

REGIONALNA IZBA OBRACHUNKOWA  
ul. Targowa 18, tel. 269-11-22 (25)  
Kielce 15, skr. poczt. 11  
26-520 KIELCE  
290339370

ZA POTWIERDZENIEM WYŚLANO DNIA:  
ODBIORU

Uchwała Nr 37/2016

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach

z dnia 29 września 2016 r.

WYŚLANO DNIA:	
06.10.2016	
L. dz. ....	Podpis .....

w sprawie *rozpatrzenia zastrzeżeń złożonych przez Burmistrza Ożarowa do wniosków pokontrolnych zawartych w wystąpieniu pokontrolnym WK-60.12.2541.2016 z dnia 16 sierpnia 2016 r.*

**Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach w składzie:**

Przewodniczący: *Zbigniew Rękas – Zastępca Prezesa*  
Członkowie: *Wojciech Czerw, Monika Dębowska-Soltyk, Iwona Kudła,  
Joanna Marczewska, Ewa Midura, Ireneusz Piasecki*

na podstawie art. 18 ust. 1 pkt. 5a i art. 25b ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 561)

#### postanawia

1. oddalić zastrzeżenia Burmistrza Ożarowa do wniosków pokontrolnych nr 18 i 19 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 16 sierpnia 2016 r. znak: WK.60.12.2541.2016,
2. uwzględnić zastrzeżenia Burmistrza Ożarowa do wniosku pokontrolnego nr 20 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 16 sierpnia 2016 r. znak: WK.60.12.2541.2016

#### UZASADNIENIE

Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach skierowała w dniu 16 sierpnia 2016 r. do Burmistrza Ożarowa wystąpienie pokontrolne znak: WK.60.12.2541.2016 sporządzone po zakończeniu kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Gminy Ożarów. Protokół kontroli podpisano w dniu 23 czerwca 2016 r.

W/w wystąpienie doręczone zostało Burmistrzowi Ożarowa w dniu 19 sierpnia 2016 r.

W dniu 1 września 2016 r. doręczone zostały w trybie art. 9 ust. 4 w/w ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 18, 19 i 20 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym – pismo Fn 1710.1./2016 z dnia 1 września 2016 r. Burmistrza Ożarowa.

Zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych podstawą rozpatrzenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

W celu rozpatrzenia przedmiotowych zastrzeżeń Kolegium RIO w Kielcach zapoznało się z niżej wymienionymi dokumentami:

- wystąpieniem pokontrolnym znak: WK.60.12.2541.2016 z dnia 16 sierpnia 2016 r. w zakresie dotyczącym w/w kwestionowanych wniosków pokontrolnych
- wyciągiem z protokołu kontroli wraz z załącznikami w zakresie dotyczącym wniosków pokontrolnych objętych zastrzeżeniami

