

Sygn. akt KIO/KD 7/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 marca 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 26 lutego 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Gminę Miejską Pruszcz Gdański

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 lutego 2018 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Magdalena Rams
Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Gminy Miejskiej Pruszcz Gdański do informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 lutego 2018 roku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od dnia 30 czerwca 2017 roku do dnia 19 lutego 2018 roku prowadził wszczętą z urzędu kontrolę doraźną, postępowania prowadzonego przez zamawiającego - **Gminę Miejską Pruszcz Gdański** zamówienia publicznego pn. **„Świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym”**. Postępowanie prowadzone było w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.).

W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP) wskazał na następujące naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych: w wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, stwierdzono naruszenie przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp¹ w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nieuprawnione zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji braku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

W zakresie powyższego naruszenia ustawy Pzp, które jest kwestionowane w zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeniach, Prezes UZP w toku kontroli ustalił, co następuje: w dniu 22.04.2015 r. Zamawiający zawarł z wykonawcą D. mowę nr ZP.272.2.2015 na świadczenie usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa procesowego, w postępowaniach o zwrot podatku od towaru i usług (VAT) oraz w innych powiązanych z nim postępowaniach, jak również doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego związanego z powyższymi postępowaniami. Szczegółowy wykaz spraw w zakresie których wykonawca miał świadczyć usługi zastępstwa procesowego został wskazany w załączniku nr 1 do przedmiotowej umowy, tj.:

1. Wydatki na pływalnię przy ZS nr 4;
2. Wydatki na targowisko;
3. Wydatki na obiekty sportowo — rekreacyjne. Teren rekreacyjno — wypoczynkowy — sportowy w rejonie ulic Paderewskiego/Wyspiańskiego;
4. Wydatki na Park Krainy Polodowcowej;

¹ tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.

5. Wydatki na rekonstrukcję Międzynarodowego Szlaku Bursztynowego i Terenu Międzynarodowego Bałtyckiego parku Kulturowego;
6. Wydatki na Budynek CKiS;
7. Wydatki ogólne o charakterze „mieszanym”, w szczególności wydatki bieżące Gminy i wydatki inwestycyjne na Urząd Gminy.

W wyjaśnieniach udzielonych w piśmie z dnia 13.10.2016 r. Zamawiający wskazał, iż wszystkie czynności wykonawcy obejmowały zasadniczo: pełną ocenę stanu faktycznego, analizę potencjalnych roszczeń procesowych (w tym w szczególności: prawidłowości postępowania zamawiającego, w świetle obowiązujących przepisów, praktyki organów administracyjnych i podatkowych w odniesieniu do danego typu wydatków, orzecznictwa - jego zmian, zasadniczych przesłanek oraz wpływu na działania organów), poinformowanie zamawiającego o dokonanej ocenie ryzyka procesowego - w tym określenia orientacyjnych szans powodzenia danego postępowania - zgodnie z zasadami Kodeksu Etyki danego zawodu, podjęcie czynności zmierzających do wszczęcia odpowiednich postępowań, prowadzenie spraw zamawiającego do ich prawomocnego zakończenia.

W zakresie szczegółowego zakresu czynności w ramach poszczególnych zagadnień, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, dokonano przeglądu możliwych do podniesienia roszczeń w zakresie VAT poprzez przeprowadzenie rozmów z pracownikami Urzędu oraz dokonano analizy dokumentów w siedzibie Urzędu Miasta, sporządzono raport zawierający ocenę zasadności roszczeń Gminy z zakres podatku VAT oraz podjęto decyzję o zleceniu D. prac polegających na zastępstwie procesowym oraz doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach i innych czynnościach procesowych w celu odzyskania podatku VAT związanego z ww. wydatkami.

