowadzi to do braku staranności przy wykonywaniu czynności, o której mowa w ww. przepisie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 200 000 zł przy czym wysokość wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia przekroczyła kwotę 700 000 zł.

W znajdującej się w aktach postępowania „Notatce służbowej” z dnia 9 lipca 2012 r., Zamawiający jako źródło informacji nt. wartości szacunkowej zamówienia podał rozpoznanie cenowe oraz szacunki własne. Wskazać należy, iż Zamawiający znał co najmniej kwotę podatku VAT zapłaconego w okresie ostatnich 5 lat, o którego zwrot mógł się ubiegać, zatem przyjmując ustalenie wynagrodzenia success fee był w stanie ustalić szacunkowy koszt wykonania ww. usługi. Z wyjaśnień Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2015 r. wynika, iż kwota zwrotu za sam 2007 r. była szacowana na poziomie 200 000 zł. Z uwagi na powyższe należy uznać, iż Zamawiający, nie dokonał należytej staranności przy ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia, co prowadziło do błędnego jej oszacowania.

Tym samym, należy stwierdzić, iż Zamawiający powyższym działaniem naruszył art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

3. W pkt 3 Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP podniósł, iż z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 19 września 2012 r. Z kolei ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 grudnia 2012 r. pod numerem 525970 – 2012.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, Zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Choć przepis ten określając termin zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia posługuje się zwrotem niedookreślonym („niezwłocznie po zawarciu umowy”) nie sposób uznać za jego dochowanie zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w terminie niemal trzech miesięcy po dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym zaniechanie niezwłocznego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia publicznego stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy.

Na zakończenie Prezes UZP zawarł pouczenie, iż od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).

Informacja o wyniku kontroli została doręczona Zamawiającemu z dnia 14.06.2016 r.

Zastrzeżenia zamawiającego

Zamawiający w dniu 16.06.2016 r., a więc w przewidzianym ustawą terminie, wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli.

Zamawiający podniósł, iż w odpowiedzi na pismo Prezesa UZP z dnia 9 czerwca 2016 r. w sprawie informacji i wyniku kontroli doraźnej, w imieniu Gminy Trzemeszno na podstawie art. 167 ust. 1 Prawa zamówień publicznych składa zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej dot. zamówienia na świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w postępowaniach podatkowych oraz sądownoadministracyjnych dotyczących rozliczania podatku od towarów i usług.

Powyższej czynności i poprzedzającemu postępowaniu zarzucił:

1) błąd w ustaleniach faktycznych polegających na przyjęciu, iż:

- zakres analizowanego postępowania nie obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dot. podatku od towarów i usług,
- brak związku między zakresem administracyjnego postępowania podatkowego i postępowania sądownoadministracyjnego w zakresie wykonywania kontrolowanego zamówienia,
- brak przepisów regulujących pełnomocnictwo strony i wynikającego z tego zastępstwo w postępowaniu administracyjnym uregulowanym w Kodeksie postępowania administracyjnego oraz podatkowym określonym w Ordynacji podatkowej.

2) błędnej wykładni art. art. 5 ust. 1b Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż zastępstwo zamawiającego w nim przewidziane dot. jedynie postępowań sądowych lub quasi

- sądowych,

i

3) błędnej wykładni art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych, poprzez przyjęcie stanowiska, iż proste zliczenie faktur opłacanych przez Zamawiającego pozwoliłoby na określenie szacunkowej wartości zamówienia.

Na podstawie art. 167 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wniósł o:

- 1) uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uzupełnienie czynności kontrolnych zmierzających do prawidłowego ustalenia okoliczności faktycznych i wyprowadzonych na ich podstawie ocen,
- 2) zmianę wniosków kontrolnych poprzez przyjęcie, iż nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, tj. art. 5ust.lb oraz art. 32 ust. 1 Prawa art. 34 ust. 3 pkt 2 lit b tej ustawy.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, co następuje.

W piśmie z dnia 9 czerwca 2016 r. Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych przedstawił wynik postępowania kontrolnego w sprawie zamówienia na świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w postępowaniach podatkowych oraz sądownoadministracyjnych dotyczących rozliczania podatku od towarów i usług. W ocenie Gminy Trzemeszno wnioski wyprowadzone w tym postępowaniu, a przedstawione w piśmie o jego zakończeniu nie określają wszystkich istotnych okoliczności udzielania i realizacji tego zamówienia publicznego. Wadliwość ta z kolei w ocenie jednostki kontrolowanej nie pozwala na prawidłowo określenie wykładni prawa zamówień publicznych w zakresie dot. przedmiotu kontroli, a przez to prawidłowo przeprowadzić i zakończyć postępowania kontrolne. Dlatego też Gmina Trzemeszno wnosi o zarządzenie uzupełnienia postępowania wyjaśniającego.

Gmina Trzemeszno podkreśla z tego względu znaczenie zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych przedstawionych z piśmie z dnia 9 czerwca 2016 r. Jego zasadność podważa bowiem prawidłowość przedstawionej, w nim oceny przepisów Prawa zamówień publicznych, a przez to wyniku postępowania kontrolnego.

W ocenie Gminy Trzemeszno błędne jest stanowisko, iż zakres analizowanego postępowania nie obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dot. podatku od towarów i usług. Postępowania kontrole prowadzone było z zawiadomienia członków Komisji Rewizyjnej Rady Miejskiej w Trzemesznie. Nie ma ona żadnej zdolności prawnej, gdyż jest jednostką wewnętrzną tej rady, jako organu stanowiącego, a jej wniosek nie powinien być podstawą przedmiotowego postępowania. Składający zawiadomienie pozostają z kolei w opozycji politycznej do czynności składającego zastrzeżenia, jako Burmistrza Trzemeszna jednoosobowego organu wykonawczego. Z tego względu w toku postępowania Gmina

Trzemeszno podkreślała potrzebę wnikliwej analizy okoliczności zgłaszanych przez wnioskodawców, zwłaszcza w sferze ustaleń faktycznych prowadzonego postępowania kontrolnego. Dlatego też jednostka kontrolowana oponowała przeciwko przyjmowaniu do materiału dowodowego opinii prawnej sporządzonej m. in. przez przewodniczącego komitetu wyborczego stowarzyszenia, z którego listy w ostatnich wyborach samorządowych kandydowali członkowie, którzy zamówili tą ekspertyzę i złożyli zawiadomienie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku postępowania kontrolnego zamawiający wyjaśniał, iż zakres zleczonej usługi obejmował reprezentację Gminy Trzemeszno przed sądami administracyjnymi w sprawach dot. podatku od towarów i usług. Przyznał to również organ kontrolujący przyjmując taką informację zamawiającego w opisie przedstawianych przez niego czynności (informacja o wyniku kontroli, str. 3). Z tego też względu w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r. zamawiający informując o zakończeniu współpracy z wykonawcą poinformował, iż zobowiązał się on do zakończenia postępowań sądowych dot. podatku od towarów i usług, w których reprezentował zamawiającego (wyjaśnienia zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2016 r., str. 1, akapit 3), rozpoczętych w trakcie wykonywania kontrolowanego zamówienia publicznego. Do niniejszego pisma załączam zawiadomienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 11 kwietnia 2016 r. w sprawie wyznaczenie terminu rozprawy w sprawie skargi Gminy Trzemeszno dot. rozliczenia podatku od towarów i usług.

