



*Regionalna Izba Obrachunkowa
w Poznaniu*

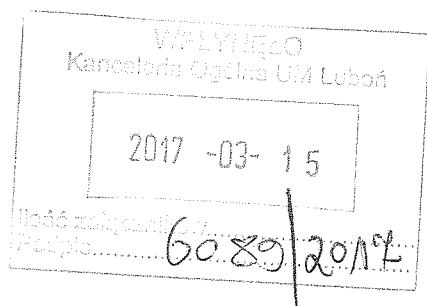
ul. Zielona 8, 61-851 Poznań

tel.: 85 95 710; fax: 85 31 332; e-mail: poznan@rio.gov.pl

adres do korespondencji: skrytka pocztowa nr 223; 60-967 Poznań 9

Poznań, dnia 13 marca 2017r.

WK-0915/1/2017



Pani
Małgorzata Machalska
Burmistrz
Miasta Luboń

Regionalna Izba Obrachunkowa w Poznaniu w załączeniu przekazuje uchwałę Kolegium Izby Nr 5/457/2017 podjętą w dniu 07 marca 2017r. w odniesieniu do wniesionych przez Panią Burmistrz zastrzeżeń do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu Nr WK-0911/23/2016 z dnia 13 stycznia 2017r.

PREZES IZBY

Grażyna Wróblewska

Do wiadomości:
Rada Miasta Lubonia

Uchwała Nr 5/457/2017
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu
z dnia 7 marca 2017 roku

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a i art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 561) Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu

postanawia

po rozpatrzeniu wniesionych przez Burmistrza Miasta Luboń pismem z dnia 31 stycznia 2017 roku (wpływ do Izby dnia 6 lutego 2017 roku), którym Burmistrz wniósł zastrzeżenia do **nieprawidłowości** sformułowanych w pkt: 3 ppkt 1) a) b) c) ppkt 2 b), c), d), e), pkt 9, pkt 8 ppkt 1, pkt 8 ppkt 2, pkt 11 ppkt 1 i 2, pkt 14 ppkt 1a), pkt 14 ppkt 1) d), pkt 14 ppkt 2c) pkt 14 ppkt 2) d), pkt 14 ppkt 2) e), pkt 14 ppkt 2 g), pkt 14 ppkt 3a), pkt 14 ppkt 4 g),

oraz wniosków pokontrolnych zawartych w pkt: pkt 1 ppkt 10, pkt 15, pkt 21 ppkt 3, pkt 21 ppkt 7, pkt 21 ppkt 2, pkt 21 ppkt 9 wystąpienia pokontrolnego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 13 stycznia 2017r., znak sprawy WK-0911/23/2016.

oddalić wniesione zastrzeżenia

UZASADNIENIE

Na podstawie wyników kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń za okres od 01.01.2015 roku do 31.12.2015 roku pismem z dnia 13 stycznia 2017 roku Nr WK-0911/23/2016 Regionalna Izba Obrachunkowa w Poznaniu skierowała do Burmistrza Miasta Luboń wystąpienie pokontrolne, w którym przedstawione zostały nieprawidłowości stwierdzone podczas kontroli oraz sformułowanych zostało 28 wniosków pokontrolnych. Ze zwrotnego potwierdzenia odbioru wystąpienia pokontrolnego wynika, że zostało ono doręczone Burmistrzowi w dniu 18.01.2017 roku. Termin na wniesienie zastrzeżeń, o którym mowa w art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych – upływał w dniu 1 lutego 2017 roku, a przesyłka została nadana w Luboniu w dniu 1 lutego 2016r. (co potwierdza data na załączonej kopercie). Na podstawie powyższego Kolegium Izby stwierdza, że stosownie do przepisów art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych zastrzeżenia zostały wniesione w terminie 14 dni od dnia otrzymania wystąpienia pokontrolnego.

Przepis art. 9 ust. 4 w zdaniu drugim ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych stanowi, że podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że błędna wykładnia to mylne zrozumienie treści lub znaczenia przepisu prawnego, natomiast niewłaściwe zastosowanie to tzw. błąd subsumcji, czyli wadliwe uznanie, że ustalony w sprawie stan faktyczny odpowiada hipotezie normy prawnej (vide: wyrok NSA z 21.01.2009r.

II FSK 1465/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26.02.2015r. III UK 118/14, „Regionalne izby obrachunkowe. Charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy” pod red. Mirosława Steca, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, str. 282-283).

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 3 ppkt. 1) lit. a), b) i c) i ppkt. 2) lit. b), c), d) i e) wystąpienia pokontrolnego (str. 4-5) w brzmieniu:

„3. W zakresie przeprowadzonej według stanu na 31 grudnia 2015 roku, inwentaryzacji stwierdzono:

- 1) *Naruszenie przepisów Rozdziału III – Inwentaryzacja, ustawy o rachunkowości poprzez:*
 - a) *nieobjęcie inwentaryzacją wszystkich składników majątkowych tj. arkuszy spisu z natury będących drukami ścisłego zarachowania,*
 - b) *nierzetelną inwentaryzację metodą spisu z natury w zakresie kwitariuszy przychodowych stanowiących druki ścisłego zarachowania: na arkuszu spisano 20 sztuk, podczas gdy wg księgi druków ścisłego zarachowania stan faktyczny na dzień dokonywania spisu wynosił 9 sztuk (w ramach inwentaryzacji rocznej za 2014 rok spisano 19 szt. kwitariuszy przychodowych, a wg księgi stan wynosił 9 szt.),*
 - c) *brak dokumentów potwierdzających zatwierdzenie i rozliczenie inwentaryzacji za 2015 rok przez kierownika jednostki w ramach odpowiedzialności ponoszonej na podstawie przepisu art. 4 ust. 5 w zw. z art. 27 ust. 1 ustawy o rachunkowości.*
- 2) *Naruszenie zasad Zakładowej Instrukcji Inwentaryzacyjnej Miasta Luboń, wprowadzonej Zarządzeniem Burmistrza Miasta Luboń Nr 82/10 z dnia 30 grudnia 2010r., poprzez:*
 - a) *(...)*
 - b) *brak powołania zespołów spisowych odpowiedzialnych za przeprowadzenie spisu z natury (Rozdział VI podrozdział Komisja inwentaryzacyjna pkt 4 lit. b) i podrozdział Zespoły spisowe pkt 1 i 2),*
 - c) *zaniechanie przez Komisję inwentaryzacyjną obowiązku przeszkolenia osób biorących udział w spisie z natury,*
 - d) *wskazanie w arkuszu spisu z natury sporządzonym w dniu 04.01.2016r. w zakresie kwitariuszy przychodowych w składzie komisji inwentaryzacyjnej/zespołu spisowego osoby prowadzącej ewidencję składników objętych spisem, a także brak wskazania z imienia i nazwiska, oraz brak podpisu osoby materialnie odpowiedzialnej,*
 - e) *zaniechanie pobrania od osób odpowiedzialnych za składniki majątku objęte spisem z natury pisemnych oświadczeń przed i po dokonaniu spisu (Rozdział VI podrozdział Przebieg spisu z natury § 2 pkt 1 i § 8 pkt 3 lit. a).”*

Stan faktyczny został opisany w protokole kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń przeprowadzonej w Urzędzie Miasta Luboń na stronach 59 - 61 i 28 - 29, oraz udokumentowany w Aktach kontroli Nr B.II.29 i B.II.7.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 3 ppkt. 1) lit. a), b) i c) i ppkt. 2) lit. b), c), d) i e) wystąpienia pokontrolnego sformułowane zostały wnioski pokontrolne w pkt. 1 ppkt 10) w brzmieniu:

10. „Zapewnić przeprowadzenie procesu inwentaryzacji aktywów i pasywów zgodnie z przepisami rozdziału III ustawy o rachunkowości, oraz z regulacjami wewnętrznymi jednostki, a w szczególności:

- przestrzegać obowiązku corocznego sporządzania zarządzenia Burmistrza o przeprowadzeniu inwentaryzacji,
- obejmować inwentaryzacją wszystkie aktywa i pasywa występujące w jednostce,
- przeprowadzenie i wynik inwentaryzacji należy dokumentować i powiązać z zapisami ksiąg rachunkowych,
- zapewnić wypełnianie przez komisję inwentaryzacyjną i zespoły spisowe obowiązków zapisanych w Instrukcji inwentaryzacyjnej,
- ujawnione w toku inwentaryzacji różnice między stanem rzeczywistym, a stanem wykazany w księgach rachunkowych wyjaśniać i rozliczać w księgach rachunkowych tego roku obrotowego, na który przypadał termin inwentaryzacji, stosownie do przepisów art. 27 ustawy.”

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego pkt 1 ppkt 10) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Wskazanie naruszeń opiera się na błędnym założeniu, że druki ścisłego zarachowania podlegają obowiązkowej inwentaryzacji, której zakres wyznaczony został przepisami art. 26 ustawy o rachunkowości. W instrukcji inwentaryzacyjnej nie przewidziano inwentaryzacji druków ścisłego zarachowania drogą spisu z natury. Również przepisy ustawy nie przewidują takiego obowiązku. Arkusze spisu z natury oraz kwitariusze przychodowe są to składniki majątku, które nie są objęte ewidencją księgową, nie sposób ich zaliczyć do którejkolwiek z grup aktywów wymienionych w art. 26 ustawie o rachunkowości, tym samym nie stanowią aktywów podlegających ustawowemu obowiązkowi inwentaryzacji. Dodać należy, że druki te nie przedstawiają żadnej wartości materialnej; najczęściej wytwarzane są poprzez wydruk własny. Dlatego zarzut naruszenia przepisów ustawy o rachunkowości poprzez nieobjęcie inwentaryzacją arkuszy spisu z natury jest bezpodstawny. Tak samo bezpodstawny jest zarzut nierzetelnej inwentaryzacji w zakresie kwitariuszy przychodowych. Z przepisów ustawy o rachunkowości oraz Zakładowej Instrukcji Inwentaryzacyjnej wynika, że inwentaryzacja składników majątkowych na ostatni dzień 2015 roku nie musiała obejmować żadnych składników podlegających inwentaryzacji metodą spisu z natury. Pełna inwentaryzacja, obejmująca składniki majątkowe podlegające inwentaryzacji metodą spisu z natury, przeprowadzona została na ostatni dzień 2014 roku. Dlatego bezpodstawny jest zarzut naruszenia przepisów Rozdziału VI Zakładowej Instrukcji Inwentaryzacyjnej, który dotyczy wyłącznie obowiązków związanych z przeprowadzaniem spisu z natury.”

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje:

Jednostki są zobowiązane do przeprowadzenia inwentaryzacji poszczególnych składników aktywów i pasywów zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale 3 „Inwentaryzacja” ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości. Przepisy ustawy określają zasady (metody, zakres, terminy i częstotliwość) inwentaryzacji składników aktywów i pasywów jednostki (art. 26 ustawy), a także tryb postępowania jednostki w związku z przeprowadzoną inwentaryzacją (art. 27 ustawy). Z ustawy wynika m.in. obowiązek odpowiedniego udokumentowania procesu i wyników inwentaryzacji. Przepisy nie regulują procedur związanych z organizacją i sposobem (techniką) przeprowadzania inwentaryzacji, w tym spisu z natury – jest to sprawa wewnętrzna jednostki.

Działając na podstawie ustawy o rachunkowości Burmistrz Miasta Lubonia wydał Zarządzenie Nr 82/10 z dnia 30 grudnia 2010 roku w sprawie ustalenia zakładowej instrukcji inwentaryzacyjnej Miasta Luboń. Rozdział III Zakładowej instrukcji inwentaryzacyjnej, stanowiącej załącznik nr 1 do zarządzenia określa, że inwentaryzacją obejmuje się m.in. „*składniki majątkowe ujęte wyłącznie w ewidencji ilościowej*”. Konsekwentnie w Zarządzeniu Nr 74 Burmistrza Miasta Luboń z dnia 1 grudnia 2014 roku w sprawie przeprowadzenia inwentaryzacji w Urzędzie Miasta Luboń w załączniku nr 1 „Harmonogram inwentaryzacji za 2014 rok” w pozycji 8. wskazano odpowiednio: w kolumnie *Przedmiot inwentaryzacji* - „*Druki ścisłego zarachowania, czeki obce, weksle i inne papiery wartościowe*” i w kolumnie *Rodzaj, forma, metoda, technika inwentaryzacji* - „*Roczna, spis z natury według stanu na dzień 31.12.2014 r.*”. W świetle powyższych zapisów stanowisko Burmistrza Miasta Luboń, iż druki ścisłego zarachowania nie podlegają obowiązkowej inwentaryzacji należy uznać za nieprawidłowe i sprzeczne z przywołanymi zarządzeniami wydanymi przez kierownika jednostki.

Kolegium Izby wskazuje, iż w obowiązującym systemie prawnym ustalenie wykazu dokumentów stanowiących druki ścisłego zarachowania i określenie zasad gospodarki drukami należy do kierownika jednostki. Burmistrz Miasta Luboń w załączniku Nr 4 do Zarządzenia Nr 47/2012 z dnia 24 lipca 2012 roku w sprawie ustalenia dokumentacji przyjętych zasad (polityki) rachunkowości Miasta Luboń wskazał, że „*gospodarką drukami ścisłego zarachowania winny być objęte druki płatne, które podlegają kontroli ilościowej, a w szczególności: a) kwitariusze przychodowe, b) arkusze spisu z natury w chwili ich przekazania przewodniczącemu komisji inwentaryzacyjnej.*” Powyższe zapisy dowodzą, że argumenty wskazane przez Burmistrza Miasta Luboń, iż „*arkusze spisu z natury oraz*

kwitariusze przychodowe to składniki majątku, które nie są objęte ewidencją księgową”, oraz „druki te nie przedstawiają żadnej wartości materialnej” nie mogą być traktowane jako przesłanki do wyłączenia wskazanych dokumentów z obowiązku objęcia ich inwentaryzacją.

W ocenie Kolegium Izby nie może być mowy o bezpodstawności zarzutu nierzetelnej inwentaryzacji w zakresie kwitariuszy przychodowych w sytuacji, gdy w toku inwentaryzacji za 2015 rok na arkuszu spisu z natury spisano 20 sztuk kwitariuszy przychodowych, podczas gdy wg księgi druków ścisłego zarachowania stan faktyczny na dzień dokonywania spisu wynosił 9 sztuk, a w toku inwentaryzacji za 2014 rok spisano na arkuszu 19 szt. kwitariuszy przychodowych. Niezgodność ze stanem rzeczywistym ma w opisanych przypadkach konkretną wartość wymierną, określoną w ilości sztuk spisywanych z natury przedmiotów inwentaryzacji.

W zastrzeżeniach Burmistrz wskazuje ponadto na bezpodstawność zarzutu naruszenia przepisów Rozdziału VI Zakładowej Instrukcji Inwentaryzacyjnej, który dotyczy wyłącznie obowiązków związanych z przeprowadzaniem spisu z natury, wywodząc, iż inwentaryzacja składników majątkowych na ostatni dzień 2015 roku nie musiała obejmować żadnych składników podlegających inwentaryzacji metodą spisu z natury. Nie można zgodzić się z tym stwierdzeniem z uwagi na fakt, iż w toku czynności inwentaryzacyjnych za 2015 rok w Urzędzie przeprowadzono spis z natury w zakresie kwitariuszy przychodowych, a wskazane w wystąpieniu pokontrolnym nieprawidłowości (m.in. brak powołania zespołów spisowych, zaniechanie obowiązku przeszkolenia osób biorących udział w spisie z natury, braki w wypełnieniu formularza arkusza spisu z natury, wskazanie w składzie komisji inwentaryzacyjnej/zespołu spisowego osoby prowadzącej ewidencję składników objętych spisem) sformułowano na podstawie dokumentów sporządzonych w związku z inwentaryzacją kwitariuszy przychodowych przeprowadzoną w dniu 04.01.2016 roku.