Zamawiający podzielił sprawy na następujące kategorie, tj.:

- 1) Sprawy, które zakończyły się sporem przed sądem administracyjnym (targowisko, obiekty sportowo-rekreacyjne).
- 2) Sprawy, w których ocena wskazywała na duże ryzyko postępowania przed sądem administracyjnym wobec negatywnej praktyki organów podatkowych, ale nie doszło do postępowania przed WSA (Pływalnia przy Zespole Szkół nr 4, Park Krainy Polodowcowej).
- 3) Sprawy, w których ocena wskazywała na negatywną praktykę organów podatkowych i orzecznictwa, w wyniku czego zrezygnowano z dochodzenia roszczeń przez Zamawiającego (wydatki mieszane, Międzynarodowy Szlak Bursztynowy i Teren

Międzynarodowego Bałtyckiego Parku Kulturowego, Budynek Centrum Kultury i Sportu).

Stosownie do postanowień art. 5 ust. 1b ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Z powyższego należy zatem wywieść, że przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie np. w przypadku udzielania zamówienia publicznego, którego przedmiotem będzie zastępstwo przed sądem administracyjnym w razie wniesienia skargi do tego sądu od decyzji organu podatkowego II instancji lub doradztwo prawne w zakresie tego zastępstwa. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z postępowaniem procesowym, tj. postępowaniem, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe oraz wykonywanie zastępstwa procesowego.

W toku kontroli stwierdzono, że do zastępstwa procesowego w niniejszej sprawie doszło wyłącznie w związku ze złożonymi przez pełnomocnika zamawiającego wnioskami o udzielenie interpretacji indywidualnej w zakresie wydatków na targowisko i obiekty sportowo-rekreacyjne. Zamawiający złożył skargi do WSA w Gdańsku na ww. interpretację, zaskarżając ją w całości.

Zamawiający nie wykazał by udzielone zamówienie polegało na świadczeniu usług zastępstwa procesowego związanego z odzyskaniem podatku VAT w związku z pozostałymi wydatkami. W dacie udzielenia zamówienia nie zawisły bowiem przed sądem administracyjnym sprawy związane z odzyskaniem podatku, a do sytuacji takiej mogło ewentualnie dojść w wyniku świadczenia usługi doradczej przez wykonawcę. Okoliczność ta miała jednak w dacie udzielenia zamówienia charakter czysto potencjalny, bowiem kwestionowany podatek mógł zostać zwrócony na etapie postępowania podatkowego. Zamawiający winien był zatem wybrać wykonawcę usługi doradztwa w trybie konkurencyjnym, a dopiero na etapie zawisłości sprawy przed sądem administracyjnym był uprawniony do skorzystania z trybu wskazanego w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

W wyniku kontroli stwierdzono, że czynności Wykonawcy świadczone na podstawie kontrolowanej Umowy miały charakter mieszany. Przenosząc powyższe rozważania na grunt sprawy uznano, iż podstawy do zastosowania art. 5 ust. 1b ustawy Pzp zaistniały tylko w zakresie postępowania sądoadministracyjnego wywołanego skargą na indywidualną

interpretację podatkową. Pozostałe, wykonane w ramach Umowy czynności stanowiące główny przedmiot udzielonego zamówienia miały charakter doradczy lub postępowań przed organem podatkowym. Z uwagi na niezastnienie w ww. sprawach zastępstwa procesowego, przedmiotowe zamówienie nie mogło zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie dyspozycji art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, bez stosowania przepisów ustawy określających przesłanki zastosowania tego trybu.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej stwierdzono również, że stanie prawnym, obowiązującym w chwili udzielania przedmiotowego zamówienia, nie istniały żadne przeszkody natury prawnej, aby zamówienie w zakresie odzyskiwania wydatkowanych kwot VAT (bezsporne) zostało udzielone zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp z zachowaniem zasady prymatu trybów przetargowych (konkurencyjnych), zaś zamówienie obejmujące odzyskiwanie podatku VAT objętego sporem przed WSA, a w dalszej kolejności przed NSA, zgodnie z art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, bez konieczności stosowania przesłanek ich wyboru. Zamawiający winien wybrać wykonawcę usługi objętej przedmiotem kontrolowanego zamówienia w trybie konkurencyjnym, a dopiero w przypadku zawisłości sprawy przed sądem administracyjnym był uprawniony do skorzystania z trybu wskazanego w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wobec braku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp dokonane zostało z naruszeniem ww. przepisu.