Mając na uwadze powyższe błędne jest stanowisko organu kontroli wyrażone w piśmie z dnia 6 czerwca 2016 r., iż zakres analizowanego postępowania nie obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dot. podatku od towarów i usług. Okoliczność ta nie wynika, ani z warunków zakresu przedmiotowego zamówienia, ani również z wyjaśnień przedstawianych przez zamawiającego. Przyjęcie kwestionowanego stanowiska organu kontroli wiąże się z pominięciem niezwykle istotnej części warunków kontrolowanego zamówienia publicznego. Wadliwość ta rzuca z kolei na cały wynik postępowania kontrolnego. Nie można bowiem przyjąć prawidłowej wykładni przepisów prawa bez wcześniejszego właściwego ustalenia stanu faktycznego, w którym mają być one analizowane. Następuje ona bowiem zawsze w ramach subsumpcji stanu faktycznego do norm prawa go regulujących. Dlatego też stanowisko organu kontroli, iż wykonawca kontrolowanej usługi nie wykonywał zastępstwa w postępowaniu sądowym dot. rozliczania podatku od towarów i usług jest bezpodstawne i sprzeczne z rzeczywistymi warunkami wykonywania tego zamówienia publicznego.

Kolejny zarzut błędnych ustaleń wynika z założenia, iż zastępstwo w rozliczaniu podatku VAT w rozumieniu art. 5 ust. 1b pzp może nastąpić tylko w postępowaniu sądowo administracyjnym. W tym miejscu wskazać należy, iż na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.) kontrolują administrację stosując środki określone w ustawie. W przypadku uznania zasadności skargi na rozstrzygnięcia dot. podatku od towarów i usług sądy administracyjne mogą jedynie uchylić decyzję podatkową lub stwierdzić nieważność (art. 145 ppsa) lub uchyla albo stwierdza bezskuteczność aktu lub czynności z zakresu administracji publicznej. Sądy administracyjne tym bowiem różnią się właściwością od sądów cywilnych, iż kontrolując administrację nie przejmują sprawę do końcowego merytorycznego załatwienia.¹ W tym zakresie właściwe pozostają organy administracji publicznej. Tylko wyjątkowo od 15 maja 2015 r. sądy administracyjne w wyjątkowych sytuacjach mogą wydawać tzw. wyroki reformacyjne. Zasadą ich działania jest kasacyjny charakter co przejawia się tym, iż nie kontrolują one ustaleń faktycznych, a przypadku uznania zasadności skargi, co do zasady uchylają orzeczenie organu podatkowego i przekazują jemu sprawę do ponownego rozstrzygnięcia. W doktrynie na podstawie treści art. 184 Konstytucji RP określone zostało pojęcie domniemania właściwości sądu administracyjnego. Zachodzi ono wówczas, gdy kontrola sądowa ma polegać na kontroli działalności administracji publicznej, a nie na rozpoznaniu przez sąd sprawy, którą otrzymał on do końcowego załatwienia.²

Dlatego też przyjęcie stanowiska, iż pojęcie „zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi” dotyczyć ma w sprawach podatkowych wyłącznie zastępstwa przed sądami administracyjnym jest oderwane od warunków, w jakich może być one skutecznie realizowane. Postępowanie sądowoadministracyjne dot. rozliczeń podatkowych w zakresie prawa materialnego polega jedynie na weryfikacji stanowiska procesowego wyrażonego w postępowaniu podatkowym. Rozstrzygnięcie merytoryczne postępowania prowadzonego przez sąd administracyjny jest więc determinowane treścią stanowiska strony wyrażonego w postępowaniu administracyjnym. Dlatego też zakres skutecznego zastępstwa w tym postępowaniu wynika z treści czynności i stanowiska podatnika wyrażonego w postępowaniu podatkowym.

Ze stanowiska tego wynika uzasadnienie kolejnego zarzutu wadliwości ustaleń z zakresu prawa materialnego. W sposób oczywisty błędne jest stanowisko, iż o braków przepisów z

¹ J. Drachal, P. Gołaszewski Piotr, J Jagielski, „Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi”, pod red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Wyd. C.H. Beck, s. 2013r.,str. 17;

² R. Hauser, A. Kabat, „Właściwość sądów administracyjnych”, RPE1S 2004r., nr 2 str. 25-26; W. Piątek, „Podstawy skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowoadministracyjnym”, Wyd. Lex, 2011r., str. 122; B. Adamiak, „Skarga i skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym”, Wyd. Wolters Kluwer, 2014r., str. 23-24.

zakresu zastępstwa procesowego w ramach procedury administracyjnej określonej w Kodeksie postępowania administracyjnego, czy też podatkowej regulowanej przepisami Ordynacji podatkowej. W przypadku postępowania administracyjnego udział pełnomocnika, w tym radcy prawnego lub adwokata, regulują art. 32 i 33 kpa. Z kolei w postępowaniu podatkowym zasady zastępowania strony określają art. 80a oraz 138a -138e Ordynacji podatkowej. W każdym z tych postępowaniach organy administracji orzekają o prawach i obowiązkach stron, które mogą być zastępowane przez pełnomocników, w tym adwokatów i radców prawnych. Stąd też Gmina Trzemeszno wskazuje, iż spełniona została przesłanka z art. 5 ust. 1 b pzp, która dotyczy usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie tego zastępstwa.

Wadliwość ustaleń faktycznych skutkuje w zasadzie brakiem potrzeby wskazywania i uzasadniania zarzutu dot. wykładni art. 5 ust. 1b pzp. Uzupełniająco zamawiający wyjaśnia, iż kwestionuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 9 czerwca 2016 r. w części dot. wykładni tego przepisu. Z przepisu tego nie wynika, iż dotyczyć ma ono postępowań sądowych lub quasi - sądowych. Istnieje szereg nawet bardzo skomplikowanych postępowań bez skodyfikowanej procedury, których orzeka się o prawach i obowiązkach stron, które mają znaczący wpływ nie tylko na stronę, ale również wpływ na społeczne - gospodarcze oddziaływanie prawa.³ Zresztą w nauce prawa wyraźnie zauważona jest tendencja odchodzenia od regulacji proceduralnej na rzecz rozwiązań opartych na procesach, w których czynności nie są regulowane kodeksowymi regulacjami procesowymi.⁴ Co więcej wyrażonym w nim przez stronę stanowiskami z zakresu ustaleń faktycznych sądy administracyjne są również związane,

Z tego też w ocenie Gminy Trzemeszno pojęcie zastępstwa wymienione w art. 5 ust. 1b pzp nie powinno dotyczyć postępowań sądowych lub quasi - sądowych, ale obejmować również inne postępowania, w których procesie następujących po sobie czynności organy orzekają o

³ Przykładem tego postępowań są procedury wydania decyzji indywidualnych przez Komisję Europejską (np. w sprawie pomocy publicznej na podstawie art. 106 i 107 TFUE), bądź postępowania w sprawie dotacji inwestycyjnej finansowanej przez Unię Europejską przyznawanych beneficjentom w umowach, które regulowane były dotychczas w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (l. j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1649) oraz ustawie ustawa z 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 173 z późn. zm.). Są to skomplikowane procedury, w których strony reprezentowane są bardzo często przez strony, gdzie organy orzekające nie stosują skodyfikowanych procedur.