Kolegium Izby wskazuje, iż brak rzetelnej ewidencji i kontroli nad obiegiem druków ścisłego zarachowania może prowadzić do wielu niepożądanych zjawisk i nadużyć, oraz być przejawem braku nadzoru ze strony kierownika jednostki w ramach sprawowanej przez niego kontroli zarządczej oraz koordynacji tej kontroli.

Z wyżej przedstawionych względów Kolegium Izby uznało, że zastrzeżenia wniesione przez Burmistrz Miasta Luboń nie zasługują na uwzględnienie, sformułowany na podstawie nieprawidłowości wskazanej w I części wystąpienia wniosek pokontrolny pkt 1 ppkt 10) jest zasadny, a podstawa prawna użyta przy jego formułowaniu jest prawidłowa.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 9 wystąpienia pokontrolnego (str. 13-14) w brzmieniu:

„W dniu 31 marca 2015r. zawarto w Luboniu umowę Nr WAG.2151.102.2015 pomiędzy Miastem Luboń, reprezentowanym przez Burmistrza Panią Małgorzatę Machalską zwanym „Usługodawcą” a „The Auditors” Michał Trafarski Poznań, zwanym „Usługobiorcą” została zawarta umowa o wykonanie zadań z zakresu nadzoru nad systemem kontroli zarządczej i systemem zarządzania bezpieczeństwem informacji w Urzędzie Miasta Luboń (§ 1). W zawartej umowie (§ 2) Usługobiorca zobowiązany został do świadczenia tych usług z należytą starannością i najlepszą wiedzą zawodową, zgodnie z przepisami ustaw, aktami wykonawczymi do ustaw oraz standardami kontroli zarządczej i systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji. Usługobiorca zobowiązał się do utrzymania w tajemnicy wszystkich informacji dotyczących działalności Usługodawcy uzyskanych w trakcie trwania współpracy. Usługodawca zobowiązał się do przekazania usługobiorcy wszelkich informacji i dokumentów niezbędnych do prawidłowego wykonania przyjętych obowiązków. Usługobiorca zobowiązany został w szczególności do:

- 1) *Diagnozowania stanu systemu kontroli zarządczej (KZ) i systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji (SZBI).*
- 2) *Nadzoru nad wdrożeniem i funkcjonowaniem I poziomu KZ i SZBI.*
- 3) *Analizy ryzyka na potrzeby KZ i SZBI,*
- 4) *Identyfikacji ryzyk i proponowania reakcji na ryzyko w systemie KZ i DSZBI.*

- 5) Okresowego przeglądu struktury organizacyjnej UML.
- 6) Monitorowania i oceny systemu KZ i.SZBI.
- 7) Nadzoru i organizacji samooceny KZ.

Zgodnie z § 3 Usługobiorca miał wykonywać przedmiot umowy w sposób wystarczający do realizacji przyjętego rocznego planu, przy czym świadczenie usług odbywać się miało w siedzibie usługodawcy w uzgodnionych dniach oraz poza siedzibą usługodawcy.

W § 4 umowy strony ustaliły wynagrodzenie miesięczne w kwocie 1.845 zł brutto. Umowa zawarta została na okres od 1 kwietnia 2015 r. do 31 grudnia 2016 r. z możliwością jej przedłużenia (§ 5 umowy).

W świetle przepisów art. 68 ust. 1 i 2 oraz art. 69 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy o finansach publicznych, stanowiących, że organem właściwym zapewniającym funkcjonowanie kontroli zarządczej jest wójt, burmistrz, prezydent miasta, przewodniczący zarządu jst oraz kierownik jednostki, brak było podstaw prawnych do zlecenia usługi nadzoru nad wdrożeniem i funkcjonowaniem I poziomu kontroli zarządczej, czy monitorowania i oceny systemu tej kontroli. Kierownik jst (a nie usługobiorca) jest zarówno odpowiedzialny za funkcjonowanie systemu kontroli zarządczej w urzędzie jst, jako kierownik jednostki jak i stanowi drugi stopień kontroli zarządczej w podległych mu jednostkach organizacyjnych i tych, które nadzoruje.

Termin realizacji ww. umowy wykraczał poza rok budżetowy i winna być ona ujęta jako przedsięwzięcie w załączniku „Wykaz przedsięwzięć do WPF”. Niewykazanie ww. umowy jako przedsięwzięcie w WPF naruszało przepisy z art. 226 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. (Dz. U. z 2013r. poz. 885 ze zm).

W § 10 Uchwały Rady Miasta Luboń Nr III/18/2014 z dnia 29 grudnia 2014 r. w sprawie uchwały budżetowej Miasta Luboń na 2015 rok określono sumę, do której Burmistrz może samodzielnie zaciągać zobowiązania w wysokości 2.500.000 zł, nie dotyczy to przedsięwzięć wieloletnich”.

Stan faktyczny został opisany w protokole kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń przeprowadzonej w Urzędzie Miasta Luboń na stronach 213-214, oraz udokumentowany w Aktach kontroli Nr B.III.2.1.49..

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 9 wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 15 w brzmieniu:

15. „W Wieloletniej Prognozie Finansowej w załączniku pn. „Wykaz przedsięwzięć do WPF” wykazywać wszystkie zadania obciążające budżety lat przyszłych, stanowiące przedsięwzięcia w rozumieniu przepisów art. 226 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z przepisami art. 226 ust. 3 ustawy w załączniku do uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej określa się odrębnie dla każdego przedsięwzięcia: nazwę i cel, jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub koordynującą wykonywanie przedsięwzięcia, okres realizacji i łączne nakłady finansowe, limity wydatków w poszczególnych latach oraz limit zobowiązań.

Stosownie do przepisów art. 226 ust. 4 ustawy przez przedsięwzięcia, o których mowa w ust. 3 należy rozumieć wieloletnie programy, projekty lub zadania, w tym związane z:

- programami finansowanymi z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3,
- umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym”.

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 15 wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Wniosek ten dotyczy umowy z firmą „The Auditors” Michał Trafarski Poznań. Była to umowa o wykonanie zadania z zakresu nadzoru nad systemem kontroli zarządczej i systemem zarządzania bezpieczeństwem informacji w Urzędzie Miasta Luboń. Usługodawca zobowiązany został do świadczenia tych usług z należytą starannością i najlepszą wiedzą zawodową, zgodnie z przepisami ustaw, aktami wykonawczymi oraz standardami kontroli zarządczej. Wskazano, że termin realizacji wyżej wymienionej umowy wykraczał poza rok budżetowy i winna być ona ujęta jako przedsięwzięcie w załączniku „Wykaz przedsięwzięć do WPF”. Wskazano, że narusza to przepisy art. 226 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych.

W mojej ocenie ww. umowa nie podlega obowiązkowi wykazywania w wykazie przedsięwzięć. We wskazanych przepisach mowa jest o wieloletnich programach, projektach lub zadaniach a nie o jakichkolwiek wydatkach obciążających budżety lat przyszłych.

W piśmiennictwie wskazuje się, że dla zidentyfikowania programów, projektów lub zadań, o których mowa w art. 226 ust. 4 ustawy o finansach publicznych istotne jest zdefiniowanie pojęcia przedsięwzięcia. (Patrz: Zakres

pojęcia „przedsięwzięcie” w wieloletniej prognozie finansowej, Piotr Walczak, Legalis)

W nauce administracji i zarządzania przez przedsięwzięcie rozumie się pewne zamierzenie: o zdefiniowanym do osiągnięcia celu, parametrach kosztowych wyznaczonych na jego zrealizowanie, oraz zamkniętym w ramy czasowe okresie wykonywania, z wyznaczonymi limitami wydatków w określonych odcinkach czasowych. Zrealizowanie celu daje podstawę do stwierdzenia, że przedsięwzięcie zostało zakończone. Cechy przedsięwzięcia wymienione w art. 226 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, uwzględniają wszystkie elementy przywołanej definicji. Bowiem, zgodnie z tym przepisem dla każdego przedsięwzięcia: określa się nazwę, wyznacza się zamierzony cel (np. poprawa bezpieczeństwa w ruchu drogowym, zapewnienie dodatkowych połączeń komunikacyjnych na danym obszarze JST, zwiększających atrakcyjność JST jako terenu inwestycyjnego), wskazuje się jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub koordynującą wykonywanie przedsięwzięcia (np. zarząd dróg gminnych), wskazuje się okres realizacji i łączne nakłady finansowe oraz limity wydatków w poszczególnych latach, a także limit zobowiązań.

W kontekście tak sformułowanej definicji należy odróżnić od przedsięwzięć te działania jednostki samorządu terytorialnego, które związane są z systematyczną realizacją określonych obowiązków, wynikających z przepisów prawa. Do takich obowiązków należy zaliczyć obowiązek zapewnienia funkcjonowania kontroli zarządczej.

Dlatego umowa z firmą „The Auditors” nie może być uznana za przedsięwzięcie w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Kontrola zarządcza jest przecież procesem o charakterze ciągłym wspomagającym system zarządzania jednostką’.

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje:

Wnoszący zastrzeżenia zarzucił, że umowa Nr WAG.2151.102.2015 zawarta w dniu 31 marca 2015r. pomiędzy Miastem Luboń, a Michałem Trafarskim, działającym pod firmą „The Auditors”, na okres od 1 kwietnia 2015r. do 31 grudnia 2016r., z możliwością jej przedłużenia, której przedmiotem było wykonanie zadania z zakresu nadzoru nad systemem kontroli zarządczej i systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji w Urzędzie Miasta Luboń, za wynagrodzeniem 1.845,00 zł brutto miesięcznie, *nie podlega obowiązkowi wykazywania w wykazie przedsięwzięć, ponieważ w przepisach art. 226 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych mowa jest o wieloletnich programach, projektach lub zadaniach a nie o jakichkolwiek wydatkach obciążających budżety lat przyszłych.* Wnoszący zastrzeżenia powołał się na rozumienie pojęcia „przedsięwzięcie” wyznaczone przez naukę administracji i zarządzania, cechy przedsięwzięcia wymienione w art. 226 ust.3 ustawy o finansach publicznych i w ich kontekście wskazał, że *należy odróżnić od przedsięwzięć te działania jednostki samorządu terytorialnego, które związane są z systematyczną realizacją określonych obowiązków, wynikających z przepisów prawa. Do takich obowiązków należy zaliczyć obowiązek zapewnienia funkcjonowania kontroli zarządczej.*

Dlatego umowa z firmą „The Auditors” nie może być uznana za przedsięwzięcie w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Kontrola zarządcza jest przecież procesem o charakterze ciągłym wspomagającym system zarządzania jednostką.

Ustawa o finansach publicznych jako *lex specialis* w odniesieniu do ustawy o samorządzie gminnym, ustanawia reguły szczególne dotyczące zaciągania zobowiązań i dokonywania wydatków. Przepis art. 226 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016r. poz. 1870 z późn. zm.) stanowi, że 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.

Z kolei przepis art. 226 ust. 4 określa, że przez przedsięwzięcia, o których mowa w ust. 3,

należy rozumieć wieloletnie programy, projekty lub zadania, w tym związane z:

- 1) programami finansowanymi z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3;
- 2) umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym.

W świetle powołanych przepisów za przedsięwzięcie należy uznać taki „program”, „projekt” lub „zadanie”, które jest „wieloletnie” i w stosunku do którego możliwe jest określenie elementów wymienionych w punktach 1-5 ustępu 3 art. 226. Nie ma przy tym znaczenia to, czy realizacja tego „programu”, „projektu” lub „zadania” jest związana z systematyczną realizacją określonych obowiązków, wynikających z przepisów prawa, jak podnosi Wnoszący zastrzeżenia.

Na tle powołanych przepisów przeważa pogląd, że pojęciem „przedsięwzięcia” są objęte wszelkie niemieszczące się w roku budżetowym, programy, projekty i zadania bez względu na to, czy dotyczą one inwestycji, czy wydatków bieżących, a także niezależnie od źródeł ich finansowania. Zatem wszelkie wykraczające poza rok budżetowy programy, projekty i zadania podejmowane przez daną jst powinny być ujęte w załączniku do prognozy finansowej (podobnie K. Sawicka [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Zb. Ofiarski, K. Sawicka „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, Presscom Sp. z o.o., Wrocław 2010, str. 608)

Według oceny Kolegium Izby podstawowym elementem definiującym przedsięwzięcia jest to, że są one realizowane i finansowane w okresie dłuższym niż rok budżetowy. Przy interpretacji tego pojęcia WSA w Rzeszowie w wyroku z dnia 7 czerwca 2011r. sygn. akt I SA/Rz 274/11 wskazał, że *„(...) jedynym elementem definiującym przedsięwzięcia jest to, że są one realizowane i finansowane w okresie dłuższym niż rok budżetowy. Biorąc pod uwagę przepis art. 226 ust. 3 i 4 u.f.p. można wywieść, że zamiarem ustawodawcy było aby jednostka samorządu terytorialnego w złącznikach do uchwalonych wieloletnich prognoz finansowych przedstawiała kompleksowe informacje o podjętych i planowanych przez siebie przedsięwzięciach wieloletnich.*

Ustawa o finansach publicznych obecnie nie zalicza do przedsięwzięć umów, których realizacja w roku budżetowym i w latach następnych jest niezbędna do zapewnienia ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy. Instytucję tych umów, po pierwsze, nie można utożsamiać z systematyczną realizacją określonych obowiązków wynikających z przepisów prawa, na którą powołuje się Wnoszący zastrzeżenia, po drugie, instytucja ta sprowadza się przede wszystkim do umów w zakresie zaopatrzenia w niezbędne media. Innych umów może dotyczyć wówczas, gdy ze względu na specyfikę zobowiązania, umowy te nie zawierają żadnego określenia kwotowego (w sensie zobowiązaniowym, ponieważ mogą być ujęte stawki za jednostkę dostarczonej usługi), a ponadto służyć mają zapewnieniu ciągłości działania jednostki.

Według oceny Kolegium Izby umowa Nr WAG.2151.102.2015 zawarta w dniu 31 marca 2015r. pomiędzy Miastem Luboń, a Michałem Trafarskim, działającym pod firmą „The Auditors” zawarta została na okres od 1 kwietnia 2015r. do 31 grudnia 2016r. (z możliwością jej przedłużenia), a więc na okres dłuższy niż rok budżetowy. Jak wynika z jej postanowień miała za przedmiot wykonanie „zadań z zakresu nadzoru nad systemem kontroli zarządczej i systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji w Urzędzie Miasta Luboń”, a więc realizację „zadań”(według Słownika języka polskiego „zadanie: to „to, co należy wykonać”, „zagadnienie dane do opracowania”). Zadania te miały swoją nazwę i cel. Został także określony podmiot odpowiedzialny za realizację tych zadań, którym był Michał Trafarski, działający pod firmą „The Auditors”. W umowie została także określona konkretna kwota wynagrodzenia miesięcznego brutto, co pozwalało także na określenie łącznych nakładów

finansowych, limitów wydatków w okresie objętym realizacją zadania, a także limitu zobowiązań. Zdaniem Kolegium Izby przedmiotowa umowa posiadała więc wszystkie elementy pozwalające na zaliczenie jej do „przedsięwzięcia” w rozumieniu przepisów art. 226 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych i bezspornym pozostaje fakt, iż jako zadanie obciążające budżety lat przyszłych winna zostać wykazana w Wieloletniej Prognozie Finansowej w załączniku pn. „Wykaz Przedsięwzięć do WPF”.

