

Warszawa, dnia 2015 r.

UZP/DKD/KND/11/15

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

- Zamawiający:** Gmina Zbuczyn
ul. Jana Pawła II 1
08 – 106 Zbuczyn
- Rodzaj zamówienia:** usługa
- Przedmiot zamówienia:** świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym w postępowaniach o zwrot podatku od towarów i usług od zrealizowanych inwestycji w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej w Zbuczynie
- Tryb postępowania:** wolna ręka – 5 ust. 1b ustawy Pzp
- Wartość zamówienia:** wartość szacunkowa zamówienia nie została określona, łączna wartość wynagrodzenia wykonawcy wynosiła 471120,75 zł (117205,87 euro)
- Data wszczęcia postępowania:** 29.05.2015 r.
- Wszczęcie kontroli:** na wniosek

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

1. W dniu 19 lipca 2012 r. Zamawiający zawarł z wykonawcą xxx umowę na świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa procesowego w postępowaniach o zwrot podatku od towaru i usług (VAT) oraz w innych powiązanych z nim postępowaniach, jak również doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, mającym charakter pomocniczy wobec powyższej podstawowej usługi prawniczej, obejmującym analizę zasadności podniesienia przez Zamawiającego możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT (§1 umowy).

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

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

Zamawiający wskazał, iż podstawą udzielenia ww. zamówienia był art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Stosownie do postanowień art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia ww. postępowania, 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, ze zm.) dalej zwanej Kpc, występuje w przepisie art. 87¹ Kpc, dotyczącym zastępstwa stron przez adwokatów lub radców prawnych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. Z kolei § 3 przedmiotowego artykułu odnosi się do zastępstwa procesowego Skarbu Państwa wykonywanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Poza tym, proces cywilny stanowi zasadniczy tryb postępowania rozpoznawczego, gdyż w Kpc przyjęto regułę, iż sprawy cywilne sąd rozpoznaje w procesie, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ponadto Kpc posługuje się takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, pełnomocnictwo procesowe, czy zdolność procesowa, tj. zdolność do czynności procesowych. Dział V Kpc zatytułowany jest pełnomocnicy procesowi, a przepis art. 88 Kpc uważany jest tradycyjnie za źródło podziału pełnomocnictwa na procesowe oraz do niektórych (poszczególnych) czynności procesowych.

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

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. - *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (Dz. U. z 2012 r., poz. 270, ze zm.) posługuje się pojęciami czynności procesowych, zdolności procesowej, przez którą rozumie się zdolność do czynności w postępowaniu w sprawach 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, ze zm.), jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - *Ordynacja podatkowa* (Dz. U. z 2012 r., poz. 749, ze zm.) w Dziale IV

Postępowanie podatkowe, brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych.

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 mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, bez stosowania przepisów ustawy określających przesłanki zastosowania tego trybu.

Przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp 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 będziemy mieli do czynienia z postępowaniem sądowym, tj. postępowaniem, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe, a zatem z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

Reasumując, wskazać należy, iż przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie mógł mieć zastosowania do udzielenia zamówienia publicznego, które swym zakresem, obejmuje jedynie przeprowadzenie analizy zasadności możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT, sporządzenie raportu zawierającego rekomendację odpowiednich działań prawnych zmierzających do podniesienia roszczeń procesowych w zakresie zwrotu podatku VAT, przygotowanie i złożenie wniosków o interpretacje podatkowe, uczestnictwo w przygotowaniu korekt deklaracji oraz udział w kontroli podatkowej, w wyniku którego nie doszło do zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi.

Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego zamówienia naruszył treść art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

2. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż nie dokonano ustalenia wartości szacunkowej niniejszego Zamówienia przed wszczęciem postępowania.

W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, że ustawodawca zastrzegł na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez Zamawiającego wartości zamówienia z należytą starannością (art. 32 – 35 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług. Z kolei z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że ustalenie wartości zamówienia dokonuje się przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

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.

Zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli wskazał, iż ustalenie wartości zamówienia „mogło nastąpić dopiero po przedstawieniu przez wykonawcę raportu o wynikach analizy zasadności możliwych roszczeń procesowych. Zgodnie z §2 ust. 4

zawartej umowy dopiero po zapoznaniu się z raportem Zamawiający podejmował decyzje o pełnej akceptacji rekomendacji wykonawcy przedstawionych w raporcie i realizacji roszczeń ukierunkowanych na optymalizację w tym zakresie; akceptacji jedynie wybranych rekomendacji wykonawcy przedstawionych w raporcie i realizacji roszczeń ukierunkowanych na optymalizację w tym zakresie; zawieszeniu realizacji roszczeń na czas określony lub rezygnacji z ich realizacji. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż dopiero na tym etapie mogło nastąpić oszacowanie wartości zamówienia”.

Nie można zgodzić się z ww. stanowiskiem Zamawiającego. Wskazać należy, iż Zamawiający znał co najmniej kwotę podatku VAT zapłaconego, zatem przyjmując ustalenie wynagrodzenia success fee był w stanie ustalić szacunkowy koszt wykonania ww. usługi.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż Zamawiający powyższym zaniechaniem naruszył art. 32 ust. 1 i art. 35 ust.1 ustawy Pzp.

3. Na podstawie analizy otrzymanej od Zamawiającego dokumentacji należy stwierdzić, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu, tj. Pan xxx – Wójt oraz Pan xxx – Zastępca Skarbnika, nie złożyły na druku ZP - 1 oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

4. Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że Zamawiający nie udokumentował w należyty sposób przeprowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W dokumentacji postępowania brak jest bowiem protokołu postępowania.

Stosownie do treści art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania

o udzielenie zamówienia, zawierający co najmniej: opis przedmiotu zamówienia, informację o trybie udzielenia zamówienia, informacje o wykonawcach, cenę i inne istotne elementy ofert, wskazanie wybranej oferty lub ofert. Jest on dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób spójny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Art. 96 ust. 1 ustawy Pzp określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów, z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Zgodnie z § 2 ww. rozporządzenia protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera m.in. określenie wartości zamówienia publicznego oraz powody zastosowania przez Zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony. Ponadto, zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.

Reasumując, stwierdzić należy, iż Zamawiający nie prowadząc protokołu postępowania, uchybił treści art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Z otrzymanej dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego z dnia 1 września 2014 r. wynika, iż nie zamieścił on ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych, ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

W związku z powyższym zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w odpowiednim publikatorze stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

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).