Pismem z dnia 26 lutego 2018 roku zamawiający - Gmina Miejska Pruszcz Gdański, na podstawie art. 167 ust.1 ustawy Pzp, wniósł umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, nie zgadzając się z zarzutem naruszenia art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp oraz wnosząc o uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń i zmianę wyniku kontroli poprzez stwierdzenie braku naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz.2164 z późn. zm.)

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach (pismo z dnia 26 lutego 2018 r.) podniósł, że w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Po pierwsze, w przedmiotowych zastrzeżeniach Zamawiający wskazał, że „(...) *wystąpienie w imieniu mocodawcy z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego i zawarcie w tym wniosku analizy prawnej stanu faktycznego lub stanu przyszłego jest początkiem postępowania o szczególnych cechach, odróżniających to postępowanie od postępowania podatkowego w rozumieniu art. 165 Ordynacji podatkowej. W praktyce rozpoczynając to postępowanie, pełnomocnik nie może ze stuprocentową*

pewnością przewidzieć, czy postępowanie to zakończy się wydaniem pozytywnej dla mocodawcy interpretacji indywidualnej, czy też będzie kontynuowane przed sądami administracyjnymi, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie”.

Ponadto w ocenie Zamawiającego specyfika postępowania podatkowego, stanowiącego przedmiot czynności zleconych w ramach niniejszego postępowania, wynikała z faktu, iż organy administracyjne prowadzące ten rodzaj postępowania są jednocześnie przedstawicielami jednej ze stron tego postępowania, tj. wierzyciela - Skarbu Państwa. Zamawiający wskazał, iż postępowanie podatkowe jest odmianą postępowania administracyjnego, to zaś ze względu na specyfikę jednej ze stron tego postępowania, posługuje się odmienną nomenklaturą uwzględniającą odejście od jego kontradiktoryjnego charakteru. Opierając się na powyższych twierdzeniach Zamawiający podniósł, iż istota sporu sprowadza się w przedmiotowej sprawie do zasadniczej różnicy w identyfikacji znaczenia pojęć „zastępstwa procesowego” oraz „organu orzekającego” wyrażonych w treści hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia zamówienia.

Zamawiający w treści zastrzeżeń podał w wątpliwość trafność stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej „KIO” lub „Izbą”, wyrażonego w uchwale z dnia 6 lutego 2016 r. (sygn. akt: KJO/KD 11/16), a przywołanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 lutego 2018 r.* W ocenie Zamawiającego pojęcie „zastępstwa procesowego” błędnie zostało sprowadzone do rozumienia zastępstwa w procesie przed sądami, trybunałami oraz organami orzekającymi w sprawach spornych na podstawie ustaw szczególnych, nie wskazując jednocześnie definicji pojęcia „organy orzekające”, stawiając jednak warunek kontradiktoryjności postępowania. Zamawiający podkreślił w zastrzeżeniach, iż „(..) organ administracji publicznej drugiej instancji, i analogicznie organ podatkowy (...) orzeka w formie decyzji - jest on więc organem orzekającym i ze względu na wskazaną wyżej odrębność tego postępowania jego orzeczenie przybiera inną od wyroku formę. Jeżeli zatem mamy do czynienia z organem orzekającym to występuje w tym zakresie forma procesu (nazwana postępowaniem administracyjnym lub postępowaniem podatkowym), w ramach którego mamy też do czynienia z instytucją zastępstwa procesowego. Sama bowiem odrębność procedury podatkowej nie stanowi o braku możliwości istnienia w ramach niej zastępstwa procesowego i pełnomocników procesowych”

W dalszej części zastrzeżeń zamawiający stwierdził, że w odniesieniu do użytego w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, pojęcia „zastępstwa procesowego” ustawa Pzp, nie odsyła do przepisów kodeksu postępowania cywilnego, karnego czy administracyjnego. W ocenie zamawiającego „(..) wskazać należy, że szereg aktów prawnych, w tym m.in. ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, wprowadza rozróżnienie pomiędzy zastępstwem prawnym, zastępstwem procesowym i zastępstwem sądowym. Mając na względzie zasadę

racjonalnego prawodawcy, pojęcia te nie mogą być stosowane zamiennie, a w konsekwencji ich zakres będzie więc różny (...)