W toku przeprowadzonej kontroli stwierdzono i opisano w protokole kontroli nieprawidłowość zawartą na stronie 7 i 8 wystąpienia pokontrolnego polegającą na tym, że w dniu 6 lipca 2012 r. pomiędzy Gminą Ożarów reprezentowaną przez Burmistrza, a Deloitte Legal, Pasternak i Wspólnicy Kancelaria Prawnicza Sp.k. w Warszawie została zawarta umowa na świadczenie usług doradztwa prawnego, przedmiotem której jest świadczenie przez Wykonawcę usług doradztwa prawnego polegających na zastępstwie procesowym / doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniu o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług (zwany dalej VAT) w obszarze optymalizacji podatkowej związanej z rozliczaniem VAT przez Zamawiającego. W umowie nie wskazano konkretnej daty obowiązywania umowy. Z umowy nie wynika również tryb jej zawarcia przez strony. W dniu 13.10.2014 r. do Umowy na świadczenie usług doradztwa prawnego zawarto Aneks Nr 1. Burmistrz zawierając przedmiotową umowę oraz Aneks Nr 1 do tej umowy, w których ustalono wynagrodzenie wypłacane Wykonawcy nie jako kwotę o ustalonej wartości nominalnej wyrażonej w walucie polskiej lecz jako procent od kwoty odzyskanego podatku VAT zobowiązał się do zapłacenia wynagrodzenia o nieustalonej wysokości nominalnej. W związku z zawarciem powyższej umowy i Aneksu Nr 1 do tej umowy Gmina poniosła w okresie od 29.05.2014 r. do 31.05.2016 r. wydatki w łącznej kwocie 523.077,18 zł brutto, w tym w roku 2014 w wysokości 408.232,08 zł, w roku 2015 w wysokości 40.100,46 zł oraz w roku 2016 w wysokości 74.744,64 zł, co oznacza, że zamawiający był zobowiązany do udzielenia tego zamówienia po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybach i na zasadach określonych ustawą Prawo zamówień publicznych. Stwierdzono, że w jednostce brak jest jakiegokolwiek dowodu, aby wymagane przepisami prawa postępowanie zostało przeprowadzone. Burmistrz w wyjaśnieniu wskazał, że umowa została zawarta na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Natomiast przepis art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie w przypadku udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem będzie zastępstwo przed sądem administracyjnym w razie wniesienia skargi do tego sądu od decyzji organu podatkowego II instancji lub doradztwo prawne w zakresie tego zastępstwa. W takim bowiem przypadku będziemy mieli do czynienia z postępowaniem procesowym, na przebieg którego składają się czynności procesowe lub bezpośrednio związane z wykonywaniem zastępstwa procesowego. 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 Prawo zamówień publicznych. Stosując zatem tryb z wolnej

ręki do udzielenia przedmiotowego naruszone wówczas obowiązujący art. 5 ust. 1b, w związku z art. 66 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarcie ww. umowy oraz dokonanie na jej podstawie wydatku stanowi naruszenie zasad gospodarki finansowej określonych w art. 44 ust. 3 pkt 1 i 3, art. 44 ust. 4 oraz art. 254 pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Ponadto brak określenia wartości nominalnej wynagrodzenia w umowie uniemożliwia ustalenie, czy zaciągnięte zobowiązanie mieściło się w granicach planu finansowego wydatków Urzędu, w związku z art. 46 ust.1 ww. ustawy. Natomiast zgodnie z art. 261 ustawy o finansach publicznych kierownik samorządowej jednostki budżetowej może, w celu realizacji zadań, zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Ponadto stwierdzono, że nie wykazywano umowy na świadczenie usług doradztwa prawnego z dnia 6 lipca 2012 r. w załączniku „Wykaz przedsięwzięć do WPF”, choć realizacja umowy wykraczała poza rok budżetowy.

W związku ze stwierdzeniem nieprawidłowości opisanej powyżej sformułowano 3 wnioski pokontrolne nr 18, 19 i 20 w wystąpieniu pokontrolnym o treści:

- **Wniosek nr 18:** Przy zawieraniu umów na świadczenie usług określać wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy w celu umożliwienia ustalenia, czy zobowiązania wynikające z umowy mieszczą się w planach finansowych jednostki w okresie realizacji mając na uwadze przepisy art. 44 ust. 3 pkt. 3, art. 46 ust. 1 i art. 261 ustawy o finansach publicznych.
- **Wniosek nr 19:** Wydatków dokonywać w sposób celowy i oszczędny na podstawie umów zawartych na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, stosownie do art. 44 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 oraz art. 254 pkt 4 ustawy o finansach publicznych, w związku z art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- **Wniosek nr 20:** W Wieloletniej Prognozie Finansowej w załączniku „Wykaz Przedsięwzięć do WPF” wykazywać wszystkie zadania obciążające budżety lat przyszłych, stanowiące przedsięwzięcia w rozumieniu art. 226 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Burmistrz Ożarowa w piśmie Fn 1710.1./2016 z dnia 1 września 2016 r. stanowiącym zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego odnosząc się do wniosku pokontrolnego nr 18 wskazał, że nieprawidłowo został zastosowany art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści zastrzeżeń wskazano m.in., że ustalenie wartości potencjalnego (maksymalnego) wynagrodzenia mogło nastąpić dopiero po przedstawieniu przez wykonawcę raportu o wynikach analizy zasadności możliwych rozszczeń procesowych – tj. dopiero po podpisaniu umowy. Zgodnie z umową dopiero po zapoznaniu się z raportem Gmina mogła podjąć decyzję o akceptacji poszczególnych rekomendacji wykonawcy i realizacji wybranych rozszczeń. Nawet wtedy nie można było wskazać należnego Wykonawcy wynagrodzenia, ze względu na jego uzależnienie od sukcesu rozumianego jako odzyskanie na rzecz gminy podatku VAT (zgodnie z treścią § 5 ust.3 Umowy). Ponadto wskazuje, że ratio legis stojące za powołanymi przepisami ustawy o finansach publicznych ma przede wszystkim na celu zapewnienie, żeby gminy nie wydawały środków w sposób niezaplanowany, co mogłoby