⁴ S. Prutis, „Mechanizmy prawne wsparcia rozwoju obszarów wiejskich ze środków Unii Europejskiej (dobór metody regulacji prawnej)”, [w:] „Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne”, pod red. A. Doliwa, S. Prutis, Wyd. Wolters Kluwer SA, Warszawa 2012r., str. 44 str. 129; J. Zimmermann, „Prawo administracyjne”, Warszawa 2014r., wyd. Wolters Kluwer SA, str. 334.

prawach i obowiązkach stron. Takie stanowisko przedstawiła również Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu w uchwale z dnia 8 października 2014r. nr 86/2014r. W przypadku kontrolowanego zamówienia udzielonego przez Gminę Trzemeszno stanowisko takie zajęła Regionalna Izba Obrachunkowa w Poznaniu (organ nadzoru finansowego) w ramach wystąpienia pokontrolnego z dnia 30 września 2014r., sygn. akt: WK 0911/19/2014 oraz Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Poznaniu w postanowieniu z dnia z dnia 30 października 2015r. nr RD - 79/15. Ostatnie stanowisko wyrażone zostało po przeanalizowaniu kompletu dokumentacji dot. przygotowania, powierzenia i wykonania tego zamówienia.

Zamawiający podkreślił znaczenie w/w orzeczenia Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Poznaniu. Uznał on, iż zachodziły przesłanki do zastosowania art. 5 ust. 1b pzp do udzielania kontrolowanego zamówienia publicznego. Tym samym umarzając postępowanie organ ten uznał, iż nie zachodzą przesłanki do wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Okoliczność ta ma znaczenie dla prowadzonego obecnie postępowania kontrolnego. Zgodnie z 168a Pzp w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych Prezes Urzędu zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych". Przepis ten nakłada więc obowiązek na organ kontroli zawiadomienia rzecznika w celu umożliwienia jemu wszczęcia postępowania. Protokół kontroli jest bowiem jednym z dowodów w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Z kolei w przypadku zamówienia Gminy Trzemeszno postępowanie to zostało już rozstrzygnięte, a przyjęte w nim stanowisko wyklucza wykładnię art. 5 ust. 1b pzp przyjętą przez organ kontroli w niniejszym postępowaniu. Tymczasem przepisy prawa wskazują, w tym art. 168a pzp, iż ostateczna wykładnia przepisów Prawa zamówień publicznych powinna nastąpić w ramach postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dlatego też w zakresie wykładni art. 5 ust. 1b pzp organ kontroli powinien uwzględnić stanowisko przyjęte przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Poznaniu. Gmina Trzemeszno podkreśla, iż zostało ono wydane po weryfikacji w jednostce całokształtu dokumentacji dot. przygotowania, powierzenia i wykonania kontrolowanego obecnie zamówienia publicznego. Zakres tej kontroli był więc szerszy aniżeli kontroli doraźnej realizowanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Błędne jest w ocenie Gminy Trzemeszno stanowisko, iż tożsamym do przedmiotowego jest postępowanie w którym wydawana była opinia Krajowej Izby Odwoławczej podejmowała uchwałę z dnia 6 lutego 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 6/16). W postępowaniu tym pojawiło się zagadnienie zastosowania art. 5 ust. 1b pzp. Jednakże okoliczności udzielania i wykonania zamówienia przez Gminę Zbuczyn i Gminę Trzemeszno są odmienne. Gmina Trzemeszno prowadziła postępowanie ofertowe dot. wyboru wykonawcy, z którym zamierzała później zawrzeć umowę. Nadto za potrzebą udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki przemawiała konieczność uniknięcia straty znacznych oszczędności podatkowych, które po upływie czterech miesięcy po udzieleniu zamówienia gmina by definitywnie utraciła. Stąd też błędne jest stanowisko, iż sprawy kontroli zamówienia Gminy Zbuczyn i Gminy Trzemeszno są tożsame.

W pozostałej części zastrzeżeń Zamawiający odniósł się do zarzutu błędnej wykładni art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych wynika z przyjęcia stanowiska, iż proste zliczenie faktur opłacanych przez Zamawiającego pozwoliłoby na określenie szacunkowej wartości zamówienia. Stanowisko to pomija w ogóle zawiałości i stopień skomplikowania rozliczeń podatku VAT przez jednostki samorządu terytorialnego. Tylko bowiem część przepływów pieniężnych gminy jako podmiotu prawa publicznego podlega rygiorem rozliczenia podatku VAT. Gmina Trzemeszno w okresie wykonywania kontrolowanego zamówienia osiągnęła 4 468 669,08 zł oszczędności. Są to kwoty bardzo rzadko osiągane przez tej wielkości jednostki samorządu terytorialnego. Pomimo tego, jest to tylko część dochodów, przychodów oraz wydatków i rozchodów Gminy Trzemeszno w latach 2007 - 2015, które odpowiednio stanowiły następujące kwoty:

Rok	Dochody	Przychody	Wydatki	Rozchody
2007	27 304 050,57	1 581 906,90	25 957 785,51	610 457,28
2008	30 847 139,18	3 867 186,51	31900 846,05	742 585,25
2009	31000 609,32	3 948 432,40	29 514 490,86	1 370 305,92
2010	31 108 224,06	11 778 312,22	38 487 808,06	2257 110,17
2011	30 861559,65	10 250 951,43	37 742 089,65	3 167 078,22
2012	44 424 207,39	1 856 718,91	35 531 112,01	5 839 437,90
2013	39 817 845,22	5 169 719,54	35 182 229,29	4 184 582,44
2014	44 042 665,84	6 109 494,14	41 804 132,21	2 998 606,00
2015	45 156 867,73	8 382 700,69	48 503 205,87	1 643 735,38