Kolegium Izby nie podziela opinii Wnoszącej zastrzeżenia, że „umowa z firmą „The Auditors” nie może być uznana za przedsięwzięcie w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Kontrola zarządcza jest przecież procesem o charakterze ciągłym wspomagającym system zarządzania jednostką.” albowiem ustawodawca w tej kwestii nie przewidział żadnych wyjątków, co więcej w sposób jednoznaczny wskazał na konieczność wykazywania w Wykazie przedsięwzięć do WPF wszystkich zadań obciążających budżety lat przyszłych, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku umowy na wykonanie zadań z zakresu nadzoru nad systemem kontroli zarządczej i systemem zarządzania bezpieczeństwem informacji w Urzędzie Miasta Luboń, która została zawarta na okres przekraczający rok budżetowy.

Zgodnie z przepisami art. 228 ust. 1 pkt. 1 uchwała w sprawie wieloletniej prognozy finansowej może zawierać upoważnienie dla zarządu jednostki samorządu terytorialnego do zaciągania zobowiązań związanych z realizacją zamieszczonych w niej przedsięwzięć. W sytuacji ujęcia w Wieloletniej Prognozie Finansowej w załączniku pn. „Wykaz przedsięwzięć do WPF” zadania w zakresie „zadań z zakresu nadzoru nad systemem kontroli zarządczej i systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji w Urzędzie Miasta Luboń”, obejmującego okres dłuższy niż rok budżetowy, podstawą do zaciągania tego zobowiązania będzie upoważnienie zawarte w uchwale w sprawie wieloletniej prognozy finansowej.

W § 10 Uchwały Nr III/18/2014 z dnia 29 grudnia 2014 r. w sprawie uchwały budżetowej Miasta Luboń na 2015 rok Rada Miasta Luboń określiła sumę, do której Burmistrz może samodzielnie zaciągać zobowiązania w wysokości 2.500.000 zł, nie dotyczy to przedsięwzięć wieloletnich (art. 18 ust. 2 pkt 10 ustawy z dnia 08 marca 1990 r. o samorządzie gminnym Dz. U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.). Zgodnie z art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o samorządzie gminnym Burmistrzowi przysługuje wyłączne prawo zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielonych przez radę gminy.

Biorąc powyższe pod uwagę zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie a sformułowany na podstawie opisu nieprawidłowości w pkt 9 wystąpienia pokontrolnego wniosek pokontrolny Nr 15 jest zasadny i podstawa prawna użyta przy jego formułowaniu była prawidłowa.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 8 ppkt. 1 wystąpienia pokontrolnego (str. 11 -12) w brzmieniu:

8. „Kontrola wydatków bieżących na wynagrodzenia pracowników w badanej w trakcie kontroli próbie wykazała, że:

- 1) Z pracownikiem M.W. zawarto porozumienie zmieniające w dniu 22.04.2014 r. w którym strony oświadczyły, iż do stosunku pracy: powstałego na podstawie powołania z dnia 07.12.2006 r. zmienionego Zarządzeniem Burmistrza z dnia 18.12.2013 r. (odwołanie z funkcji Zastępcy Burmistrza Miasta) wprowadzają następujące zmiany: tryb nawiązania stosunku pracy: umowa o pracę na czas osiągnięcia wieku uprawniającego do nabycia prawa do emerytury z FUS, stanowisko: główny specjalista ds. planowania i strategii w Wydziale Inwestycji. Wymiar czasu pracy: pełen etat tj. 40 godzin tygodniowo. Ustalono wysokość wynagrodzenia, w tym dodatek specjalny do 31.12.2014 r. w wysokości 1.640,00 zł. Z

karty wynagrodzeń Pana M.W. z 2015r. wynika, iż w miesiącach styczeń, luty i marzec 2015r. w składnikach wynagrodzenia uwzględniono i wypłacono Panu M.W. dodatek specjalny w kwocie 1.640,00 zł, który zgodnie z porozumieniem zmieniającym przysługiwał do dnia 31.12.2014 r. (w aktach osobowych brak było pisma przyznającego dodatek specjalny na rok 2015 r.).

Konsekwencją wypłacania dodatku specjalnego w miesiącach styczeń - marzec 2015 r. było uwzględnienie w podstawie wyliczenia odprawy emerytalnej kwoty 1.640 zł. Wysokość odprawy emerytalnej naliczono w kwocie 39.360 zł brutto (4.100zł + 820zł + 1.640 zł) x 6. Wysokość odprawy emerytalnej bez uwzględnienia dodatku specjalnego wynosiła: 29.520 zł brutto (4.100 zł + 820 zł) x 6. Różnica stanowiła kwotę 9.840 zł brutto. Kwota odprawy została ujęta na liście plac: Nr 35 za miesiąc marzec 2015 r. Lista została zatwierdzona do wypłaty przez Burmistrza i Skarbnika. Odprawę emerytalną wypłacono w dniu: 26.03.2015 r. w kwocie 32.275 zł. Wysokość odprawy do wypłaty bez uwzględnienia w podstawie wyliczenia dodatku specjalnego: 24.206 zł. Różnica stanowiła kwotę 8.069,00 zł netto”.

Stan faktyczny został opisany w protokole kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń przeprowadzonej w Urzędzie Miasta Luboń na stronach 118-119, oraz udokumentowany w Aktach kontroli Nr B.III.2.1.10.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 8 ppkt. 2 wystąpienia pokontrolnego (str. 12) w brzmieniu:

8. „Kontrola wydatków bieżących na wynagrodzenia pracowników w badanej w trakcie kontroli próbie wykazała, że:

- 2) *Pracownik D.S. zatrudniony na stanowisku podinspektora ds. zamówień publicznych i przygotowania inwestycji w Wydziale Inwestycji Urzędu Miasta Luboń (wymiar 2/5 etatu tj. 16 godzin w tygodniu) otrzymywał od dnia 30.12.2011 r. wynagrodzenie zasadnicze wg kategorii XIII w wysokości 1.300,00 zł. Zgodnie z Regulaminem wynagradzania pracowników Urzędu Miasta Luboń wprowadzonym Zarządzeniem Burmistrza Nr 120.01.2012 z dnia 09 maja 2012 r., wynagrodzenie zasadnicze przysługujące Panu D.S. wg kategorii XIII zaszeregowania (zatrudnionego na 2/5 etatu) mogło stanowić maksymalnie kwotę: 1.320,00 zł a od dnia 22.07.2014 r. kwotę 1.400,00 zł. Panu D.S. przyznano wynagrodzenie zasadnicze (nie zmieniono kategorii zaszeregowania określonej w umowie o pracę): od dnia 01.01.2012 r. w kwocie 1.300zł, od dnia 01.01.2014 r. w kwocie 1.380,00 zł a od dnia 01.01.2015 r. w kwocie 1.411,00 zł, a od dnia 01.01.2016 r. w kwocie 1.434,00zł.*

Stan faktyczny został opisany w protokole kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń przeprowadzonej w Urzędzie Miasta Luboń na stronach 124-126, oraz udokumentowany w Aktach kontroli Nr B.III.2.1.18.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 8 ppkt. 1 i 2 wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wspólny wniosek pokontrolny Nr 12 w brzmieniu:

12. „Zwiększyć nadzór i kontrolę nad przyznawaniem i wypłacaniem wynagrodzeń pracownikom. Wynagrodzenia wypłacać w wysokości przyznanej przez Burmistrza. W pismach przyznających wynagrodzenie zamieszczanych w aktach osobowych i przekazywanych pracownikowi zamieszczać kategorię zaszeregowania”.

Wnosząc zastrzeżenia do opisu nieprawidłowości zawartego w pkt. 8 ppkt. 1 wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Kontrola wydatków bieżących na wynagrodzenia pracowników Urzędu Miasta.

Wypłacenie M.W. dodatku specjalnego w wysokości 1640,00 zł miesięcznie w okresie od stycznia do marca 2015 r. oraz uwzględnienie tej kwoty w odprawie emerytalnej wypłaconej w dniu 26.03.2015 r..

W związku z tym, że wniosek o nieprawidłowym wypłacaniu M.W. dodatku specjalnego w okresie od stycznia do marca 2015 r. oraz nieprawidłowym naliczeniu odprawy emerytalnej wyniknął z przyjęcia przez kontrolującego błędnej oceny stanu faktycznego - tym samym zarzut naruszenia prawa jest niewłaściwy.

W trakcie kontroli złożono wyjaśnienia dotyczące ww sytuacji, jednak nie zostały one uwzględnione przy

tworzeniu wystąpienia pokontrolnego i formułowaniu nieprawidłowości i uchybień.

W kwestii wypłaty wynagrodzenia dla M.W. podstawą jest decyzja o wysokości wynagrodzenia i poszczególnych jego składników. Podpisując porozumienie zmieniające Burmistrz Miasta ustalił M.W. wynagrodzenie na czas trwania zmienionego stosunku pracy tj. do czasu nabycia prawa do emerytury z FUS (takie były ustalenia między stronami). Najpierw dodatek specjalny został określony w Porozumieniu z okresem wypłaty do końca 2014 roku (taki zapis znajduje się w Porozumieniu, ponieważ przyjęto w Urzędzie Miasta zasadę, że w przypadku przyznania pracownikowi dodatku specjalnego w okresie przelomu roku wydawane są dwa pisma przyznające dodatek: pierwsze do końca danego roku kalendarzowego i drugie do końca okresu przyznania). W tym przypadku sprawą drugorzędą było zapisanie wysokości dodatku specjalnego w dwóch częściach. Najpierw od 01.08.2014 do 31.12.2014, a następnie miało być przygotowane pismo potwierdzające dodatek od 01.01.2015 do końca umowy tj. do 26.03.2015.. Wskutek niedopatrzenia pracownika drugie pismo potwierdzające przyznanie dodatku specjalnego dla M.W. do końca trwania stosunku pracy nie zostało utworzone. W tej sprawie błędem jest jedynie brak pisma potwierdzającego istnienie dodatku specjalnego, a nie jego bezprawne wypłacanie. Kontrolujący przyjął, że dodatek był wypłacany niewłaściwie, bo w aktach osobowych M.W. nie było pisma o jego przyznaniu. Natomiast stan faktyczny był taki, że dodatek na opisywany okres był przyznany (uzgodniony między stronami) jednak wskutek niedopatrzenia pracownika pismo nie zostało wydrukowane”.

Wnosząc zastrzeżenia do opisu nieprawidłowości zawartego w pkt. 8 ppkt. 2 Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Kontrola wydatków bieżących na wynagrodzenia pracowników Urzędu Miasta.

Wypłacenie D.S. wynagrodzenia zasadniczego w wysokości wyższej niż ustalono dla XIII kategorii zaszeręgowania w Regulaminie wynagradzania pracowników Urzędu Miasta Luboń.

W związku z tym, że wniosek o nieprawidłowym naliczaniu i wypłacaniu D.S. wynagrodzenia zasadniczego w okresie od 1.1.2012 wyniknął z przyjęcia przez kontrolującego błędnej oceny stanu faktycznego - tym samym zarzut naruszenia prawa jest niewłaściwy.

W trakcie kontroli złożono wyjaśnienia dotyczące ww. sytuacji, jednak nie zostały one uwzględnione przy tworzeniu wystąpienia pokontrolnego i formułowaniu nieprawidłowości i uchybień.

Od 1.08.2014 Pan D.S. był zatrudniony na stanowisku inspektora według XV kategorii zaszeręgowania (wydruk zrzutów ekranów programu do obsługi kadr w Urzędzie w załączeniu) i w związku z tym nie było kwestii przekraczania maksymalnego wynagrodzenia w kategorii XIII. Niestety używany przez Urząd Miasta szablon wydruku aneksu do umowy nie zawierał informacji o zajmowanym stanowisku i kategorii wynagrodzenia w związku z tym na pismach (aneksach do umowy) z 2015 i 2016 tych zmian nie widać.

Przeoczeniem natomiast był brak zmiany kategorii wynagrodzenia zasadniczego z XIII na XIV od 1.1.2012. Od tego dnia Pan D.S. będąc na stanowisku podinspektora otrzymał wynagrodzenie zasadnicze w wysokości 1345,00 zł według kategorii XIV - jednak wskutek przeoczenia zmiany kategorii nie odnotowano w programie. Zatem stan faktyczny opisanego przypadku był inny niż wskazany przez kontrolującego, tym samym nieprawidłowości nie wystąpiły”.

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje:

Burmistrz Miasta Luboń wniosła zastrzeżenia w zakresie „Kontroli wydatków bieżących na wynagrodzenia pracowników Urzędu Miasta” podając, że składa je „do pkt 8 ppkt 1” oraz „do pkt 8 ppkt 2”. Punkt 8 podpunkty 1 i 2 dotyczą opisu nieprawidłowości i odnoszą się do ustaleń faktycznych, z których wynika, że:

- pracownikowi samorządowemu M.W. wypłacono, w okresie od stycznia 2015r. do marca 2015r., wynagrodzenie z tytułu dodatku specjalnego w kwocie 1.640 zł miesięcznie, mimo iż porozumieniem zmieniającym z dnia 22.04.2014r., wprowadzającym zmiany w stosunku pracy, strony (Urząd Miasta Luboń i pracownik M.W.) określiły dodatek specjalny w wysokości 1640 zł na okres do 31.12.2014r. i nie było w aktach osobowych pracownika pisma, z którego wynikałoby przyznanie dodatku specjalnego na rok 2015, a następnie uwzględniono w podstawie wyliczenia odprawy emerytalnej wysokość tego dodatku specjalnego i w dniu 26.03.2015r. wypłacono odprawę emerytalną w zawyżonej wysokości (pkt 8 ppkt 1),

- pracownik samorządowy D.S. otrzymywał wynagrodzenie wyższe niż wynikało to z jego kategorii zaszeregowania (pkt 8 ppkt 2).

W odniesieniu do tych nieprawidłowości, w wystąpieniu pokontrolnym, został sformułowany wspólny wniosek pokontrolny Nr 12 w brzmieniu:

„Zwiększyć nadzór i kontrolę nad przyznawaniem i wypłacaniem wynagrodzeń pracownikom. Wynagrodzenia wypłacać w wysokości przyznanej przez Burmistrza. W pismach przyznających wynagrodzenie zamieszczanych w aktach osobowych i przekazywanych pracownikowi zamieszczać kategorię zaszeregowania”.