naruszyć ich stabilność finansową (zgodnie z zasadą racjonalności i gospodarności). Mając na uwadze model wynagrodzenia za sukces, które należne jest Wykonawcy dopiero po odzyskaniu przez Gminę należnych jej środków, nie może z samej swojej istoty doprowadzić do zadłużenia Gminy lub zaburzenia jej sytuacji finansowej. Inaczej ujmując, efektem działania Wykonawcy jest jedynie przysporzenie po stronie Gminy. De facto Gmina więc nie rozdysponuje środków obciążających jej budżet. Co za tym idzie, trudno w powyższej sytuacji mówić o naruszeniu przepisów ustawy o finansach publicznych". Burmistrz wskazał, że zastosowana przez organ kontrolny wykładnia przepisów art. 5 ust. 1b Prawa zamówień publicznych została bezpodstawnie zawężona. Ponadto nie zostały wzięte pod uwagę wszystkie okoliczności i czynności faktyczne podejmowane w ramach przedmiotowego zamówienia. Wskazane stanowisko doktryny, potwierdzone orzecznictwem i praktyką organów wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki zamówienia z wolnej ręki. W zakresie wniosku pokontrolnego nr 20 w ocenie Burmistrza, z uwagi że umowa dotyczy wynagrodzenia za sukces (in plus) to nie jest możliwe ujmowanie takiego zadania w przedsięwzięciach wieloletniej prognozy finansowej.

Odnosząc się do treści zastrzeżeń Kolegium zważyło, że zgodnie z przepisami art. 5 ust. 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej również P.z.p.) - 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. Kolegium Izby wskazuje, że katalog usług prawniczych należy do usług o charakterze niepriorytetowym. Zostały one wskazane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68) w załączniku Nr 2, w kategorii 21 w zakresie kodów CPV 79100000-5 do 79140000-7. Ponadto w ramach usług prawniczych ustawodawca wprowadził rozróżnienie na usługi polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego i doradztwie w jego zakresie, które również jest usługą niepriorytetową. Zastępstwo procesowe polega na działaniu w ramach pełnomocnictwa do reprezentacji strony. W ustawie Prawo zamówień publicznych wskazano, że dotyczy to działania przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi. Czy doradztwo w zakresie odzyskania podatku VAT będzie należało do katalogu wskazanego w art. 5 ust. 1b Pzp. w dużej mierze zależeć będzie od faktycznych czynności, jakie będą dokonywane w ramach realizacji umowy. W praktyce Zamawiający stosują ten tryb, gdy opisują czynności kodem CPV mieszczącym się w zakresie usług prawniczych - kody od 79100000-5 do 79140000-7 np. 79110000-8 Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej. Natomiast jako przedmiot procedury konkurencyjnej pozostaje przedmiot opisany np. kodami CPV 79221000- 9 Usługi w zakresie doradztwa podatkowego, 79222000-6 Usługi przygotowawcze do zwrotu podatku. Kolegium zaznacza, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki następuje przy całkowitym wyłączeniu konkurencji. Orzecznictwo sądowe i organów orzekających w sprawach zamówień publicznych głosi jednolity pogląd, że wyjątkowość trybu z wolnej ręki nakazuje rygorystyczną, ścisłą