W ocenie Zamawiającego dlatego też niemożliwe było oszacowanie wartości zamówienie poprzez zliczenie poszczególnych faktur opłaconych przez Gminę Trzemeszno. Zapłata tylko bowiem części z nich i to bardzo często w ramach przyjętych współczynników pozwalała wystąpić o oszczędności podatkowe. Zresztą kwalifikacje w zakresie rozliczeń zrealizowanych w Gminie Trzemeszno w ramach wykonywanego zamówienia były przedmiotem odmiennego orzecznictwa podatkowego i sądowego. Skutkiem tej sytuacji był wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 29 września 2015r. (sygn. akt: C - 276/14) oraz uchwała składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2015r. (sygn. akt: I FPS 4/15). Orzeczenia te zapadły w celu ostatecznego rozstrzygnięcia licznych wątpliwości prawnych, które istniały już w momencie poprzedzającym udzielenia kontrolowanego zamówienia publicznego.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż przed udzieleniem kontrolowanego zamówienia publicznego Gmina Trzemeszno uzyskała indywidualną interpretację prawa podatkowego, która wykluczała możliwość pozyskania jakichkolwiek oszczędności podatkowych. Z tego też względu jednostka kontrolowana stoi na stanowisku, że zachowała należyta staranność przy szacowaniu wartości zamówienia, która wg. organów stanowiska właściwych organów administracji podatkowej nie miało doprowadzić do jakiegokolwiek kosztów ze strony Gminy Trzemeszno. Nie istniały jakiegokolwiek obiektywne możliwości szacowania wartości zamówienia, zwłaszcza że gmina nie pozyskała jakichkolwiek oszczędności podatkowych w historii swojej wcześniejszej działalności. Stanowisko to jest tym bardziej zasadne, iż dane po wykonaniu kontrolowanego zamówienia wskazują na wniosek, iż nie został naruszony żaden przepis prawa, który musiałby zostać zastosowany na skutek przyjęcia innej wartości tego zamówienia. Nawet po zakończeniu jego wykonywania całkowita jego wartości nie przekroczyła kwoty wyznaczonej na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, z której wynika obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W zakresie ustaleń dot. publikacji ogłoszenia Gmina Trzemeszno wyjaśnia, iż nie kwestionuje przyjętych ustaleń. Pragnie jednak podkreślić, iż na podstawie art. 18 ust. 1 pzp wszystkie czynności zostały przedstawicielowi Zamawiającego kontrolowanym postępowaniu przypisane jednoosobowo. W praktyce czynności techniczne, zwłaszcza z zakresu ogłoszenia zamówienia przekazywane są do właściwych służb. Jako organ administracji wykonuje wszystkie swoje czynności urzędowe jednoosobowo. W przypadku kontrolowanego zamówienia przekazałem dokumentację pracownikowi odpowiedzialnemu za publikację ogłoszenia i przeprowadzenie procedury udzielenia kontrolowanego zamówienia publicznego. Była to osoba, która zawiniła opóźnieniu w publikacji informacji o udzielonym zamówieniu. Te i inne czynności w/w pracownika skłoniły mnie do rozwiązania z nim stosunku pracy, jeszcze

przed wszczęciem postępowania kontrolnego. Okoliczność ta ma w mojej ocenie istotne znaczenie w ustaleniach faktycznych, albowiem jako osoba reprezentująca zamawiającego osobiście nie miałem wpływu na powstałą sytuację, choć przypisuje mi się w tym zakresie odpowiedzialność.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, na podstawie art. 167 ust. 1 pzp Gmina Trzemeszno wnosi o:

- 1) uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uzupełnienie czynności kontrolnych zmierzających do prawidłowego ustalenia okoliczności faktycznych i wyprowadzonych na ich podstawie ocen,
- 2) zmianę wniosków kontrolnych poprzez przyjęcie, iż nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, tj. art. 5 ust. 1b oraz art. 32 ust. 1 Prawa art. 34 ust. 3 pkt 2 lit b tej ustawy.

Odpowiedź na zastrzeżenia

W odpowiedzi na pismo z dnia 14 czerwca 2016 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 czerwca 2016 r., w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w postępowaniach podatkowych oraz sądownoadministracyjnych dotyczących rozliczania podatku od towarów i usług”, przeprowadzonego przez Gminę Trzemeszno, Kontrolujący wskazał, iż nie uwzględniam zastrzeżeń w nim zawartych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 9 czerwca 2016 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, polegające na nieuprawnionym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielenia ww. zamówienia (pkt 1 *Informacji*). Jednocześnie, stwierdzono naruszenie art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, z uwagi na niezachowanie należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, co prowadziło do błędnego jej oszacowania (pkt 2 *Informacji*), oraz naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych (pkt 3 *Informacji*).

Prezes UZP wskazał, że zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający złożył co do dwóch naruszeń art. 5 ust. 1b ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Zamawiający nie złożył zastrzeżeń co do naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, co do pierwszego naruszenia, zarzucił Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż zakres analizowanego postępowania nie obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dotyczących podatku od towarów i usług, przyjęciu, iż brak związku między zakresem administracyjnego postępowania podatkowego i postępowania sądownoadministracyjnego w zakresie wykonywania kontrolowanego zamówienia, przyjęciu, iż brak przepisów regulujących pełnomocnictwo strony i wynikającego z tego zastępstwa w postępowaniu administracyjnym uregulowanym w Kodeksie postępowania administracyjnego oraz podatkowym określonym w Ordynacji podatkowej, a także błędną wykładnię art. 5 ust. 1b oraz art. 32 ust.1 i 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych błędnie ustalił, iż zakres analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dotyczących podatku od towarów i usług, co rzutuje z kolei na cały wynik postępowania kontrolnego.

Zamawiający wskazał, iż zakres zleconych wykonawcy ██████████ usług obejmował reprezentację Gminy Trzemeszno przed sądami administracyjnymi w sprawach dotyczących rozliczania podatku VAT, jednocześnie załączając do zastrzeżeń kopię zawiadomienia o rozprawie przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Poznaniu w sprawie ze skargi Gminy Trzemeszno na interpretację indywidualną Ministra Finansów z dnia 15 września 2015 r.

Zamawiający zakwestionował również wykładnię pojęcia „zastępstwo procesowe przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi” przyjętą w *Informacji o wyniku kontroli* wskazując, iż w jego ocenie w przypadku spraw podatkowych nie można ograniczać go wyłącznie do spraw sądownoadministracyjnych. Zamawiający wskazał, iż zakres skutecznego zastępstwa w postępowaniu sądownoadministracyjnym jest powiązany z treścią czynności podejmowanych w postępowaniu podatkowym.