Burmistrz Miasta Luboń nie wskazywała na ten wniosek i na wniesienie zastrzeżeń co do tego wniosku. Zarzucała jedynie, że „(...) zarzut naruszenia prawa jest niewłaściwy, gdyż wynikał z przyjęcia przez kontrolującego błędnej oceny stanu faktycznego. Podnosi, że „(...)w trakcie kontroli złożono wyjaśnienia dotyczące ww sytuacji, jednak nie zostały one uwzględnione przy tworzeniu wystąpienia pokontrolnego i formułowaniu nieprawidłowości i uchybień. Wskazywała, że:

- stan faktyczny był taki, że dodatek na opisywany okres był przyznany (uzgodniony między stronami) jednak wskutek niedopatrzenia pracownika pismo nie zostało wydrukowane (odnośnie do pkt 8 ppkt 1),
- stan faktyczny opisanego przypadku był inny niż wskazany przez kontrolującego, tym samym nieprawidłowości nie wystąpiły; przyznał, że przeoczeniem natomiast był brak zmiany kategorii wynagrodzenia zasadniczego z XIII na XIV od 1.1.2012. Podał, że od 1.08.2014 Pan D.S. był zatrudniony na stanowisku inspektora według XV kategorii zaszeregowania (wydruk zrzutów ekranów programu do obsługi kadr w Urzędzie w załączeniu) i w związku z tym nie było kwestii przekraczania maksymalnego wynagrodzenia w kategorii XIII. Niestety używany przez Urząd Miasta szablon wydruku aneksu do umowy nie zawierał informacji o zajmowanym stanowisku i kategorii wynagrodzenia w związku z tym na pismach (aneksach do umowy) z 2015 i 2016 tych zmian nie widać”.

Analiza treści tych zastrzeżeń pozwala stwierdzić, że nie spełniają one kryteriów określonych w art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, gdyż nie zawierają zarzutu naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, lecz błędną ocenę stanu faktycznego. Zastrzeżenia w tym zakresie podlegają więc według oceny Kolegium Izby z tego powodu oddaleniu.

Kolegium Izby wskazuje także, że zgodnie z przepisami art. 29 § 2 i art. 29 § 4 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy zawarcie umowy o pracę, jak również zmiana warunków umowy o pracę wymaga formy pisemnej. Forma ta nie została przez Kodeks pracy zastrzeżona pod rygorem nieważności, więc możliwym jest wykazywanie, ale przed sądem, że umowa obowiązuje lub obowiązują jej zmiany. Zauważyć przy tym należy, że w sprawie, w której powodem jest pracodawca stosuje się ograniczenia dopuszczalności dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron (art. 74 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 246, art. 247, art. 473 § 1, art. 477¹ Kodeksu postępowania cywilnego).

Wobec braku pisemnej umowy o pracę, czy też pisemnej zmiany tej umowy, z których to dokumentów wynikałoby przyznanie dodatku specjalnego pracownikowi M.W., czy też zmiany kategorii zaszeregowania pracownika D.S., kontrolujący uprawnieni byli do dokonania ustaleń, tak jak uczynili to w wystąpieniu pokontrolnym.

Zgodnie z ogólną zasadą zawartą w art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych pracownikowi samorządowemu przysługuje wynagrodzenie stosownie do zajmowanego stanowiska oraz posiadanych kwalifikacji zawodowych.

Pracownikowi samorządowemu przysługuje wynagrodzenie zasadnicze, dodatek za wieloletnią pracę, nagroda jubileuszowa oraz jednorazowa odprawa w związku z przejściem na emeryturę lub rentę z tytułu niezdolności do pracy oraz dodatkowe wynagrodzenie roczne na zasadach określonych w odrębnych przepisach (art. 36 ust. 2 ustawy). W sytuacjach określonych w art. 36 ust. 4, 5 i 6 ustawy pracownikowi może zostać przyznany odpowiednio dodatek funkcyjny, dodatek specjalny lub nagroda. Jednocześnie ustawodawca postanowił w art. 39 ust. 1 ustawy, iż pracodawca w regulaminie wynagradzania określi dla pracowników samorządowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 3:

- 1) Wymagania kwalifikacyjne pracowników samorządowych;
- 2) Szczegółowe warunki wynagradzania, w tym maksymalny poziom wynagrodzenia zasadniczego.

Zgodnie z art. 39 ust. 2 ustawy pracodawca w regulaminie wynagradzania, o którym mowa w ust. 1, może określić:

- 1) Warunki przyznawania oraz warunki i sposób wypłacania premii i nagród innych niż nagroda jubileuszowa;
- 2) Warunki i sposób przyznawania dodatków, o których mowa w art. 36 ust. 4 i 5, oraz innych dodatków.

Zatem przepisy dotyczące wynagradzania pracowników samorządowych w sposób dokładny i precyzyjny stanowią o zasadach płacowych – wskazują na elementy wynagrodzenia oraz podają tabele wynagrodzeń dla poszczególnych stanowisk.

Zakres sytuacji faktycznych, umożliwiających pracodawcy przyznanie dodatku specjalnego określony został w art. 36 ust. 5 ustawy. Zgodnie z cytowanym przepisem pracownikowi samorządowemu z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań może zostać przyznany dodatek specjalny. Dodatek specjalny ma charakter fakultatywny a jego przyznanie uzależnione jest zarówno od woli pracodawcy jak i od spełnienia określonych ustawowo przesłanek. Użyte przez ustawodawcę określenie tytułu uzasadniającego przyznanie dodatku specjalnego bezwzględnie związane jest z okresowością sytuacji wskazanych w wymienionym przepisie. A zatem okresowość dotyczy zarówno zwiększenia obowiązków służbowych, jak też powierzenia dodatkowych zadań.

Ustalenie brzmienia normy prawnej wynikającej z przepisu art. 36 ust. 1 ustawy ma przy tym podstawowe znaczenie dla postanowień określonego przez pracodawcę regulaminu wynagradzania. Postanowienia te w zakresie odnoszącym się do warunków i sposobu przyznawania dodatku, o którym mowa w art. 36 ust. 5 ustawy nie mogą bowiem naruszać normy ustanowionej we wskazanym przepisie. Wykładnia językowa, systemowa (wewnętrzna i zewnętrzna z uwzględnieniem normy wynikającej z Kodeksu pracy) jak również funkcjonalna wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, iż użyte przez ustawodawcę określenie tytułu uzasadniającego przyznanie dodatku specjalnego bezwzględnie związane jest z okresowością sytuacji wskazanych w wymienionym przepisie. Powyższe dotyczy zarówno sytuacji związanej ze zwiększeniem obowiązków służbowych jak i powierzeniem dodatkowych zadań. Odmienna wykładnia w/w przepisu prowadziłaby, zdaniem Kolegium do naruszenia zasad ogólnych nawiązywania z pracownikiem samorządowym stosunku pracy i zasad jego wynagradzania (z zastrzeżeniem szczególnych zasad wynagradzania określonych w art. 36 ust. 3 i 4 ustawy) oraz zmian nawiązanego uprzednio stosunku wskutek zmian warunków pracy na czas nieokreślony (por. art. 42 kp.).

Wnoszący zastrzeżenia sam przyznał, iż brak było podstawy do wypłacenia dodatku specjalnego w 2015r. podając, że *„Najpierw dodatek specjalny został określony w*

porozumieniu z okresem wypłaty do końca 2014 roku (taki zapis znajduje się w Porozumieniu, ponieważ przyjęto w Urzędzie Miasta zasadę, że w przypadku przyznania pracownikowi dodatku specjalnego w okresie przelomu roku wydawane są dwa pisma przyznające dodatek: pierwsze do końca danego roku kalendarzowego i drugie do końca okresu przyznania). W tym przypadku sprawą drugorzędną było zapisanie wysokości dodatku specjalnego w dwóch częściach. Najpierw od 01.08.2014 r. do 31.12.2014 r. a następnie miało być przygotowane pismo potwierdzające dodatek od 01.01.2015 r. do końca umowy tj. do 26.03.2015 r. Wskutek niedopatrzenia pracownika drugie pismo potwierdzające przyznanie dodatku specjalnego dla M.W. do końca trwania stosunku pracy nie zostało utworzone. W tej sprawie błędem jest jedynie brak pisma potwierdzającego istnienie dodatku specjalnego, a nie jego bezprawne wypłacenie. Kontrolujący przyjął, że dodatek był wypłacany niewłaściwie, bo w katach osobowych M.W. nie było pisma o jego przyznaniu. Natomiast stan faktyczny był taki, że dodatek na opisany okres był przyznany (uzgodniony między stronami) jednak wskutek niedopatrzenia pracownika pismo nie zostało wydrukowane”.

Kolegium Izby nie podziela opinii Wnoszącego zastrzeżenia, że: „*W tej sprawie błędem jest jedynie brak pisma potwierdzającego istnienie dodatku specjalnego, a nie jego bezprawne wypłacenie*”.

Zakres sytuacji faktycznych, umożliwiających pracodawcy przyznanie dodatku specjalnego określony został w art. 36 ust. 5 ustawy. Zgodnie z cytowanym przepisem pracownikowi samorządowemu z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań może zostać przyznany dodatek specjalny. Dodatek specjalny ma charakter fakultatywny a jego przyznanie uzależnione jest zarówno od woli pracodawcy jak i od spełnienia określonych ustawowo przesłanek. Użyte przez ustawodawcę określenie tytułu uzasadniającego przyznanie dodatku specjalnego bezwzględnie związane jest z okresowością sytuacji wskazanych w wymienionym przepisie. A zatem okresowość dotyczy zarówno zwiększenia obowiązków służbowych, jak też powierzenia dodatkowych zadań.

W aktach osobowych pracownika brak było pisma przyznającego dodatek specjalny na okres od 01.01.2015r. do dnia rozwiązania stosunku pracy. Wnoszący zastrzeżenia podniósł, iż „*Kontrolujący przyjął, że dodatek był wypłacany niewłaściwie, bo w katach osobowych M.W. nie było pisma o jego przyznaniu*”. Brak pisma o przyznaniu dodatku specjalnego (co przyznał Wnoszący zastrzeżenia) uniemożliwił ustalenie przez kontrolującego, czy była wola pracodawcy przyznania pracownikowi dodatku specjalnego (fakultatywny charakter dodatku specjalnego zależny od woli pracodawcy) oraz jaki zakres dodatkowych obowiązków został przyznany pracownikowi lub jakie dodatkowe zadania mu powierzono, za wykonanie których dodatek specjalny miałby zostać przyznany tym bardziej, że w porozumieniu zmieniającym ustalono wymiar czasu pracy pracownika: pełen etat tj. 40 godzin tygodniowo z czego 16 godzin (we wtorki i czwartki) pracownik wykonywać będzie pracę w siedzibie pracodawcy a pozostałe 24 godziny poza siedzibą.

Kolegium Izby wskazuje również, iż dokonywanie wydatków bez podstawy (brak pisma przyznającego dodatek specjalny) wyczerpuje znamiona czynu z art. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 168), zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków.

W rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 18 marca 2009r. w sprawie wynagradzania pracowników samorządowych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1786), w załączniku Nr 1 określono tabele minimalnego miesięcznego poziomu wynagrodzenia zasadniczego dla pracowników samorządowych zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (§ 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia). W tabeli IV załącznika Nr 3 do rozporządzenia, określony został minimalny poziom wynagrodzenia zasadniczego dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Przepis art. 39 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 902) upoważnia pracodawcę do określenia w regulaminie wynagradzania dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę:

- 1) wymagań kwalifikacyjnych pracowników samorządowych;
- 2) szczegółowych warunków wynagradzania, w tym maksymalny poziom wynagrodzenia zasadniczego.

Regulamin wynagradzania pracowników Urzędu Miasta Luboń, Burmistrz Miasta Luboń określił Zarządzeniem Nr 120.01.2012 z dnia 09 maja 2012 r., którym ogłoszono tekst jednolity regulaminu wynagradzania pracowników Urzędu Miasta Luboń przyjętego Zarządzeniem Nr 27/2009 z dnia 11 maja 2009 r. Burmistrza Miasta Luboń, zmienionego Zarządzeniem Nr 78/2010 Burmistrza Miasta Luboń z dnia 09 grudnia 2010 r. oraz Zarządzeniem nr 15/2012 Burmistrza Miasta Luboń z dnia 20 lutego 2012 r. Regulamin wszedł w życie z dniem 01.07.2009 r. W załącznikach do zarządzenia określono:

Załącznik Nr 1 – tabela minimalnego i maksymalnego miesięcznego poziomu wynagrodzenia zasadniczego.

Załącznik Nr 2 – tabela stawek dodatku funkcyjnego.

Załącznik Nr 3 – stawka dodatku funkcyjnego, poziom kwalifikacji i staż pracy wymagany dla poszczególnych stanowisk pracy w Urzędzie na których zatrudnione są osoby na podstawie umowy o pracę.

Regulamin wynagradzania zmieniono Zarządzeniem Nr 41/2014 Burmistrza Miasta Luboń z dnia 22 lipca 2014r. w sprawie zmiany regulaminu wynagradzania pracowników Urzędu Miasta Luboń, którym zmieniono załącznik Nr 1 „tabela minimalnego i maksymalnego miesięcznego poziomu wynagrodzenia zasadniczego”.

Zatem ustawodawca dał pracodawcy możliwość kształtowania wynagrodzenia, nie ustalił sztywnych stawek dla poszczególnych stanowisk. Podane w rozporządzeniu kwoty stanowią stawki minimalne. Górne kwoty wynagrodzeń określają regulaminy wynagradzania. Pracodawca, decydując o zaliczeniu pracownika do danej kategorii zaszeregowania bierze pod uwagę m.in. wykształcenie, staż pracy czy posiadane doświadczenie zawodowe. Kontrola wykazała, iż w przypadku pracownika D.S. kategoria zaszeregowania określona została tylko w umowie o pracę (XIII kategoria zaszeregowania). Pracownik zatrudniony był w niepełnym wymiarze czasu pracy, a więc zastosowanie miał § 11 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 marca 2009r. w sprawie wynagradzania pracowników samorządowych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1786), zgodnie z którym pracownikom samorządowym zatrudnionym w niepełnym wymiarze czasu pracy wynagrodzenie zasadnicze i inne składniki wynagrodzenia przysługują w wysokości proporcjonalnej do wymiaru czasu pracy określonego w umowie o pracę. W kolejnych pismach zwiększano wynagrodzenie zasadnicze pracownika bez wskazywania kategorii zaszeregowania, co skutkowało przekroczeniem należnego wynagrodzenia określonego w Regulaminie wynagradzania dla XIII kategorii zaszeregowania. Kontrolujący nie kwestionował zwiększania kwot wynagrodzenia zasadniczego przysługującego w proporcjonalnej wysokości dla pracownika zatrudnionego na 2/5 etatu, lecz zaniechanie obowiązku określenia kategorii zaszeregowania pracownika znajdującego potwierdzenie w aktach osobowych.

Kolegium Izby wskazuje, iż zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika (Dz. U. z 1996 r., Nr 62, poz. 286 ze zm.) wydanego na podstawie art. 298¹ Kodeksu pracy, Pracodawca zakłada i prowadzi oddzielne dla każdego pracownika akta osobowe (§ 6 ust. 1). Zgodnie z ust. 2 § 6 pkt 2 rozporządzenia akta osobowe pracownika składają się z 3 części i obejmują: w części B - dokumenty dotyczące nawiązania stosunku pracy oraz przebiegu zatrudnienia pracownika, w tym m.in.: umowę o pracę, a jeżeli umowa nie została zawarta na piśmie - potwierdzenie ustaleń co do rodzaju umowy oraz jej warunków, a także zakres czynności (zakres obowiązków), jeżeli pracodawca dodatkowo w tej formie określił zadania pracownika wynikające z umowy o pracę, (...) oświadczenia dotyczące wypowiedzenia pracownikowi warunków umowy o pracę lub zmiany tych warunków w innym trybie (...).