wykładnię przesłanek warunkujących dopuszczalność zastosowania tego trybu. Jednym z celów systemu zamówień publicznych jest bowiem racjonalne i efektywne dokonywanie zakupów w warunkach konkurencji. Według oceny Kolegium Izby postulaty te odnoszą się do wszystkich wskazanych w ustawie przesłanek umożliwiających odstępstwo od konkurencyjnego udzielenia zamówienia publicznego. W konsekwencji przesłanki zastosowania art. 5 ust. 1b P.z.p. - zakres takich okoliczności usprawiedliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki - nie może być powoływany w sposób dowolny. Również i ten przepis stanowi wyjątek od zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym reguły stosowania podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, czyli przetargu nieograniczonego i ograniczonego, wyrażonej w art. 10 ust. 1 P.z.p., jako zasada prymatu trybów przetargowych. Zasada ta podkreślona została w art. 10 ust. 2 P.z.p., który wskazuje dodatkowo, że w pozostałych trybach przewidzianych w ustawie - w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki i trybie negocjacji bez ogłoszenia - zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Według oceny Kolegium Izby z powołanych zasad wynika, że przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane w sposób ścisły. Zamawiający tymczasem prezentuje rozszerzającą wykładnię terminu "zastępstwo procesowe". Pogląd prezentowany przez zamawiającego sprowadza się do tego, że z zastępstwem procesowym mamy do czynienia zasadniczo w każdym przypadku, gdy organ władzy publicznej rozstrzygając władczo o prawach i obowiązkach obywatela wydaje decyzję administracyjną. Z zapatrywaniem takim nie sposób się zgodzić. Dostrzec bowiem należy, że określenie "zastępstwo procesowe" jest pojęciem powszechnie przyjętym na gruncie nauki i praktyki prawa, a jego właściwe zrozumienie nie rodzi trudności. Pojęcie "proces" niezależnie od tego, czy postrzegamy je na gruncie procedury cywilnej, karnej, czy administracyjnej, oznacza postępowanie o charakterze spornym, 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. Organem takim są również izby morskie działające na podstawie ustawy z 1 grudnia 1961 o izbach morskich (Dz. U. z 2015 r. poz. 735).

Nie ulega wątpliwości, że procedura przypisana organom podatkowym nie ma charakteru kontradyktoryjnego i nie może być uznane 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.

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

Tym samym w sytuacji, gdy zamówienie, którego przedmiotem, zgodnie z treścią zawartej 6 lipca 2012 r. było świadczenie usług doradztwa prawnego, polegającego na zastępstwie procesowym / doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniu o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług (zwany dalej VAT) w obszarze optymalizacji podatkowej związanej z rozliczaniem VAT nie mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b P.z.p., bez stosowania przepisów ustawy określających przesłanki zastosowania tego trybu.

Zasadnicze znaczenie dla wykładni przepisu art. 5 ust. 1b P.z.p. 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.) dalej zwanej k.p.c., występuje w przepisie art. 87<sup>1</sup> k.p.c., dotyczącym zastępstwa stron przez adwokatów lub radców prawnych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. Z kolei § 3 tego artykułu odnosi się do zastępstwa procesowego Skarbu Państwa wykonywanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Poza tym, proces cywilny stanowi zasadniczy tryb postępowania rozpoznawczego, gdyż w k.p.c. przyjęto regułę, iż sprawy cywilne sąd rozpoznaje w procesie, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ponadto k.p.c. posługuje się takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, pełnomocnictwo procesowe, czy zdolność procesowa, tj. zdolność do czynności procesowych. Dział V k.p.c. zatytułowany jest pełnomocnicy procesowi, a przepis art. 88 k.p.c. 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, z późn. zm.), dalej zwana k.p.k., posługuje się m.in. takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, organy procesowe, przedstawiciele procesowi stron, czy też koszty procesu. Na gruncie k.p.k. przedstawicielami procesowymi stron są obrońcy i pełnomocnicy. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2016 r. poz. 718 ze 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 Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 1313) 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.