Zamawiający podkreślił również, iż Prezes Urzędu błędnie przyjął, iż brak jest przepisów z zakresu zastępstwa procesowego w ramach procedury administracyjnej oraz procedury podatkowej. Udział pełnomocnika, w tym radcy prawnego lub adwokata regulują bowiem przepisy art. 32 i 33 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 80a oraz 138a - 138e Ordynacji podatkowej.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie z przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie wynika, iż ma on zastosowanie do postępowań sądowych lub quasi – sądowych, ale obejmuje również inne postępowania, w których, w procesie następujących po sobie czynności organy orzekają o prawach i obowiązkach stron, na co wskazują: uchwała nr 86/2014 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 8 października 2014 r., wystąpienie pokontrolne Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 30 września 2014 r. (sygn. akt: WK 0911/19/2014) oraz postanowienie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych dnia 30 października 2015 r. nr RD – 75/15. Zamawiający podkreślił, iż Rzecznik wydał postanowienie o umorzeniu postępowania o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, tym samym przedmiotowa sprawa została już rozstrzygnięta w sposób odmienny od rozstrzygnięcia organu kontroli, a przedstawione w nim stanowisko wyklucza wykładnię art. 5 ust. 1b ustawy Pzp przyjętą przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, Prezes Urzędu jest zobowiązany do uwzględnienia stanowiska Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w zakresie wykładni ww. przepisu.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, iż zarzut naruszenia art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit b ustawy Pzp jest chybiony, z uwagi na fakt, iż zliczenie faktur opłacanych przez Zamawiającego mające pozwolić na określenie szacunkowej wartości zamówienia pomija zawiłości mające miejsce przy rozliczaniu podatku VAT przez jednostki samorządu terytorialnego, bowiem tylko część przepływów pieniężnych gminy podlega rygorom rozliczenia podatku VAT. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż Gmina Trzemeszno uzyskała indywidualną interpretację prawa podatkowego, która wykluczała możliwość pozyskania oszczędności podatkowych. W związku z powyższym Zamawiający uważa, iż zachował należyłą staranność przy szacowaniu wartości zamówienia. Ponadto, w ocenie Zamawiającego nie istniały obiektywne możliwości szacowania ww. wartości, z uwagi na fakt, iż gmina nigdy wcześniej nie uzyskała oszczędności podatkowych i było to pierwsze zamówienie publiczne dotyczące rozliczeń podatku VAT.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, w ocenie Prezesa UZP, nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego w nich zawartymi.

W tym miejscu Prezes UZP wskazał, iż Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach powtórzył większość argumentów uzasadniających, w jego ocenie, udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, które były analizowane przez Urząd w toku kontroli i postępowania wyjaśniającego oraz przedstawił odmienną interpretację pojęcia „zastępstwa procesowego”, której nie można uznać za prawidłową.

Jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 9 czerwca 2016 r., zamówienia objętego kontrolą Prezesa UZP udzielono w oparciu o art. 5 ust. 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164). Umowę w sprawie tego zamówienia zawarto w dniu 19 września 2012 r. Przedmiot ww. umowy został określony jako świadczenie usług prawniczych w zakresie czynności i postępowań dotyczących rozliczeń przez Zamawiającego podatku od towarów i usług (VAT) dotyczących działalności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego rozliczenia. Zgodnie z zapisami umowy usługa prawnicza obejmowała zastępstwo w zakresie postępowań przed organami administracji skarbowej i ewentualnymi postępowaniami sądownoadministracyjnymi o zwrot należnego Zamawiającemu podatku VAT wraz z niezbędnym doradztwem prawnym dotyczącym zastępstwa w tych postępowaniach. Zgodnie z zapisami tej umowy, świadczenie usług prawniczych podzielone było na etap prac analitycznych oraz prac wdrożeniowych. Faktyczny zakres usługi jaki wykonawca zrealizował na podstawie umowy z dnia 19 września 2012 r. obejmował przeprowadzenie analizy zasadności możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT, przygotowanie i złożenie wniosków o interpretacje podatkowe oraz reprezentowanie gminy w postępowaniach ich dotyczących przed organami administracji podatkowej, uczestnictwo w przygotowaniu korekt deklaracji, czy udział w kontroli podatkowej, w wyniku którego nie doszło do zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi. Na podstawie wyjaśnień i dokumentów przekazanych przez Zamawiającego ustalono również, iż w przedmiotowej sprawie nie doszło do żadnego postępowania sądowego dotyczącego zwrotu podatku VAT, tym samym wykonawca nie świadczył usługi zastępstwa procesowego ani doradztwa w zakresie takiego zastępstwa.

W wyniku ustaleń kontroli Prezesa UZP stwierdzono, że 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 art. 5 ust. 1b ustawy Pzp. W takim przypadku nie mamy bowiem do czynienia z procesem. Konkluzji tej nie zmienia powoływana przez Zamawiającego możliwość posługiwania się w postępowaniu podatkowym pełnomocnikiem na podstawie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego i Ordynacji podatkowej, jako że regulacje te nie dotyczą zastępstwa procesowego.

Jak podkreślono w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 9 czerwca 2016 r. analiza podstawowych aktów prawnych regulujących prawo proceduralne prowadzi do wniosku, iż pod pojęciem zastępstwa procesowego należy rozumieć występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu sądowym. Zarówno w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267, z późn. zm.), dalej „kpa”, jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749,

z późn. zm.), dalej „op”, w Dziale IV Postępowanie podatkowe, brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych. Powołane w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej przepisy art. 32 i 33 kpa stanowią jedynie o możliwości ustanowienia pełnomocnika, o tym kto może zostać ustanowiony pełnomocnikiem czy formie udzielenia pełnomocnictwa. Podobnie jest w przypadku powołanych przepisów Ordynacji podatkowej. Art. 80a op stanowi, iż deklaracja może być podpisana przez pełnomocnika podatnika, płatnika lub inkasenta, jeżeli inne ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei art. 138a – 138e op regulują treść, rodzaj i formę tego pełnomocnictwa. Zatem występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu administracyjnym czy 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 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa UZP także wykładni zawartego w dalszej części przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp terminu „organów orzekających” można dokonać dopiero po uprzedniej analizie aktów prawnych regulujących prawo proceduralne. Z uwagi na fakt, iż pojęcie „proces” oznacza postępowanie o charakterze spornym, kontrydiktoryjnym, to na gruncie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp pod pojęciem organów orzekających należy rozumieć tylko takie organy, w stosunku do których może mieć zastosowanie instytucja zastępstwa procesowego. Dlatego też organy orzekające o charakterze quasi – sądowym takie jak np. Krajowa Izba Odwoławcza, które są organami orzekającymi w sprawach o charakterze spornym na podstawie procedur szczególnych zaliczają się do organów, o których mowa w omawianym przepisie. Natomiast organami orzekającymi na gruncie przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie będą organy orzekające w formie decyzji (organy podatkowe), gdyż w ramach stosowanej przed nimi procedury nie mamy do czynienia z czynnościami procesowymi, a tym samym z instytucją zastępstwa procesowego.