Przepisy dotyczące wynagradzania pracowników samorządowych w sposób dokładny i precyzyjny stanowią o zasadach płacowych – wskazują na elementy wynagrodzenia oraz podają tabele wynagrodzeń dla poszczególnych stanowisk, jednak ustawodawca dał pracodawcy możliwość kształtowania wynagrodzenia, nie ustalając sztywnych stawek dla poszczególnych stanowisk, gdyż podane w rozporządzeniu kwoty stanowią stawki minimalne, a górne kwoty wynagrodzeń określają regulaminy wynagradzania. To pracodawca, decyduje o zaliczeniu pracownika do danej kategorii zaszeregowania, co musi mieć odzwierciedlenie w aktach osobowych pracownika.

Z powyższych względów zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie a sformułowany na podstawie opisu nieprawidłowości w części I pkt 8 ppkt 1 i 2 wystąpienia wniosku pokontrolny Nr 12 jest zasadny i podstawa prawna przy jego sformułowaniu była prawidłowa.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 11 ppkt. 1 i 2 wystąpienia pokontrolnego (str. 15 -16) w brzmieniu:

11. „W 2015r. wystąpiły przypadki wydatkowania środków publicznych z naruszeniem przepisów art. 44 ust. 2, art. 44 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 254 pkt 3 i art. 216 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27.08.2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, a mianowicie ze środków zaplanowanych:

- 1) w dz. 851 „Ochrona zdrowia” rozdz. 85154 „Przeciwdziałanie alkoholizmowi” § 4300 „Zakup usług pozostałych” dokonano wydatku na podstawie: Faktury VAT Nr 24/2015 z dnia 19.04.2015r. wystawionej przez Fundację Światło - Życie Ośrodek Profilaktyczno – Szkoleniowy im. Ks. Blachnickiego, Katowice, na kwotę 380,00 zł z VAT za udział w kursie Wodzirejów Wesel i Zabaw Bezalkoholowych w dniach 17-19.04.2015 r. Faktura została sprawdzona pod względem formalnym i rachunkowym w dniu 29.04.2015r., zatwierdzona do wypłaty przez Skarbnika i Burmistrza. Fakturę zapłacono w dniu 29.04.2015 r. WB/85.

Z wyjaśnienia złożonego przez Kierownika Wydziału Oświaty, Zdrowia i Kultury w sprawie kursu wodzirejów wynika, iż: „Komisja zdecydowała sfinansować kurs wodzirejów imprez bezalkoholowych ze względu na fakt, iż organizowanie imprez dla ludzi młodych, podczas których nie spożywa się alkoholu wpisuje się w działania GKRPA w Luboniu. Wniosek o sfinansowanie kursu dla Pani Anny N.(...) (mieszkankei Lubonia) zgłosiła Fundacja „Światło-Życie” Ośrodek Profilaktyczno-Szkoleniowy im. ks.F.Blachnickiego“.

Stan faktyczny został opisany w protokole kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń przeprowadzonej w Urzędzie Miasta Luboń na stronie 184 oraz udokumentowany w Aktach kontroli Nr B.III.2.1.46.

- 2) w dz. 750 „Administracja publiczna”, rozdz. 75023 „Urzędy gmin (miast i miast na prawach powiatu)” § 4300 „Zakup usług pozostałych” dokonano wydatku na podstawie faktury VAT Nr 5/3/2015 z dnia 31.03.2015 r. wystawionej przez Fotografie P.Pochylski Luboń, na kwotę 369,00 zł z VAT za sesję zdjęciową Burmistrza M. Machalskiej i Z-cy Burmistrza M. Tomaszuka. Faktura została zatwierdzona do wypłaty przez Burmistrza i Skarbnika. Fakturę zapłacono w dniu 13.04.2015r. WB/73/9-10.”

Stan faktyczny został opisany w protokole kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Luboń przeprowadzonej w Urzędzie Miasta Luboń na stronie 212 oraz udokumentowany w Aktach kontroli Nr B.III.2.1.49.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 11 ppkt. 1 i 2 wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 17 w brzmieniu:

17. „Przy dokonywaniu wydatków przestrzegać zasad określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016r. poz. 1870), a mianowicie wydatków dokonywać zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków oraz w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Wdrożyć procedury kontroli w zakresie dokonywania wydatków publicznych”.

Wnosząc zastrzeżenia do do opisu nieprawidłowości zawartego w pkt. 11 ppkt. 1 i 2 wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

1) do pkt 11 ppkt 1.

„Wydatkowanie środków publicznych z naruszeniem przepisów art. 44 ust 2, art.44 ust.3 pkt 1 w związku z art. 254 pkt 3 i art. 216 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia jest zastosowanie przez kontrolującego błędnej wykładni ww. przepisów.

W myśl ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi zadania w zakresie przeciwdziałania alkoholizmowi wykonuje się przez odpowiednie kształtowanie polityki społecznej między innymi przez:

- tworzenie warunków sprzyjających realizacji potrzeb, których zaspokajanie motywuje powstrzymanie się od spożywania alkoholu;
- działalność wychowawczą i informacyjną.

Gmina prowadzi działania związane z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz działania mające na celu integrację społeczną osób uzależnionych od alkoholu. W szczególności działania gminy polegają m.in. na prowadzeniu profilaktycznej działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych i przeciwdziałania narkomanii.

Ponadto Gminny Program Profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych na rok 2015 zakładał wspomaganie działalności instytucji, stowarzyszeń i osób fizycznych, która miałaby służyć rozwiązywaniu problemów alkoholowych, organizowanie i finansowanie szkoleń, kursów, konferencji, debat na temat uzależnień. Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych uznała, że sfinansowanie kursu wódzirejów imprez bezalkoholowych wpisuje się w założenia ustawy i gminnego programu. Osoba uczestnicząca w kursie poprzez prowadzoną działalność informacyjną i edukacyjną, a także integracyjną dla mieszkańców, motywuje ich do powstrzymywania się od spożywania alkoholu.

W tym przypadku nie naruszono żadnego z postanowień przepisu art. 44 cyt. Ustawy (2. Jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków.

3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.”

2) do pkt 11 ppkt 2.

„Wydatkowanie środków publicznych z naruszeniem przepisów art. 44 ust 2, art.44 ust.3 pkt 1 w związku z art. 254 pkt 3 i art. 216 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia jest zastosowanie przez kontrolującego błędnej wykładni ww. przepisów.

Sesja zdjęciowa Burmistrza M. Machalskiej i Z-cy Burmistrza M. Tomaszuka została wykonana na potrzeby wizerunkowe Miasta. Zdjęcia zostały wykorzystane w następujący sposób:

- 1) na stronie internetowej, w zakładce prezentującej włodarzy miasta,
- 2) na stronie internetowej w aplikacji "Zadaj pytanie Burmistrzowi",
- 3) przy publikowaniu tekstów, przemówień i listów Burmistrzów,
- 4) przy publikacji wywiadów w materiałach prasowych,
- 5) przy druku plakatów informujących o konsultacjach z mieszkańcami,
- 6) poprzez przekazywanie do wykorzystania przez media.

Zlecenie zdjęć było konieczne, gdyż Miasto, aby w pełni mocje wykorzystywać, powinno być właścicielem zdjęcia. Zdjęcie dla celów jego obróbki i publikacji w prasie, na plakatach (w tym drukach większego formatu) musi być wykonane profesjonalnie. Zdjęcia prywatne nie spełniają takich standardów. Ponadto Burmistrz Miasta nie jest zobowiązana udostępniać Miastu zdjęć wykonanych dla prywatnego użytku. Zdjęcia wizerunkowe Burmistrzów są tak samo konieczne, jak profesjonalne zdjęcia samego miasta, wykorzystywane w materiałach promocyjnych i informacyjnych. Obydwa te typy pełnią tę samą funkcję.

Również w tym przypadku nie naruszono żadnego z postanowień przepisu art. 44 cyt. Ustawy (2. Jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków).

3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.)”.

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje:

Burmistrz Miasta Luboń wniosła zastrzeżenia do pkt 11 ppkt 1 i pkt 11 ppkt 2 wystąpienia pokontrolnego, tzn. do punktów zawierających opis nieprawidłowości. Jednocześnie podała, że podstawą zgłoszenia zastrzeżenia jest zastosowanie przez kontrolującego błędnej wykładni ww przepisów, tj. przepisów art. 44 ust 2, art. 44 ust.3 pkt 1 w związku z art. 254 pkt 3 i art. 216 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, tj. przepisów zawartych w opisie nieprawidłowości. Wywody dotyczące błędnej wykładni wywodzi jednakże tylko w odniesieniu do art. 44 ust. 2 i 3 ustawy o finansach publicznych.

Wnoszący zastrzeżenia nie kwestionuje treści wniosku pokontrolnego Nr 17 odnoszącego się do opisów nieprawidłowości wynikających z pkt 11 ppkt 1 i 2, który został sformułowany następująco:

„Przy dokonywaniu wydatków przestrzegać zasad określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016r. poz. 1870), a mianowicie wydatków dokonywać zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków oraz w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Wdrożyć procedury kontroli w zakresie dokonywania wydatków publicznych”.

Mając na uwadze powyższy sposób sformułowania zarzutów, jak również sposób sformułowania wniosku pokontrolnego Nr 17, który to wniosek odwoływał się do treści przepisu art. 44 ust. 2 i art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych (choć nie został bezpośrednio wymieniony), należy uznać, że podstawą zastrzeżeń w tym zakresie było niewłaściwe zastosowanie (a nie błędna wykładnia) przepisu art. 44 ust. 2 i art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych.

Zgodnie z przepisami art. 44 ust. 2 ustawy o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Z przepisu tego wynika zasada, że wydatek ze środków publicznych musi być dokonany na podstawie konkretnego tytułu prawnego (na podstawie konkretnego przepisu prawnego). Stosownie do postanowień art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o

finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Przepis art. 216 ust. 2 ustawy stanowi, że wydatki budżetu jednostki samorządu terytorialnego są przeznaczone na realizację zadań określonych w odrębnych przepisach, wskazując przykładowo rodzaje tych zadań, a w pierwszej kolejności zadania własne jednostek samorządu terytorialnego. Jedynie zakwalifikowanie wydatków dokonanych w związku z finansowaniem kursu wodzirejów wesel i zabaw bezalkoholowych jako wydatków przeznaczonych na wykonywanie zadań, o których mowa w przepisie art. 216 ust. 2 ustawy o finansach publicznych pozwoliłoby uznać te wydatki za zgodne ze wskazanymi przepisami.

Wnoszący zastrzeżenia podniósł, iż „Gmina prowadzi działania związane z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz działania mające na celu integrację społeczną osób uzależnionych od alkoholu. W szczególności działania gminy polegają m.in. na prowadzeniu profilaktycznej działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych i przeciwdziałania narkomanii.

Ponadto Gminny Program Profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych na rok 2015 zakładał wspomagane działalności instytucji, stowarzyszeń i osób fizycznych, która miałaby służyć rozwiązywaniu problemów alkoholowych, organizowanie i finansowanie szkoleń, kursów, konferencji, debat na temat uzależnień”.

Ustawa z dnia 26 października 1982r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w art. 4¹ stanowi, że prowadzenie działań związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz integracji społecznej osób uzależnionych od alkoholu należy do zadań własnych gmin. Realizacja tych zadań jest prowadzona w postaci gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych (art. 4¹ ust. 2 powołanej ustawy). Miasto Luboń mogło więc dokonywać wydatków w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych stosownie do przepisów uchwały Nr III/20/2014 Rady Miasta Luboń z dnia 29 grudnia 2014r. w sprawie: Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych w mieście Luboń na 2015r. Program ten określał główne jego cele, a następnie je konkretyzował. Celem szczegółowym tego programu było wspomaganie działalności instytucji, stowarzyszeń i osób fizycznych służących rozwiązywaniu problemów alkoholowych (cel szczegółowy nr 4), który to cel miał być realizowany poprzez :

- współpracę z Miejskim Ośrodkiem Pomocy Społecznej, Zespołem Interdyscyplinarnym, Policją, Strażą Miejską, Szkołami,
- współuczestniczenie w kampaniach edukacyjnych z zakresu uzależnień,
- wspieranie działań grup AA,
- szkolenie przedstawicieli instytucji i organizacji działających na terenie Lubonia w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów uzależnień: nauczycieli, pracowników świetlic wychowawczo opiekuńczych, pedagogów i psychologów szkolnych, pracowników socjalnych, pracowników służby zdrowia,
- wspomaganie innych instytucji uznanych w programie za partnerów w realizacji zadań programu,
- współpraca i wspieranie ruchów samopomocowych.

Kolegium Izby podkreśla, że kontrola nie kwestionowała postanowień Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych Miasta Luboń na 2015 r. w zakresie zadań określonych do realizacji. Zakwestionowane zostało natomiast sfinansowanie kursu

wodzirejów wesel i zabaw bezalkoholowych. Wydatek ten nie został poniesiony na realizację zadań określonych w Gminnym Programie Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych Miasta Luboń, lecz na sfinansowanie uzyskania przez mieszkankę Lubonia uprawnień do prowadzenia jako wodzirej wesel i zabaw bezalkoholowych, a tym samym realizacji przez nią działalności gospodarczej (mieszkanka prowadzi wraz z mężem działalność gospodarczą pod firmą Mr & Mrs Najder www.wodzireje.poznan.pl).

W świetle tak określonych zadań w Programie według oceny Kolegium Izby, wydatek wynikający z faktury Nr 24/2015 z dnia 19.04.2015r. za „*udział w Kursie Wodzirejów Wesel i Zabaw Bezalkoholowych 17 – 19.04.2015*” nie mieścił się w ich zakresie. W szczególności należy wskazać, że kurs ten obejmował szkolenie Pani A.N. – mieszkanki Lubonia mimo to, że Program przewidywał możliwość szkolenia *przedstawicieli instytucji i organizacji działających na terenie Lubonia* i wskazywał jedynie na: nauczycieli, pracowników świetlic wychowawczo opiekuńczych, pedagogów i psychologów szkolnych, pracowników socjalnych, pracowników służby zdrowia. Nie można też uznać, że stanowił on realizację innych wyżej wymienionych zadań.

Zadaniem własnym Miasta nie jest finansowanie mieszkance Miasta kursu wodzirejów wesel i zabaw bezalkoholowych i tym samym wydatek taki nie mieści się w katalogu zadań Miasta określonych w przepisach art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016r., poz. 446, z późn. zm.) oraz w katalogu zadań określonych w art. 4¹ z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. z 2016 r. poz. 487 z późn. zm.).

Zadaniem własnym Miasta nie jest również finansowanie sesji zdjęciowej Burmistrza i Zastępcy Burmistrza nawet w sytuacji wykorzystania tych zdjęć na potrzeby wizerunkowe Miasta i tym samym wydatek taki nie mieści się w katalogu zadań Miasta określonych w przepisach art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016r., poz. 446, z późn. zm.). Kolegium Izby nie podziela oceny Wnoszącego zastrzeżenia, iż „(...) *Zdjęcia prywatne nie spełniają takich standardów. Ponadto Burmistrz Miasta nie jest zobowiązana udostępniać Miastu zdjęć wykonanych dla prywatnego użytku*”. Nic nie stoi na przeszkodzie, by do celów wizerunkowych Miasta wykorzystywać zdjęcia wykonane do prywatnego użytku.

