

Warszawa, dnia 2016 r.

UZP/DKD/KND/9/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

I. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

- Zamawiający:** Gmina Trzemeszno
ul. Gen. Henryka Dąbrowskiego 2
62-240 Trzemeszno
- Rodzaj zamówienia:** usługa
- Przedmiot zamówienia:** świadczenie usług zastępstwa procesowego oraz doradztwa prawnego w postępowaniach podatkowych oraz sądownoadministracyjnych dotyczących rozliczania podatku od towarów i usług
- Tryb postępowania:** zamówienia z wolnej ręki – 5 ust. 1b ustawy Pzp
- Wartość zamówienia:** 200 000 zł (49 756,19 euro)
- Wszczęcie kontroli:** na wniosek

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

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), stwierdzono 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 wymagałyby 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] zobowiązał 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 Prokuratorię 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. Pojęcia 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 sądowno - 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.

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 rozstrzygania.”

Z powyższego 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.

Reasumując, wskazać należy, 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 stwierdzić należy, iż Zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego postępowania naruszył treść art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

2. 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. Ustalenie 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. 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.

Jednocześnie uprzejmie informuję, 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).