Kolegium podnosi, że zarówno w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.), jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r. poz. 613 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. Z tego twierdzenia w ocenie Kolegium wynika wniosek, że rozumienie pojęcia zastępstwa procesowego będzie jednocześnie determinować sposób wykładni zawartego w art. 5 ust. 1b P.z.p. terminu "organów orzekających", gdyż pod pojęciem organów orzekających na gruncie tego przepisu należy rozumieć tylko takie organy, w stosunku do których może mieć zastosowanie instytucja zastępstwa procesowego, a więc organy orzekające o charakterze quasi - sądowym (np. Krajowa Izba Odwoławcza). Organami orzekającymi na gruncie przepisu art. 5 ust. 1b P.z.p. nie będą zatem organy orzekające w formie decyzji (np. organy administracji publicznej, organy podatkowe), gdyż w ramach stosowanej przed nimi procedury nie mamy do czynienia z instytucją zastępstwa procesowego, czy z czynnościami procesowymi.

W konsekwencji Kolegium przyjęło, że mając na uwadze regulacje Ordynacji podatkowej, należy stwierdzić, iż występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym nie stanowi wykonywania zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi, a tym bardziej przed sądami lub trybunałami, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1b P.z.p., a zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego zamówienia naruszył treść art. 5 ust. 1b P.z.p. (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 6 lutego 2016 roku sygn. Akt KIO/KD 11/16 w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego), w konsekwencji doszło do niewłaściwego stosowania przesłanek wyboru trybu zamówienia

Odnosząc się do treści wniosków pokontrolnych nr 18 i 19 Kolegium Izby wskazuje, że zgodnie z zasadami dokonywania wydatków określonymi w art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) wydatki publiczne powinny być dokonywane w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zobowiązania są zaciągane w dacie zawarcia umowy, natomiast zgodnie z art. 46 ust. 1 i art. 261 ustawy o finansach publicznych zobowiązania powinny mieścić się w planach finansowych. Niezbędnym elementem umowy powinno być określenie maksymalnej wysokości wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy w celu umożliwienia ustalenia, czy zobowiązania wynikające z umowy mieszczą się w planach finansowych jednostki w okresie realizacji. Również przy prawidłowym stosowaniu P.z.p. niezbędnym etapem wszczęcia postępowania jest należyte ustalenie wartości szacunkowej zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 44 ust. 4 oraz art. 254 pkt 4 ustawy o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej oraz zlecenie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych. Zatem z tych zasad wynika, że wydatki powinny być dokonywane na podstawie umów zawartych zgodnie z P.z.p.

Z powyższych względów zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie, a sformułowane na podstawie opisu nieprawidłowości wnioski pokontrolne nr 18 i 19 są zasadne i podstawa prawna przy ich formułowaniu była prawidłowa.

Odnosząc się natomiast do wniosku pokontrolnego nr 20 Kolegium stwierdza, że zgodnie z przepisami art. 226 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych w załączniku do uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej określa się odrębnie dla każdego przedsięwzięcia:

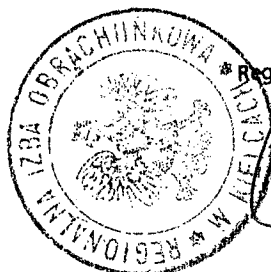
- 1) nazwę i cel;
- 2) jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub koordynującą wykonywanie przedsięwzięcia;
- 3) okres realizacji i łączne nakłady finansowe;
- 4) limity wydatków w poszczególnych latach;
- 5) limit zobowiązań.

W ocenie Kolegium zawarta umowa na świadczenie usług doradztwa prawnego nie stanowi przedsięwzięcia w rozumieniu przepisów art. 226 ustawy o finansach publicznych

Z powyższych względów zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenie do wniosku nr 20 zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach, na podstawie przepisu art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych postanowiło jak w sentencji.

**Przewodniczący Kolegium**



ZASTĘPCA PREZESA  
Regionalnej Izby Obrachunkowej  
w Kielcach  
*mgr Zbigniew Rekas*