Przepis art. 7 ust. 1 pkt 18 ustawy o samorządzie gminnym stanowi, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. Kolegium Izby zauważa, że w odniesieniu do zadania określonego jako promocja gminy (a wydatek za sesję zdjęciową Burmistrza i Z-cy Burmistrza poniesiony został ze środków zaplanowanych w dz. 750 „Administracja publiczna”, rozdz. 75023 „Urzędy gmin (miast i miast na prawach powiatu)” § 4300 „Zakup usług pozostałych”) brak jest jego uszczegółowienia w odrębnych aktach prawnych. Określenie „*promocja gminy*” nie ma też swojej definicji legalnej. W odniesieniu do promocji w literaturze wskazuje się, że pod pojęciem promocji gminy będziemy rozumieli działania zmierzające do poinformowania i zachęcenia określonych osób prawnych i fizycznych do aktywności gospodarczej ukierunkowanej tak, aby dawała efekty pożądane przez władze gminy czy regionu i zgodnie z programami rozwoju przez te władze opracowanymi (Marian Huczek: Promocja gminy jako sposób wspierania lokalnego rozwoju społeczno gospodarczego, www.sdl.org.pl). Podkreśla się przy tym, że promocja nie tworzy nowych możliwości, ona je tylko pokazuje (ibidem). Potwierdza to też orzecznictwo - z wyroku NSA w Warszawie z dnia 20.03.2009r. (II OSK 1477/08, Lex nr 525883) wynika, że promocja polega na propagowaniu walorów gminy. Zatem według oceny Kolegium Izby wykorzystywanie zdjęć burmistrza i jego zastępcy w materiałach informacyjnych dotyczących gminy, a wcześniej wykonanie tych zdjęć, nie może być ocenione jako działanie mieszczące się w ramach art. 7 ust. 1 pkt 18 ustawy o samorządzie gminnym.

Kolegium Izby wskazuje, że w każdym przypadku dokonywania wydatków przez Miasto należy mieć na uwadze, czy wydatki ponoszone są zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansach publicznych stanowiącą, iż środki publiczne przeznacza się na wydatki publiczne. Katalog wydatków zawarty jest w przepisie art. 216 ust. 2 ustawy . Ponadto wydatki winny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, o czym stanowi art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy. Kolegium Izby zwraca uwagę na konieczność wnikliwej analizy dokonywanych wydatków, aby zawsze było pełne uzasadnienie takiego wydatku, jako wydatku niezbędnego w procesie realizowania zadań Miasta, w zgodzie z przepisami regulującymi wydatkowanie środków publicznych.

Z powyższych względów zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie a sformułowany na podstawie opisu nieprawidłowości w części I pkt 11 ppkt 1 i 2 wystąpienia wniosku pokontrolny Nr 17 jest zasadny i podstawa prawna przy jego formułowaniu była prawidłowa.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 1a wystąpienia pokontrolnego (str. 19) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Budowa ulicy J. Brzechwy w Luboniu” przeprowadzonym na podstawie art. 39 ustawy:

- a) Zamawiający w Sekcji III pkt III. 3) ogłoszenia o zamówieniu nie wskazał sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podał tylko informację, jakie dokumenty są wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sposób oceny warunków udziału w postępowaniu został natomiast określony w Rozdziale 5 SIWZ poprzez wskazanie: „Ocena spełnienia ww. warunków dokonana zostanie zgodnie z formuła >spełnia-nie spełnia<, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach, o których mowa w Sekcji III OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU.” Powyższe naruszało przepisy art. 41 pkt 7 ustawy”.*

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 1a wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 5) w brzmieniu:

- 21. Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:*

(...)

- 5) W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczać informacje wymagane rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1127).*

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 5 wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Nie doszło do naruszenia art. 41 pkt. 7 ustawy PZP ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano sposób oceny warunków udziału w postępowaniu. Zastrzeżenie wynika z błędnego zastosowania ww. przepisu.

W treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający posłużył się zwrotem „... uzna, iż Wykonawca spełnia warunek...” po czym nastąpiło stosowne dookreślenie. Wobec braku ustawowej formuły dla opisu sposobu oceny warunków udziału należy stwierdzić, że Zamawiający dochował obowiązku. Jest swoboda w kształtowaniu tego elementu. Dodatkowe określenie w SIWZ nic nie zmienia w tym zakresie”.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 1d wystąpienia pokontrolnego (str. 19-20) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Budowa ulicy J. Brzechwy w Luboniu” przeprowadzonym na podstawie art. 39 ustawy:

(...)

- d) W stosunku do Wykonawcy, którego ofertę oznaczono Nr 6, tj. Zakład Robót Drogowych K. Michalkowska, Rogalinek, Zamawiający nie żądał od Wykonawcy przedłożenia dokumentu potwierdzającego umocowanie do składania ważnych oświadczeń woli w imieniu i na rzecz Wykonawcy przez Pana P. B., który e-mailem z*

dnia 13 lutego 2015 r. do Zamawiającego, przesłał informację o wyrażeniu zgody na poprawienie innych omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Również w stosunku do ww. Wykonawcy, Zamawiający nie dokonał poprawienia oferty w zakresie ilości materiału budowlanego, tj. krawężnika betonowego wystającego o wymiarach 15x30 cm na podsypce cementowo-piaskowej, kosztorysu ofertowego dla branży drogowej pod poz. DZ 1.5 POZ 39. Zamawiający w kosztorysie podał: jednostka miary „metr”, ilość „56”, natomiast Wykonawca w kosztorysie ofertowym podał: jednostka miary „metr”, ilość „560”, cena 3,30 zł. Zamawiający natomiast dokonał poprawy ceny jednostkowej podanej przez Wykonawcę z „3,30” zł na „33,00” zł i tak poprawioną cenę przemnożył przez wymaganą ilość, tj. „56”. Z przedłożonych wyjaśnień wynika: „Z uwagi na długi upływ czasu nie jest możliwe wyjaśnienie zaistniałej sytuacji. Przepuszczalnie Zamawiający nie zauważył powyższej omyłki.” Poprawienie ceny, a nie ilości materiału spowodowało zakontraktowanie wyższej ceny umownej o 1.663,20 zł netto, co daje 2.045,74 zł brutto. Powyższe naruszało przepisy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta oznaczona Nr 6 została wybrana jako najkorzystniejsza.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 1d) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt.3) w brzmieniu:

21. „Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:

(...)

- 3) Stosownie do przepisów art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy w złożonych przez wykonawców ofertach poprawiać inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W sytuacji, gdy wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dokonywać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy”.

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 3) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Nie zachodziła potrzeba żądania dokumentu potwierdzającego umocowanie do składania ważnych oświadczeń woli. Zamawiający posłużył się art. 60 k.c. w zw. z art. 27 ust. 1 PZP. Zastrzeżenie wynika z niezastosowania ww. przepisów do niniejszej sytuacji.

Nie zachodzi naruszenie 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego wówczas zachodziła sytuacja regulowana przez 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy PZP i ten mechanizm posłużył do rozwiązania problemu. Zastrzeżenie wynika z błędnego zastosowania ww. przepisu.

Zamawiający dopuścił możliwość składania wyjaśnień drogą elektroniczną a adres e-mail z którego nadano wiadomość z 13 lutego 2015 r. był tożsamy z adresem podanym w ofercie, która to oferta była podpisana przez wykonawcę osobiście. Nadto tego samego dnia wpłynął do Zamawiającego mail z wyjaśnieniami z tego samego adresu.

W kwestii 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP; Z jednej strony nie było podstaw by kwestionować podaną wartość wynagrodzenia dla danej pozycji (1848 zł). Z drugiej zachodziła omyłka wykonawcy w zapisie ilości jednostek miary (560 zamiast 56). Zamawiający posłużył się zatem możliwością dokonania korekty działania matematycznego i tak uzyskał cenę jednostkową. Działanie Zamawiającego było uzasadnione z dwóch powodów, po pierwsze cena 3,30 zł za metr ułożenia krawężnika była nierynkowa i z pewnością w tym zakresie jest błędna. Po drugie, dowodu na prawidłowość działań Zamawiającego dostarcza kontekst całej oferty Wykonawcy. W pozycji 38 (również dotyczącej układania krawężników a zatem tożsama praca Wykonawcy jak w pozycji 39) podano w cenie jednostkowej dokładnie 33 zł za 1 metr. Należy zakładać racjonalność wykonawcy w składaniu ofert (dwie podobne pozycje powinny mieć podobną cenę). Z tej przyczyny Zamawiający założył, że nie ma podstaw dla dokonywania zmian w zakresie wartości wynagrodzenia dla komentowanej pozycji w kosztorysie. Niezbędna stała się zatem matematyczna korekta co do ceny jednostkowej”.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 2c) wystąpienia pokontrolnego (str. 21) w brzmieniu:

2) „W postępowaniu pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych, powstałych na terenie miasta Luboń” przeprowadzonym na podstawie art. 39 ustawy:

c) Stwierdzono rozbieżności pomiędzy zawartą Umową Nr WSK.272.1.2015/60/2015 z dnia 31.03.2015 r., a dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 03.03.2015 r. zmianami dotyczącymi Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik Nr 2 do IDW) w zakresie terminu realizacji zamówienia oraz utworzenia i prowadzenia na terenie Miasta Centralnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, wskazanych w pkt. 9 Załącznika nr 2 do umowy, przykładowo:

- w piśmie informującym o wyjaśnieniach i zmianie treści SWIZ (druga zmiana) opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 03.03.2015 r. dokonał zmian zapisów dotyczących Załącznika nr 2 do IDW (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) w pozycji:

- punkt 9) lit. p. „i”, „ii”, „iv” – „utworzenia i prowadzenia na terenie Miasta Centralnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na następujących zasadach:
 - i. CPSZOK uruchomiony zostanie w pełnym zakresie nie później niż w dniu 10 kwietnia 2015 r. w miejscu na terenie Miasta,
 - ii. W terminie do dnia 8 kwietnia 2015 r. Wykonawca opracuje projekt regulaminu działania CPSZOK zgodnie z SIWZ i Aktami Prawa Miejscowego
(...)
 - vi. od dnia 10 kwietnia 2015 r. CPSZOK prowadzić będzie zbiórkę odpadów komunalnych w sposób iw zakresie wskazanym w Aktach Prawa Miejscowego.
podczas, gdy w zawartej umowie nie dokonano ww. zmian”.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 2c) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 7) w brzmieniu:

21. „Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:

(...)

7) Zamówień publicznych udzielać na warunkach i zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji prowadzonych postępowań, po uwzględnieniu wszelkich zmian dokonanych w trakcie prowadzonych postępowań”.

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 7) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podał, że:

„Nie zachodzi rozbieżność.

Zmienione fragmenty IDW nie były częścią projektu umowy a zatem nie zachodziła potrzeba zmiany treści zawartej umowy”.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 2d) wystąpienia pokontrolnego (str. 21-22) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych, powstałych na terenie Miasta Luboń” przeprowadzonym na podstawie art. 39 ustawy:

d) Stwierdzono rozbieżności pomiędzy zawartą Umową nr WSK.272.1.2015/60/2015 z dnia 31.03.2015 r., a dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 03.03.2015 r. zmianami dotyczącymi Projektu umowy (Załącznik nr 9 do IDW) w zakresie terminów realizacji zamówienia, przykładowo:

- w piśmie informującym o wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ (druga zmiana) opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 03.03.2015 r. Zamawiający dokonał zmian zapisów dotyczących Załącznika Nr 9 do IDW (Projekt umowy) w pozycji:

§ 4 ust. 4 – „Wykonawca zobowiązuje się wyposażyć wszystkie nieruchomości zamieszkałe i niezamieszkałe objęte Wykazem Nieruchomości, w pojemniki przeznaczone do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, w zakresie i ilości wymaganej przepisami prawa miejscowego obowiązującymi na Terenie Miasta. Wyżej wymienione nieruchomości muszą zostać wyposażone w pojemniki w terenie ostatniego odbioru odpadów komunalnych realizowanego w miesiącu kwietniu przez firmę świadczącą usługę wywozu odpadów od właścicieli nieruchomości zgodnie z harmonogramem. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w terminie do 14 kwietnia 2015

r. listę nieruchomości, które zostały wyposażone w pojemniki. Zapis ten dotyczy wyłącznie nieruchomości, na których Wykonawca będzie ustawiał pojemniki po raz pierwszy.”

§ 4 ust. 11 – „Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu Sprawozdania, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do umowy, za każdy Okres Sprawozdawczy począwszy od 10 kwietnia 2015 r., obejmującego dane dotyczące dokładnej masy wszystkich odpadów komunalnych odebranych i zagospodarowanych z Terenu Miasta. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu także dane o (...)”.

podczas, gdy w zawartej umowie nie dokonano ww. zmian.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 2d) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 7) w brzmieniu:

21. „Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:

(...)

7) Zamówień publicznych udzielać na warunkach i zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji prowadzonych postępowań, po uwzględnieniu wszelkich zmian dokonanych w trakcie prowadzonych postępowań”.

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 7) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Istniejące rozbieżności nie miały wpływu na treść zawartej umowy z uwagi na zgodny zamiar stron co treści stosunku prawnego. Należy to potraktować nie jako rozbieżność tylko omyłki pisarskie bez znaczenie w kontekście praw i obowiązków stron.

Strony umowy chciały zawrzeć umowę na warunkach jak w SIWZ (tak m.in. punkt 9 oferty wykonawcy). Zastosowanie znajduje zatem art. 65 § 2 kc. Okoliczności sprawy tj. zawarcie umowy po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyraźnie wskazują na zamiar stron”.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 2g) wystąpienia pokontrolnego (str. 22) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych, powstałych na terenie miasta Luboń” przeprowadzonym na podstawie art. 39 ustawy:

(...)

g) W protokole postępowania sporządzonym przez Pana D. S. i zatwierdzonym w dniu 22.04.2015 r. przez Burmistrza zawarto niepełne informacje wynikające z wzoru protokołu określonego w załączniku Nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), a mianowicie:

- w pkt. 3 Część A ppkt 1 – wskazano, że Kierownik Zamawiającego nie wykonywał czynności w postępowaniu i przekazał pisemne upoważnienie do dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Pani Burmistrz podpisała w trakcie prowadzonego postępowania informacje w zakresie drugiej zmiany SIWZ i udzielonych wyjaśnień na zapytania Wykonawców oraz podpisała zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- w pkt. 20 – nie wymieniono wszystkich załączników do protokołu”.

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 2g) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 6) w brzmieniu:

21. Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:

(...)

6) W protokole postępowania zamieszczać informacje wymagane wzorami określonymi w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128).

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 6) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„W kwestii upoważnienia do prowadzenia postępowania trudno mówić o niepełnych informacjach w sytuacji. We wzorze protokołu w części 3 nie ma miejsca na komentarz, który pozwoliłby uzupełnić dane w sytuacji gdy Kierownik Zamawiającego mimo upoważnienia wykonuje pewne czynności”.

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje:

Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych w zakresie kontroli wydatków z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych, Kolegium Izby stwierdza, że Burmistrz Miasta Luboń wniosła je w dwojaki sposób: w niektórych przypadkach zastrzeżenia skierowała tylko do opisów nieprawidłowości – do pkt 14 ppkt 1) a), do pkt 14 ppkt 2) c), do pkt 14 ppkt 2) g), do pkt 14 ppkt 3) a), a w innych zarówno do opisów nieprawidłowości, jak i wniosków pokontrolnych – do pkt 14 ppkt 1) d) i pkt 21 ppkt 3 wniosków, do pkt 14 ppkt 2) d) i pkt 21 ppkt 7 wniosków, do pkt 14 ppkt 2) e) i pkt 21 ppkt 2 wniosków, do pkt 14 ppkt 4g) pkt 21 ppkt 9 wniosków.