W dalszej kolejności odpowiedzi na zastrzeżenia zostało wskazane, że nie sposób zatem zgodzić się z prezentowanym przez Zamawiającego w zastrzeżeniach stanowiskiem, że brak w obowiązujących przepisach dookreślenia pojęcia „zastępstwo procesowe” oznacza, iż należy przyjąć, że będąca przedmiotem kwestionowanego zamówienia usługa prawnicza miała charakter zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi oraz obejmowała doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego, a tym samym spełniona została przesłanka udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP stwierdził, iż zamówienie, którego przedmiotem jest występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym w przedmiocie zwrotu podatku VAT, sporządzanie analiz oraz doradztwo prawne w tym zakresie nie może zostać udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, bez

stosowania przepisów ustawy Pzp określających przesłanki zastosowania tego trybu. Przy tej okazji należy podkreślić, że udzielenie zamówienia w trybie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki, stanowi wyjątek od generalnej zasady wyrażonej w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, iż zamówienia publicznego udziela się w trybach przetargowych. Z tych też względów nieuprawniona jest wykładnia rozszerzająca interpretację art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do podniesionej przez Zamawiającego kwestii błędu w ustaleniach faktycznych odnośnie braku reprezentowania Zamawiającego na podstawie przedmiotowej umowy w postępowaniu sądownoadministracyjnym, zaznaczyć należy, iż stan faktyczny był ustalany na podstawie przekazanych przez Zamawiającego wyjaśnień i dokumentów. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 15 kwietnia 2016 r. wzywał Zamawiającego do udzielenia informacji, czy Zamawiający przesłał do Urzędu całość dokumentacji dotyczącej przedmiotowej umowy, a także zwracał się z prośbą o przesłanie potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii pozostałych dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania. Zakres świadczonych faktycznie usług został ustalony na podstawie wyjaśnień Zamawiającego odnośnie etapu na jakim doszło do zwrotu oraz opisów faktur rozliczających poszczególne usługi. Ustaleń tych nie zmienia przesłane wraz z zastrzeżeniami zawiadomienie o jednej rozprawie mającej odbyć się w dniu 11 maja 2016 r., zatem po zakończeniu realizacji przedmiotowej umowy, która nastąpiła w dniu 31 grudnia 2015 r. Zamawiający nie wskazał w żadnych wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu, iż w dniu 15 września 2015 r. wniósł skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu. Niezależnie jednak od powyższego z dołączonej kopii zawiadomienia o rozprawie wynika, iż ww. skarga została wniesiona w sprawie interpretacji indywidualnej Ministra Finansów z dnia 28 czerwca 2012 r., a nie w toku procedury odzyskiwania podatku VAT. Natomiast z § 3 umowy dnia 19 września 2012 r. wynika, iż *„usługa prawnicza określona w pkt 1 obejmuje zastępstwo w zakresie postępowań przed organami administracji sądowej i ewentualnymi postępowaniami sądownoadministracyjnymi o zwrot należnego Zamawiającemu podatku VAT wraz z niezbędnym doradztwem prawnym dotyczącym zastępstwa w tych postępowaniach”*. Tym samym skargi tej nie można uznać za potwierdzającą stanowisko Zamawiającego dotyczące zakresu i charakteru umowy z dnia 12 września 2012 r. Przedstawiając powyższe zauważyć także należy, że nawet w sytuacji gdyby w zakres przedmiotu zamówienia wchodziła usługa polegająca na wykonywaniu zastępstwa procesowego – co jak wynika z ustaleń kontroli Prezesa UZP nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie – to Zamawiający nie może łączyć takiej usługi z innymi usługami w celu uniknięcia stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

Z kolei odnosząc się do kwestii przywołanej w zastrzeżeniach uchwały RIO i postanowienia Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych uprzejmie wyjaśniam, iż Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych jest organem właściwym w zakresie kontroli procesu udzielania zamówień publicznych, samodzielnie dokonuje oceny prawnej okoliczności faktycznych będących przedmiotem kontroli i nie jest związany postanowieniami innych organów.

Z kolei w odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących przeprowadzenia kontroli na wniosek Komisji Rewizyjnej Rady Miejskiej w Trzemesznie, tj. organu, który nie ma zdolności prawnej, z uwagi na fakt iż jest jednostką wewnętrzną tej Rady, Prezes UZP wskazał, iż § 89 Uchwały Nr LXII/510/2014 Rady Miejskiej w Trzemesznie z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie Statutu Gminy Trzemeszno (Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego poz. 4479) stanowi, że Komisja Rewizyjna kontroluje działalność Burmistrza, gminnych jednostek organizacyjnych i jednostek pomocniczych Gminy pod względem: legalności, gospodarności, rzetelności, celowości, oraz zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym. Ponadto, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uprawniony jest do wszczęcia kontroli zarówno na wniosek jak i z urzędu. Niezasadne więc jest stwierdzenie, że wniosek złożony przez ww. organ nie powinien być podstawą do wszczęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP stwierdził, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie stwierdzonego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 9 czerwca 2016 r. naruszenia art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie stwierdzonego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 9 czerwca 2016 r. naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp Prezes UZP podkreślił, iż ww. przepis nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (tj. netto), z należytą starannością. Tym samym, to na zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego ustalenia prognozowanego (szacunkowego) wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia. Podnieść należy, że prawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia ma znaczenie dla samego zamawiającego, bowiem na bazie ustalonych kwot wynagrodzenia obowiązujących na danym rynku, jest on zdolny ocenić, czy posiadane przez niego w budżecie środki, będą wystarczające do zapłaty wynagrodzenia dla wykonawcy zamówienia.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił wartość zamówienia na kwotę 200 000 zł przy czym wysokość wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia przekroczyła kwotę 700 000 zł.

Podkreślić należy, iż Zamawiający znał co najmniej kwotę podatku VAT zapłaconego w okresie ostatnich 5 lat, o którego zwrot miał zamiar się ubiegać, zatem przyjmując ustalenie wynagrodzenia *success fee* był w stanie ustalić szacunkowy koszt wykonania ww. usługi. Jak

wskazano w *Informacji o wyniku kontroli z wyjaśnień Zamawiającego* wynikało, iż kwota zwrotu za sam 2007 r. była szacowana na poziomie 200 000 zł. Bez znaczenia dla powyższej konkluzji pozostaje podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, iż postępowanie podatkowe cechuje się znaczną zawilnością. Wartość szacunkowa zamówienia ustalana jest bowiem na podstawie prognozowanego wynagrodzenia wykonawcy, a to jak wskazano wyżej – Zamawiający był w stanie ustalić na podstawie posiadanych danych. Z uwagi na powyższe należy uznać, iż Zamawiający, nie dokonał należytej staranności w całym okresie obowiązywania umowy przy ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia, co prowadziło do błędnego jej oszacowania.

W związku z powyższym, stwierdzić należy, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 9 czerwca 2016 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Na zakończenie Prezes UZP zawarł informację, iż stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia wskazanego w pkt 1 i 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający w ramach wniesionych zastrzeżeń odniósł je jedynie do dwóch z trzech wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli naruszeń*, tj. zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1b ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp i z tego też powodu w tym zakresie Izba wydała niniejszą uchwałę.

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego, Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie zarzutu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie podzieliła stanowiska zaprezentowanego w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 01.07.2016 r. stanowiące odpowiedź na zastrzeżenia (znak UZP/DKD/DWKZ/421/14/16/AH) oraz w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z 09.06.2016 r. w zakresie naruszenia przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, podzieliła zaś w całości zawarte tam argumenty w odniesieniu do zarzutów związanych z ustaleniem szacunkowej wartości

zamówienia, tj. w odniesieniu do przepisów art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

I. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych, czyniąc w art. 5 ust. 1b wyjątek od zasady polegający na możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jedynie w przypadkach ściśle określonych w ustawie, rozszerzył możliwość stosowania w niektórych wypadkach trybów niekonkurencyjnych ze względu na charakter przedmiotu zamówienia.

Istota sporu pomiędzy Prezesem UZP a Zamawiającym sprowadza się do identyfikacji znaczenia pojęć „zastępstwa procesowego” oraz „organu orzekającego” wyrażonych w treści hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że przedmiotem zastrzeżeń zamawiającego były m.in. naruszenia przepisów art. 5 ust. 1b ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu „W przypadku zamówień których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonaniu 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.”

Istotą sporu w ramach oceny możliwości udzielenia przez Zamawiającego zamówienia w trybie z wolnej ręki było, w kontekście treści art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, dokonanie wykładni pojęcia „zastępstwa procesowego”, jak również charakter czynności zleconych przez Zamawiającego wybranemu wykonawcy. W ocenie Prezesa UZP pojęcie to zostało w szczególności użyte przez ustawodawcę w ustawie Kodeks postępowania cywilnego i tym samym należy je powiązać z postępowaniem procesowym (spornym). Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli zarówno w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267, z późn. zm.), jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749, z późn. zm.) w Dziale IV Postępowanie podatkowe, brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych.

Opierając się na analizie aktów regulujących prawo proceduralne (proces karny, cywilny i administracyjny) Prezes UZP wskazał, iż analiza ta pozwala zatem na przyjęcie, iż pod pojęciem zastępstwa procesowego należy rozumieć występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu sądowym. Takie rozumienie pojęcia zastępstwa procesowego, w ocenie Prezesa UZP, będzie jednocześnie determinować sposób wykładni zawartego w dalszej części przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp terminu „organów orzekających”.

W następstwie powyższego Prezes UZP wskazał, że w związku z tym 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 ustawy 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.

Mając na uwadze regulacje Ordynacji podatkowej Prezes UZP wskazał, 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 ustawy Pzp.

Odnosząc się to przywołanej wyżej wykładni Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że specyfika postępowania podatkowego, które stanowiło przedmiot czynności zleconych w ramach objętego kontrolą postępowania, wynika z faktu, iż organy administracyjne prowadzące ten rodzaj postępowania są jednocześnie przedstawicielami jednej ze stron tego postępowania, tj. wierzyciela jakim jest Skarb Państwa. Już tylko ten element tego postępowania powoduje, iż jego charakter zbliża go do postępowania o charakterze inkwizycyjnym, gdzie w jednym podmiocie skupia się instytucja oskarżyciela (organu inicjującego postępowanie) i organu orzekającego co do meritum. Z analogiczną sytuacją mamy również do czynienia np. w przypadku postępowania mandatowego, gdzie organ nakładający mandat jest jednocześnie organem wszczynającym (inicjującym w postaci nieformalnej skargi) postępowanie mandatowe i jednocześnie organem orzekającym o jego wysokości i samym fakcie nałożenia. Wyżej uwypuklone odrębności, wskazanych jako przykładowe postępowania (procedur), determinują konieczność modyfikacji znaczenia pojęć „zastępstwa procesowego” i „organu orzekającego” użytych w treści przepisu art. 5 ust 1b ustawy Pzp i przemawiają za odejściem od jego li tylko literalnej wykładni.

Postępowanie podatkowe jest bowiem odmianą postępowania administracyjnego, to zaś ze względu na specyfikę jednej ze stron tego postępowania, posługuje się odmienną nomenklaturą uwzględniającą odejście od jego kontrydktoryjnego charakteru. Mając na uwadze powyższe jedynie na marginesie wskazać należy, iż zarówno obecnie ukształtowane zasady procesu karnego, jak również te obowiązujące do 1 lipca 2015 r. również przewidują w tym procesie pewne elementy działania organu orzekającego z urzędu objawiające się inicjatywą dowodową sądu mającego za zadanie dążenie do nadania prymatu prawdzie materialnej (obiektywnej) nad prawdą formalną – co nie oznacza, że nie mamy do czynienia z typowym procesem, w ramach którego występuje instytucja zastępstwa procesowego.

Nie sposób pominąć faktu, iż zgodnie z treścią art. 138 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego organ administracji publicznej drugiej instancji, i analogicznie organ podatkowy na mocy art. 108 § 1 i art. 207 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, orzeka w formie decyzji – jest on więc organem orzekającym i ze względu na wskazaną wyżej odrębność tego postępowania jego orzeczenie przybiera inną od wyroku formę. Jeżeli zatem mamy do czynienia z organem orzekającym to występuje w tym zakresie forma procesu (nazwana postępowaniem administracyjnym lub postępowaniem podatkowym), w ramach którego mamy też do czynienia z instytucją zastępstwa procesowego. Sama bowiem odrębność procedury podatkowej nie stanowi o braku możliwości istnienia w ramach niej zastępstwa procesowego i pełnomocników procesowych.

Jak wyżej wskazano postępowanie podatkowe jest bowiem specyficzną odmianą procesu, w ramach którego, przy uwzględnieniu jego odrębności, występują strony, przedmiot sporu oraz obowiązują pewne zasady. Zostały one wyrażone w przepisach art. 120 – 129 ustawy Ordynacja podatkowa i obejmują: praworządność, pogłębianie zaufania do organów podatkowych, udzielanie informacji i wyjaśnień o przepisach prawa podatkowego, prawdę obiektywną, czynny udział strony w postępowaniu podatkowym, przekonywanie, szybkość i prostotę działania organów podatkowych, pisemność, dwuinstancyjność, trwałość decyzji ostatecznych oraz ograniczoną jawność postępowania. Kompilacja powyższych zasad obrazuje jakie gwarancje dla tego procesu ustawodawca uznał za istotne ze względu na jego odrębność od klasycznego postępowania sądowego o charakterze kontradyktoryjnym.

Izba rozpoznając wniesione zastrzeżenia podzieliła również argumentację Zamawiającego wyrażoną w złożonych zastrzeżeniach, iż rozstrzygnięcie merytoryczne postępowania prowadzonego przez sąd administracyjny, ze względu na co do zasady kasatoryjny charakter wydawanych przez te sądy orzeczeń, jest więc determinowane treścią stanowiska strony wyrażonego w postępowaniu administracyjnym. Dlatego też zakres skutecznego zastępstwa w tym postępowaniu, wynikający z treści czynności i stanowiska podatnika wyrażonego w postępowaniu podatkowym, determinuje skuteczność zaskarżenia orzeczeń organów podatkowych w drodze skargi do sądu administracyjnego. Powyższe argumenty są o tyle istotne, iż przesłanka ujęta w treści art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, obejmuje również czynności „doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego”. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż tylko prawidłowe przeprowadzenie postępowania przed organami podatkowymi jest gwarancją uzyskania pozytywnego dla podatnika rozstrzygnięcia na etapie postępowania sędowo-administracyjnego. Bowiem nawet gdyby nie doszło do wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, gdyż Zamawiający uzyskałby pozytywną dla siebie decyzję organu podatkowego, zastępstwo prawne przed organem

podatkowym stanowiłoby ujęte w treści art. 5 ust. 1b ustawy Pzp „doradztwo prawne w zakresie zastępstwa procesowego”.