W powyższym zakresie Kolegium Izby wskazuje, że w pkt 14 wystąpienia pokontrolnego, w jego wstępie, wskazano, że *kontrola wydatków z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych obejmowała wybrane wydatki bieżące i majątkowe. W zakresie stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.) kontrolą objęto 4 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej kwot określonych rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (...)*, a następnie w ppkt 1-4 wymieniono postępowania objęte kontrolą. W dalszej kolejności podano, że *kontrola przedłożonej dokumentacji ww. postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykazała określone nieprawidłowości i opisano je pod określonymi literami każdego z podpunktów.*

Kolegium Izby przypomina, że stosownie do przepisów art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, zastrzeżenia mogą być złożone tylko do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, a podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Powoływanie się na błędne ustalenia faktyczne zawarte, czy to w protokole kontroli, czy też w opisach nieprawidłowości zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, a także polemika z tymi ustaleniami, nie mogą stanowić podstawy wniesienia zastrzeżenia.

Analiza treści zastrzeżeń w zakresie *kontroli wydatków z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych* według oceny Kolegium Izby pozwala uznać, że poniżej wskazane zastrzeżenia nie spełniają wymogów formalnych wynikających z art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych i podlegają oddaleniu a mianowicie:

- Zastrzeżenie wniesione **do pkt 14 ppkt 1) a)** wystąpienia pokontrolnego – zastrzeżenia w tym zakresie dotyczą opisu nieprawidłowości. Wnoszący zastrzeżenia podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano sposób oceny warunków udziału w postępowaniu i wskazał, że nastąpiło to poprzez posłużenie się zwrotem *„uzna, iż wykonawca spełnia warunek(...)”* po czym nastąpiło stosowne dookreślenie – tym samym Wnoszący zastrzeżenia kwestionuje ustalenia faktyczne dokonane w trakcie kontroli i odzwierciedlone w tym opisie nieprawidłowości. Następnie wskazuje, że *nie doszło do naruszenia art. 41 pkt 7 ustawy PZP* wskazanego w tym opisie nieprawidłowości. Przepis art. 41 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w 2015r. stanowił, że *ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co*

najmniej: warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Obecnie przepis ten przewiduje, że ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej: warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, a więc nie zawiera wymogu określenia w ogłoszeniu o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też w stosunku do tego opisu odniesienie ma ogólne zalecenie sformułowane we wniosku Nr 21, aby zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie bez uszczegółowienia polegającego na wskazaniu obowiązku stosowania konkretnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych (z uwagi na obecne brzmienie art. 41 pkt 7 tej ustawy).

Biorąc pod uwagę, iż zastrzeżenie w tym zakresie zostało wniesione w stosunku do zawartego opisu nieprawidłowości, jak również z uwagi na charakter samego wniosku pokontrolnego, należy zdaniem Kolegium Izby – oddalić zastrzeżenie stosownie do treści art. 25b ust. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych;

– W zakresie zastrzeżenia wniesionego *do pkt 14 ppkt 1) d) i pkt 21 ppkt 3 wniosku* wskazano na:

– nieżądanie od wykonawcy umocowania do składania ważnych oświadczeń woli w imieniu i na rzecz wykonawcy przez Pana P.B.,

– niedokonanie poprawienia oferty w zakresie ilości materiału budowlanego,

Wnoszący zastrzeżenia podał, że „(...) nie zachodziła potrzeba żądania dokumentu potwierdzającego umocowanie do składania ważnych oświadczeń woli. Zamawiający posłużył się art. 60 K.c. w zw. z art. 27 ust. 1 Pzp. Zastrzeżenie wynika z niezastosowania ww. przepisów do niniejszej sytuacji”. Z powyższego twierdzenia wynika, że zastrzeżenie w tym zakresie odnosi się do nieżądania od wykonawcy umocowania do składania ważnych oświadczeń woli w imieniu i na rzecz wykonawcy przez Pana P.B. Nieprawidłowość ta nie miała konsekwencji w postaci stosownych zaleceń zawartych we wniosku pokontrolnym. W związku z tym, jak również z uwagi na fakt powoływania się na nieistniejące we wniosku przepisy art. 60 k.c. w związku z art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, według oceny Kolegium Izby zastrzeżenia w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowe i je oddalić.

W zakresie odnoszącym się do niepoprawienia oferty Burmistrz Miasta Luboń wskazała, że „(...)nie zachodzi naruszenie 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego wówczas zachodziła sytuacja regulowana przez 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy PZP i ten mechanizm posłużył do rozwiązania problemu. Zastrzeżenie wynika z błędnego zastosowania ww. przepisu”. Podała przy tym, że „(...)w kwestii 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp; Z jednej strony nie było podstaw by kwestionować podaną wartość wynagrodzenia dla danej pozycji (1848 zł). Z drugiej zachodziła omyłka wykonawcy w zapisie ilości jednostek miary (560 zamiast 56). Zamawiający posłużył się zatem możliwością dokonania korekty działania matematycznego i tak uzyskał cenę jednostkową. Działanie Zamawiającego było uzasadnione z dwóch powodów, po pierwsze cena 3,30 zł za metr ułożenia krawężnika była nierynkowa i z pewnością w tym zakresie jest błędna. Po drugie, dowodu na prawidłowość działań Zamawiającego dostarcza kontekst całej oferty Wykonawcy. W pozycji 38 (również dotyczącej układania krawężników a zatem tożsama praca Wykonawcy jak w pozycji 39) podano w cenie jednostkowej dokładnie 33 zł za 1 metr. Należy zakładać racjonalność wykonawcy w składaniu ofert (dwie podobne pozycje powinny mieć podobną cenę). Z tej przyczyny Zamawiający założył, że nie ma podstaw

dla dokonywania zmian w zakresie wartości wynagrodzenia dla komentowanej pozycji w kosztorysie. Niezbędna stałą się zatem matematyczna korekta co do ceny jednostkowej”.

Zgodnie z przepisami art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jak podaje W. Dzierżanowski (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Komentarze LEX) za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który (...) da się poprawić wyłącznie w jeden sposób (...). Oczywiście omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu, ale również na braku wątpliwości, jak powinna ona zostać poprawiona.

Kosztorys ofertowy LD-04-0215 z dnia 02.02.2015r. złożony przez Zakład Robót Drogowych, Krystyna Michałkowska, Rogalinek w Dz. 1.5. pod poz. 39 wskazywał, tak jak to podano w opisie nieprawidłowości, na krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm na podsypce cementowo-piaskowej i określał *jednostka miary „metr”, ilość „560”, cena 3,30 zł*. Wskazywał też na *wartość* w kwocie 1 848, 00 zł.

W sytuacji, w której w rzeczywistości błędna była zarówno wartość ilości jak i wartość ceny nie można uznać, że pewna była wartość w kwocie 1.848 zł. Nie można też w tym przypadku stwierdzić, że da się to poprawić tylko w jeden sposób i nie ma wątpliwości co do sposobu poprawienia.

Ponadto poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej nie następuje „w formie dokonana określonej operacji matematycznej”, jak podnosi Wnoszący zastrzeżenia, lecz polega na wskazaniu kwoty, która zawiera kwotę omyłkową i kwoty prawidłowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W konsekwencji według oceny Kolegium Izby, omyłka w przedmiotowym zakresie nie była omyłką, do której ma zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji zastrzeżenia należy oddalić.

- Zastrzeżenie wniesione *do pkt 14 ppkt 2) c)* wystąpienia pokontrolnego – zastrzeżenie w tym zakresie również dotyczy opisu nieprawidłowości. Zastrzeżenia do pkt 14 ppkt 2 c) wniesione zostały nie do wniosku pokontrolnego, lecz do opisu stanu faktycznego i ograniczyły się do stwierdzenia, że *nie zachodzi rozbieżność. Zmienione fragmenty IDW nie były częścią projektu umowy a zatem nie zachodziła potrzeba zmiany treści zawartej umowy*. Zacytowana wypowiedź obejmuje całość zastrzeżeń w tym zakresie i nie wykazuje zarzutu naruszenia prawa poprzez błędną wykładnię przepisu lub jego niewłaściwe zastosowanie. Zastrzeżenia te podlegają więc oddaleniu;
- Zastrzeżenie wniesione *do pkt 14 ppkt 2) d) i pkt 21 ppkt 7 wniosków* - zastrzeżenie w tym zakresie odnosi się do rozbieżności pomiędzy określonymi dokumentami, a dodatkowo formułowane jest w stosunku do wniosku zawartego w *pkt 21 ppkt 7*. Również i w tym przypadku zastrzeżenia dotyczą ustaleń faktycznych. W ocenie Wnoszącego zastrzeżenia *„(...)istniejące rozbieżności nie miały wpływu na treść*

zawartej umowy z uwagi na zgodny zamiar stron co treści stosunku prawnego. Należy to potraktować nie jako rozbieżność tylko omyłki pisarskie bez znaczenie w kontekście praw i obowiązków stron. Strony umowy chciały zawrzeć umowę na warunkach jak w SIWZ (tak m.in. punkt 9 oferty wykonawcy). Zastosowanie znajduje zatem art. 65 § 2 kc. Okoliczności sprawy tj. zawarcie umowy po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyraźnie wskazują na zamiar stron”.

Z treści tego zastrzeżenia wynika, że ustalenia faktyczne powinny być inne niż przedstawiono to w pkt 14 ppkt 2 lit. d) wystąpienia pokontrolnego, chociaż do końca nie wiadomo jakie – z jednej strony bowiem Wnoszący zastrzeżenia wskazuje na omyłkę pisarską bez wskazania, w którym dokumencie ona nastąpiła i jaki z tego wynika stan faktyczny, z drugiej natomiast odwołuje się do zgodnego zamiaru stron, nie podając, jaki był ten „zgodny zamiar stron”.

Powyższe zdaniem Kolegium Izby przemawia za oddaleniem zastrzeżeń. W związku z tym, że w pkt 14 ppkt 2)d) wystąpienia pokontrolnego opisano nieprawidłowość bez wskazania na naruszenie przepisu prawa, to w stosunku do tej nieprawidłowości został sformułowany wniosek pokontrolny (pkt 21 ppkt 7) zmierzający do usprawnienia badanej nieprawidłowości, tj. wniosek wskazujący na zasadność podjęcia określonych działań niemających podstaw w naruszeniu konkretnego przepisu prawa. Z uwagi na charakter tego wniosku zdaniem Kolegium Izby nie ma podstaw do wykazywania błędnej wykładni przepisu lub niewłaściwego jego zastosowania, co oznacza, że zastrzeżenia w zakresie tego wniosku także podlegają oddaleniu;

- Wnosząc zastrzeżenia do **pkt 14 ppkt 2 g)** wystąpienia pokontrolnego Burmistrz Miasta Luboń zarzuciła, że „(...)w kwestii upoważnienia do prowadzenia postępowania trudno mówić o niepełnych informacjach w sytuacji. We wzorze protokołu w części 3 nie ma miejsca na komentarz, który pozwoliłby uzupełnić dane w sytuacji gdy Kierownik Zamawiającego mimo upoważnienia wykonuje pewne czynności”.

Z powyższego wynika, że opis nieprawidłowości wykazuje na niezgodność dokumentacji ze stanem faktycznym oraz na sporządzeniu protokołu postępowania niezgodnie ze wzorem protokołu określonym w załączniku Nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówieni publicznego.

Wnoszący zastrzeżenia nie kwestionuje braku wymienienia wszystkich załączników do protokołu. Polemizuje natomiast z ustaleniem faktycznym *dotyczącym niepełnych informacji* i zarzuca, że *we wzorze protokołu w części 3 nie ma miejsca na komentarz, który pozwoliłby uzupełnić dane w sytuacji gdy Kierownik Zamawiającego mimo upoważnienia wykonuje pewne czynności*. Wniesienie zastrzeżeń, których podstawą jest polemika z ustaleniami faktycznymi, nie zasługuje według oceny Kolegium Izby na uwzględnienie.

Kolegium Izby wskazuje również, że wzór dokumentu nie jest gotowym dokumentem, a jedynie podstawą do jego sporządzenia. Nic nie stało na przeszkodzie, aby protokół postępowania został, od strony graficznej, sporządzony stosownie do potrzeb osoby, która go sporządzała, a ponadto poprawnie merytorycznie (zawierał wszystkie elementy określone wzorem);

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 2e) wystąpienia pokontrolnego (str. 21) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych, powstałych na terenie miasta Luboń” przeprowadzonym na podstawie art. 39 ustawy:

(...)

- e) *W stosunku do Wykonawcy, którego ofertę oznaczono Nr 1, tj. KOM-LUB Sp. z o.o., Luboń, Zamawiający nie żądał od Wykonawcy przedłożenia dokumentów na potwierdzenie warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, z których wynikałoby spełnienie postawionego przez Zamawiającego warunku w zakresie żądania m. in. zezwolenia na zbieranie odpadów, wydanego przez właściwy organ na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub na podstawie art. 28 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. w związku z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, dotyczące odpadów zaklasyfikowanych do grupy „20” dla kodu 20 03 01. Zaniechanie uzupełnienia ww. dokumentu stanowiło naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Oferta Wykonawcy oznaczona Nr 1 została wybrana jako najkorzystniejsza w ww. postępowaniu”.*

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 2e) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 2) w brzmieniu:

21. *Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:*
(...)
2) *Korzystać z prawa wynikającego z art. 26 ustawy, w stosunku do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.*

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 2) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Po pierwsze zamawiający uznał, że przedłożone dokumenty spełniają postawione warunki gdyż przedłożono stosowne zezwolenie Starosty Poznańskiego. Wiedza o tym jak interpretować dokumenty wystawione przez ten organ pozwoliła wysnuć wniosek, że okazano spełnienie warunku. Nadto Miasto było podmiotem na rzecz którego wykonawca realizował wcześniej usługi więc zgodnie z treścią rozporządzenia wykonawczego do ustawy prawo zamówień publicznych z 19 lutego 2013 r. wykonawca nie był nawet zobowiązany do ich składania”.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 3a) wystąpienia pokontrolnego (str. 23) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych, powstałych na terenie miasta Luboń”, przeprowadzonym z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy:

- a) *W stosunku do Wykonawcy zaproszonego do negocjacji, tj. KOM-LUB Sp. z o.o., Luboń, Zamawiający nie żądał dokumentów na potwierdzenie warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności tj. zezwolenia na zbieranie odpadów, wydane przez Marszałka Województwa Wielkopolskiego na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub na podstawie art. 28 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. w związku z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, dotyczące odpadów zaklasyfikowanych do grupy „20” dla kodu 20 03 01. Zaniechanie uzupełnienia ww. dokumentu stanowiło naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”.*

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 3a) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 2) w brzmieniu:

21. *„Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:*
(...)
2) *Korzystać z prawa wynikającego z art. 26 ustawy, w stosunku do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego”.*

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 2) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Nie zachodziła potrzeba stosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Zastrzeżenie dotyczy niewłaściwego zastosowania ww. przepisu.

Po pierwsze zamawiający uznał, że przedłożone dokumenty spełniają postawione warunki gdyż przedłożono stosowne zezwolenie Starosty Poznańskiego. Wiedza o tym jak interpretować dokumenty wystawione przez ten organ pozwoliła wysnuć wniosek, że okazano spełnienie warunku. Nadto Miasto było podmiotem na rzecz którego wykonawca realizował wcześniej usługi więc zgodnie z treścią rozporządzenia wykonawczego do ustawy prawo zamówień publicznych z 19 lutego 2013 r. wykonawca nie był nawet zobowiązany do ich składania.”

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie do pkt 14 ppkt 2)e) i pkt 21 ppkt 2 wniosków oraz zastrzeżenia do pkt 14 ppkt 3) a) ustaliło i zważyło co następuje:

W odniesieniu do pkt 14 ppkt 2) e) oraz do pkt 14 ppkt 3) a) wystąpienia pokontrolnego Wnoszący zastrzeżenia zarzucał to samo, tzn., że *„po pierwsze zamawiający uznał, że przedłożone dokumenty spełniają postawione warunki gdyż przedłożono stosowne zezwolenie Starosty Poznańskiego. Wiedza o tym jak interpretować dokumenty wystawione przez ten organ pozwoliła wysnuć wniosek, że okazano spełnienie warunku. Nadto Miasto było podmiotem na rzecz którego wykonawca realizował wcześniej usługi więc zgodnie z treścią rozporządzenia wykonawczego do ustawy prawo zamówień publicznych z 19 lutego 2013 r. wykonawca nie był nawet zobowiązany do ich składania”.*

W zakresie pkt 14 ppkt 3) a) wystąpienia pokontrolnego Burmistrz Miasta Luboń sformułowała zarzut niewłaściwego zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, chociaż nie wskazała, że kwestionuje wniosek pokontrolny dotyczący nieprawidłowości opisanej w tym punkcie, lecz odniosła się do opisu nieprawidłowości.

Natomiast w zakresie pkt 14 ppkt 2) e) wystąpienia pokontrolnego podała, że składa zastrzeżenia także do wniosku, tj. do wniosku zawartego w pkt 21 ppkt 2 wystąpienia pokontrolnego, ale nie podała, jaki w tym zakresie stawia zarzut, tj. nie określiła, czy kwestionuje ten przepis z uwagi na jego błędną wykładnię, czy też niewłaściwe zastosowanie.

W tych okolicznościach Kolegium Izby uznało, że zastrzeżenia w tym zakresie podlegają oddaleniu, gdyż formułowanie blankietowych twierdzeń, które ze względu na swoją ogólnikowość mogą być powoływane w każdym przypadku nieprawidłowości polegającej na niewzywaniu wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, a przy tym bądź to wniesienie zastrzeżeń nie do wniosku tylko do opisu nieprawidłowości, bądź też złożenie zastrzeżeń do wniosku pokontrolnego, ale na podstawie ogólnego zakwestionowania przepisu bez podania podstawy zastrzeżenia, nie zasługuje na uwzględnienie.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt. 14 ppkt. 4g) wystąpienia pokontrolnego (str. 25) w brzmieniu:

„W postępowaniu pn. „Pomoc prawna w zakresie rozliczeń podatku od towarów i usług” przeprowadzonym na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy:

- g) Udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług prawniczych polegających na zastępstwie procesowym, w postępowaniu o zwrot podatku od towarów i usług (VAT) oraz w innych powiązanych z nim postępowaniach – w trybie zamówienia na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych nie spełniało przesłanek do udzielenia zamówienia, o których mowa w tym przepisie. Zgodnie z przepisami art. 5 ust. 1b ustawy - 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. Występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym nie stanowi wykonywania zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi tym bardziej przed sądami czy trybunałami. Zatem Zamawiający stosując tryb zamówienia z wolnej ręki do udzielenia*

przedmiotowego zamówienia naruszył treść art. 5 ust. 1 b ustawy Prawo zamówień publicznych (podobnie KIO w uchwale z dnia 6 lutego 2016r. w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa UZP zgłoszonych przez zamawiającego – sygn. Akt KIO/KD 11/16)”.
Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 4g) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 9) w brzmieniu:

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt. 14 ppkt. 4g) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 9) w brzmieniu:

21. „Zobowiązać właściwych merytorycznie pracowników do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w szczególności:

(...)

- 9) W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są usługi prawnicze stosować przepisy ustawy. Od 28 lipca 2016 r. zgodnie z przepisami art. 4 pkt. 3 ea - ustawy nie stosuje się do usług prawnych polegających na:
- zastępstwie procesowym wykonywanym przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014 r. poz. 134, z 2015 r. poz. 1311 oraz z 2016 r. poz. 65), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,
 - doradztwie prawnym wykonywanym przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w tiret pierwsze, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,
 - notarialnym poświadczaniu i uwierzytelnianiu dokumentów,
 - świadczonych przez pełnomocników lub inne usługi prawne, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,
 - związanych z wykonywaniem władzy publicznej”.

Wnosząc zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 9) wystąpienia Burmistrz Miasta Luboń podała, że:

„Nie doszło do naruszenia art. 5 ust. 1 lit. b) ustawy prawo zamówień publicznych ponieważ zachodziły przesłanki dla zastosowania tego przepisu. Zastrzeżenie wynika z błędnej interpretacji tego przepisu. Treść umowy wyraźnie wskazuje, że jej przedmiotem umowy jest zastępstwo procesowe tak przed organami podatkowymi jak i sądami administracyjnymi (§ 1 umowy). Twierdzenie, że tak sformułowana umowa nie spełnia warunków określonych w art. 5 ust. 1 lit. b) ustawy prawo zamówień publicznych nie ma żadnego uzasadnienia. Nie można pominąć w toku oceny stanu faktycznego wyraźnego wskazania na kwestie zastępstwa procesowego jako części przedmiotu umowy.

Przytoczona jako argument uchwała KIO obarczona jest widocznym na pierwszy rzut oka błędem. Nie można też prześledzić wyводу KIO gdyż uzasadnienie odsyła do źródeł bez żadnych przypisów. Proponowana wykładnia pojęcia „zastępstwa procesowego”, zasada się na tym, że chodzi wyłącznie o sprawy w których zachodzi kontradiktoryjność (str. 11 uchwały KIO). Takie rozumienie przywołanego przepisu jest błędne bo;

- a) pojęcie „zastępstwa procesowego” nie zacieśnia w żaden sposób interpretacji art. 5 ust. 1 PZP gdyż człon „procesowe” odnosi się w sposób utrwalony do różnych sytuacji proceduralnych, nie tylko kontradiktoryjnych jak się sugeruje w uchwale. Przykładowo istnieją czynności procesowe w nieprocesie (postępowanie o ograniczonej lub wyłączonej kontradiktoryjności); choćby w kontekście art. 3 kpc. Ten podstawowy błąd implikuje błędne wnioski zawarte w uchwale.
- b) wyłącza stosowanie art. 5 ust. 1 lit. b) w sytuacjach w których chodziłoby o zastępstwo profesjonalisty w toku postępowania nieprocesowego (które z natury rzeczy posiada ograniczoną lub wyłączoną kontradiktoryjność jak np. sprawa o zabezpieczenie spadku z art. 635 kpc, która może być wszczynana z urzędu), zdaniem Miasta taka interpretacja jest nieuzasadniona. Nie jest znany powód dla którego ustawodawca chciałby wyłączyć postępowania niesporne z zakresu tego przepisu.
- c) nakazuje się odwoływać do pierwiastka kontradiktoryjności i być może do ustalania jego miary co nie znajduje żadnego oparcia w treści przepisu,
- d) nie uwzględnia treści 207 ustawy ordynacja podatkowa, który mówi o tym, że organ podatkowy „orzeka”. Skoro organ orzeka o prawach i obowiązkach zdecydowanie mamy do czynienia z „organem orzekającym”

z art. 5. Należałoby przedstawić silne argumenty przełamujące rezultat tej wykładni (językowej), nie odnotowano takich argumentów”.

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje:

Zgodnie z przepisami art. 5 ust. 1 b ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującymi w dacie prowadzenia postępowania (tj. do 28.07.2016 r.) - w przypadku zamówień, których przedmiotem były usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymagała tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosowano przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Kolegium Izby wskazuje, że katalog usług prawniczych należał do usług o charakterze niepriorytetowym. Zostały one wskazane w obowiązującym do 28.07.2016 r. 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 polegało na działaniu w ramach pełnomocnictwa do reprezentacji strony. W ustawie Pzp 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 zależało od faktycznych czynności, jakie będą dokonywane w ramach realizacji umowy. W praktyce Zamawiający stosował ten tryb, gdy opisywał 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.

Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki następowało przy całkowitym wyłączeniu konkurencji. Orzecznictwo sądowe i organów orzekających w sprawach zamówień publicznych głosiło 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 odnosiły się do wszystkich wskazanych w ustawie przesłanek umożliwiających odstępstwo od konkurencyjnego udzielenia zamówienia publicznego.

W konsekwencji przesłanki zastosowania art. 5 ust. 1b Pzp - zakres takich okoliczności usprawiedliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki - nie mogły być powoływane w sposób dowolny. Również i ten przepis stanowił wyjątek od zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym reguły stosowania podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, czyli przetargu nieograniczonego i ograniczonego, wyrażonej w art. 10 ust. 1 Pzp, jako zasada prymatu trybów przetargowych. Zasada ta podkreślona została w art. 10 ust. 2 Pzp, który wskazywał dodatkowo, że w pozostałych trybach przewidzianych w ustawie - w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki i trybie negocjacji bez ogłoszenia – zamawiający mógł udzielić zamówienia wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Według oceny Kolegium Izby z powołanych zasad

wynikało, że przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu z wolnej reki powinny być interpretowane w sposób ścisły.

Określenie „zastępstwo procesowe” jest pojęciem powszechnie przyjętym na gruncie nauki i praktyki prawa, a jego właściwe zrozumienie nie rodzi trudności. Pojęcie „proces” niezależnie od tego, czy postrzegamy je na gruncie procedury cywilnej, karnej, czy administracyjnej, oznacza postępowanie o charakterze spornym, kontradiktoryjnym, w którym strony zobowiązane są do przeprowadzenia postępowania dowodowego. Postępowanie takie jest prowadzone przed niezawisłym organem, zatem nie tylko przed sądem powszechnym, administracyjnym lub szczególnym, Trybunałem Konstytucyjnym lub Trybunałem Stanu, ale również przed organami orzekającymi w sprawach o charakterze spornym na podstawie procedur szczególnych. Organem orzekającym spełniającym te standardy jest np. Krajowa Izba Odwoławcza, gdy orzeka w postępowaniu odwoławczym w sprawach dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Organem takim są również np. izby morskie działające na podstawie ustawy z 1 grudnia 1961 o izbach morskich (Dz. U. z 2015 r., poz. 735). Nie ulega wątpliwości, że procedura przypisana organom podatkowym nie ma charakteru kontradiktoryjnego i nie może być uznane za postępowanie sporne 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 Pzp mógł zatem znaleźć zastosowanie w przypadku udzielania zamówienia publicznego, którego przedmiotem było zastępstwo przed sądem administracyjnym w razie wniesienia skargi do tego sądu od decyzji organu podatkowego II instancji lub doradztwo prawne w zakresie tego zastępstwa. W takim bowiem przypadku będziemy mieli do czynienia z postępowaniem procesowym, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe lub bezpośrednio związane z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

Tym samym w sytuacji, gdy zamówienie, którego przedmiotem, zgodnie z treścią zawartej w dniu 29 sierpnia 2013 r. umowy na „Pomoc prawną w zakresie rozliczeń podatku VAT” było występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym w przedmiocie zwrotu podatku VAT oraz doradztwo prawne w tym zakresie nie mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b Pzp, bez stosowania przepisów ustawy określających przesłanki zastosowania tego trybu.

Zasadnicze znaczenie dla wykładni przepisu art. 5 ust. 1b Pzp w stanie prawnym obowiązującym do 28.07.2016 r. miało pojęcie zastępstwa procesowego, które na gruncie ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1822) dalej zwanej Kpc, występowało w przepisie art. 87¹ Kpc, dotyczącym zastępstwa stron przez adwokatów lub radców prawnych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. Z kolei § 3 tego artykułu odnosił się do zastępstwa procesowego Skarbu Państwa wykonywanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Poza tym, proces cywilny stanowił zasadniczy tryb postępowania rozpoznawczego, gdyż w Kpc przyjęto regulę, iż sprawy cywilne sąd rozpoznaje w procesie, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ponadto Kpc posługiwało 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 2016 r. poz. 1749, z późn. zm.), dalej zwana dalej Kpk, posługiwała 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 2002r. - 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 sądowno-administracyjnych, jak i pojęciem pełnomocnictwa procesowego.

Zgodnie z ustawą z dnia 8 lipca 2005r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U. z 2016r., poz. 1313 ze zm.) 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.

Zarówno w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm.), jak i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2017r., poz. 201) 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.

Rozumienie pojęcia zastępstwa procesowego determinowało sposób wykładni zawartego w art. 5 ust. 1b Pzp terminu „organów orzekających”, gdyż pod pojęciem organów orzekających na gruncie tego przepisu rozumiano tylko takie organy, w stosunku do których może mieć zastosowanie instytucja zastępstwa procesowego, a więc organy orzekające o charakterze quasi – sądowym (np. Krajowa Izba Odwoławcza). Organami orzekającymi na gruncie przepisu art. 5 ust. 1b Pzp nie były 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 ww. regulacje Kolegium Izby stwierdza, że w stanie prawnym obowiązującym do 28.07.2016 r. występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym nie stanowiło wykonywania zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi, a tym bardziej przed sądami lub trybunałami, o którym mowa była w przepisie art. 5 ust. 1b Pzp, a Zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego zamówienia według oceny Kolegium Izby naruszył treść art. 5 ust. 1b Pzp (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).

Zarówno doktryna jak i orzecznictwo stały na stanowisku, iż nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, w przypadku, gdy m.in. przedmiotem zamówienia są usługi

prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi.

Kolegium Izby wskazuje, iż przy formułowaniu wniosku pokontrolnego Nr 21 ppkt. 9) zastosowane zostały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) obowiązujące w dacie kierowania wystąpienia pokontrolnego do jednostki kontrolowanej, nakazujące Zamawiającemu co do zasady stosowanie przepisów ustawy w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są usługi prawnicze. Od 28 lipca 2016 r. zgodnie z przepisami art. 4 pkt. 3 ea - ustawy Pzp nie stosuje się do usług prawnych polegających na:

- zastępstwie procesowym wykonywanym przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014 r. poz. 134, z 2015 r. poz. 1311 oraz z 2016 r. poz. 65), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,
- doradztwie prawnym wykonywanym przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w tiret pierwsze, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,
- notarialnym poświadczaniu i uwierzytelnianiu dokumentów,
- świadczonych przez pełnomocników lub inne usługi prawne, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,
- związanych z wykonywaniem władzy publicznej.

Z powyższych względów zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie, a sformułowany na podstawie opisu nieprawidłowości w 14 ppkt. 4g) wystąpienia, wniosek pokontrolny Nr 21 ppkt. 9) jest zasadny i podstawa prawna użyta przy jego formułowaniu była prawidłowa.

Uwzględniając powyższe postanowiono jak w sentencji.

Na niniejszą uchwałę nie przysługuje skarga do Sądu Administracyjnego



Przewodnicząca Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
wrocław
Cezaryna Wróblewska