Jednakże za koronny argument za uwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego w przedmiocie zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1b ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała wymóg wynikający z treści art. 10 ustawy o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 507 z późn. zm.). Powyższy przepis stanowi bowiem, iż: „Jednostka organizacyjna zapewnia udział radcy prawnego w postępowaniu:

- 1) przed Sądem Najwyższym, Naczelnym Sądem Administracyjnym oraz przed naczelnym lub centralnym organem administracji państwowej;
- 2) przed sądem wojewódzkim, przed sądem apelacyjnym, przed wojewódzkim sądem administracyjnym oraz **przed organem drugiej instancji w postępowaniu administracyjnym**;
- 3) w którym bierze udział kontrahent zagraniczny.

Powyższe oznacza, iż radca prawny jako profesjonalny pełnomocnik procesowy, przez ustawodawcę został zakwalifikowany jako pełnomocnik w postępowaniu administracyjnym przez organem drugiej instancji, gdy stroną tego postępowania jest jednostka organizacyjna i nałożył na tą ostatnią obowiązek jego zapewnienia.

Jak zostało wskazane w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego dnia 19 listopada 2001 r., (sygn. akt I SA 450/01) *Pominięcie przez organ administracji przedstawiciela ustawowego strony jest równoznaczne z pominięciem strony w postępowaniu administracyjnym i uzasadnia wznowienie postępowania administracyjnego na zasadzie art. 145 § 1 pkt 4 K.p.a.* (Analogicznie wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z dnia 53 marca 2004 r., sygn. akt III SA 2393/02 oraz WSA w Łodzi wyroku z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt I SA/Łd 399/10).

Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 28 października 2013 r. (sygn. akt I SA/GI 144/13) w powołanym w uzasadnieniu tego wyroku orzecznictwie akcentuje się, że uprawnienie do działania strony przez pełnomocnika - szczególnie gdy jest to pełnomocnik kwalifikowany - jest elementem prawa do obrony i korzysta ze szczególnej ochrony procesowej powołując następujące wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. akt II FSK 2586/10; z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt II FSK 1613/10 i 1614/10, z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt II FSK 1387/11, z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt I FSK 121/11 i 122/11, z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn. akt II FSK 118/11, z dnia 24 października 2012 r., sygn. akt II FSK 584/11. wskazując jednocześnie, że dzielają go także Wojewódzkie Sądy Administracyjne np. WSA w Gliwicach w wyroku o sygn. akt I SA/GI 397/09 czy też WSA w Krakowie w wyroku o sygn. akt I SA/Kr 621/11.

Konsekwencją tego jest to, że jak wskazano w glosie aprobującej do wyroku NSA z 21 maja 2004 r., sygn. akt I SA/Wr 1649/02 (publ. ONSAiWSA 2005/1/5) *organ prowadzący sprawę musi traktować pełnomocnika tak jak stronę i zapewnić mu wszelkie te prawa procesowe, które ustawa przyznaje stronie, w tym także musi informować go o przebiegu postępowania i czynnościach podejmowanych w jego toku doręczając pełnomocnikowi wszystkie pisma procesowe kierowane do strony. Te obowiązki organu aktualizują się jednak dopiero z chwilą skutecznego ustanowienia pełnomocnika w danym postępowaniu, niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie oraz od kiedy stronę łączy stosunek pełnomocnictwa poza postępowaniem* (PGSP-Prz.Orz., 2005/3/4, t.1).

W powyższych orzeczeniach oraz przywołanej glosie jest mowa zarówno o procesie, prawach procesowych strony postępowania, roli pełnomocnika procesowego w postępowaniu administracyjnym, i jego odmianie jakim jest postępowanie podatkowe, oraz konsekwencjach ustanowienia pełnomocnika procesowego, jak również o konsekwencjach pominięcia przez organ takiego pełnomocnika. Argumenty te przemawiają zatem za uznaniem, iż postępowanie podatkowe jest odmianą procesu, w ramach którego występuje instytucja zastępstwa procesowego przed stosownymi organami orzekającymi.

Izba wskazuje następnie, iż zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego, iż: „Mając na uwadze powyższe błędne jest stanowisko organu kontroli wyrażone w piśmie z dnia 6 czerwca 2016 r., iż zakres analizowanego postępowania nie obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dot. podatku od towarów i usług. Okoliczność ta nie wynika, ani z warunków zakresu przedmiotowego zamówienia, ani również z wyjaśnień przedstawianych przez zamawiającego. Przyjęcie kwestionowanego stanowiska organu kontroli wiąże się z pominięciem niezwykle istotnej części warunków kontrolowanego zamówienia publicznego. Wadliwość ta rzutuje z kolei na cały wynik postępowania kontrolnego. Nie można bowiem przyjąć prawidłowej wykładni przepisów prawa bez wcześniejszego właściwego ustalenia stanu faktycznego, w którym mają być one analizowane. Następuje ona bowiem zawsze w ramach subsumpcji stanu faktycznego do norm prawa go regulujących. Dlatego też stanowisko organu kontroli, iż wykonawca kontrolowanej usługi nie wykonywał zastępstwa w postępowaniu sądowym dot. rozliczania podatku od towarów i usług jest bezpodstawne i sprzeczne z rzeczywistymi warunkami wykonywania tego zamówienia publicznego.”.

Powyższa okoliczność nie została uwzględniona przez Prezesa UZP, co doprowadziło również do nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zastrzeżenia Zamawiającego podniesione w zakresie odnoszącym się do zastosowania do udzielenia przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki.

II. W zakresie drugiego z zarzutów, wobec którego wniesiono zastrzeżenia, tj. zarzutu odnoszącego się do czynności ustalania szacunkowej wartości zamówienia (art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp) Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację zaprezentowaną przez Prezesa UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia oraz w Informacji o wyniku przedmiotowej kontroli.

W tym zakresie jedynie dodać należy, iż ze względu na wybór trybu zamówienia z wolnej ręki dla przedmiotowego postępowania nic nie stało na przeszkodzie aby wartość ta została przez Zamawiającego ustalona na podstawie rozeznania rynku, nawet przez skierowanie takiego zapytania do wykonawcy, z którym została zawarta umowa.

Wszakże w ramach zamówienia z wolnej ręki zawarcie umowy poprzedzone jest negocjacjami z wybranym wykonawcą i nawet wówczas Zamawiający miał obowiązek dokonania aktualizacji wartości szacunkowej. Mógł tego dokonać już po wszczęciu postępowania – stosując w drodze analogii instytucję uregulowaną w art. 35 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Mając powyższe na względzie Izba nie uwzględniła zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyników przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej w zakresie prawidłowości ustalenia szacunkowej wartości zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w całym zakresie, co w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1b Ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieuzasadnione i w zakresie zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, Izba uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....