W dalszej części zastrzeżeń zamawiający wskazał, że w jego opinii „(...) sytuacja, w której jeden doradca prawny reprezentuje stronę w postępowaniu podatkowym, a kolejny doradca prawny w postępowaniu sądowym (...)”, nie zabezpiecza interesów prawnych Zamawiającego. Zamawiający odnosząc się do znaczenia pojęcia doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego, podniósł, iż „Z racji braku definicji legalnej tego pojęcia należy odwołać się do znaczeń semantycznych języka potocznego. I tak, doradztwo prawne w zakresie zastępstwa procesowego będzie obejmować: zebranie oraz selekcję materiałów i ocenę stanu faktycznego, analizę przepisów, ocenę możliwych do podniesienia roszczeń procesowych, estymację możliwych efektów prowadzenia danego postępowania, przygotowanie strategii procesowej, sporządzenie szkiców pism procesowych, prowadzenie symulacji postępowania oraz różnorodne działania w toku postępowania - jak wsparcie merytoryczne, czy ocena zasadności kontynuowania sporu”. Ponadto w ocenie Zamawiającego „(...) należy wskazać, że doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego nie musi się wiązać nawet z wystąpieniem formalnego sporu. Na pełnomocnikach profesjonalnych spoczywa bowiem obowiązek poinformowania mocodawcy o niskim prawdopodobieństwie pozytywnego zakończenia danego postępowania. Sytuację taką normują przede wszystkim przepisy Kodeksu Etyki danej korporacji (...)”. Opierając się na powyższych twierdzeniach Zamawiający skonstruował, że „Mając na uwadze czynności podejmowane przez Wykonawcę, należy wskazać, że mieszczą się one w zakresie wskazanego powyżej katalogu czynności doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego. Odnosiły się one bowiem przede wszystkim do oceny procesowej roszczeń Zamawiającego z punktu widzenia planowanych działań, tj. w szczególności wszczęcia postępowania o wydanie interpretacji indywidualnej oraz potencjalnego kontynuowania sporu przed sądami administracyjnymi”.

Zamawiający wskazał nadto, że „(...) art. 10 ustawy o radcach prawnych stanowi, iż Zamawiający ma ustawowy obowiązek zapewnić udział radcy prawnego w postępowaniu przed Sądem Najwyższym, Naczelny Sąd Administracyjny oraz przed naczelnym lub centralnym organem administracji państwowej przed sądem wojewódzkim, przed sądem apelacyjnym, przed wojewódzkim sądem administracyjnym oraz przed organem drugiej instancji w postępowaniu administracyjnym. Powyższe oznacza, iż radca prawny, jako profesjonalny pełnomocnik procesowy, przez ustawodawcę został zakwalifikowany, jako pełnomocnik w postępowaniu administracyjnym przed organem drugiej instancji, gdy stroną tego postępowania jest jednostka organizacyjna i nałożył na tą ostatnią obowiązek jego zapewnienia.” Zamawiający przywołał orzecznictwo NSA i WSA, które jego zdaniem dotyczą „(...) roli pełnomocnika procesowego w postępowaniu administracyjnym, i jego odmianie jakim jest postępowanie podatkowe, oraz konsekwencjach ustanowienia pełnomocnika

procesowego, jak również o konsekwencjach pominięcia przez organ takiego pełnomocnika. Argumenty te przemawiają za uznaniem, iż postępowanie podatkowe jest odmianą procesu, w ramach którego występuje instytucja zastępstwa procesowego przed stosownymi organami orzekającymi”.

W ocenie zamawiającego, mając na uwadze powyższe, należało uznać, iż zakres analizowanego postępowania obejmował usługi zastępstwa przed sądami administracyjnymi w sprawach dot. podatku od towarów i usług, co wprost wynikało z opisu przedmiotu kontrolowanego zamówienia oraz z wyjaśnień szeroko przedstawianych przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego.

Co za tym idzie zamawiający uznał za zasadne skorzystanie z trybu uregulowanego w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia, w dacie jego udzielenia, bowiem w ocenie zamawiającego tylko prawidłowe przeprowadzenie postępowania przed organami podatkowymi było gwarancją uzyskania pozytywnego dla podatnika rozstrzygnięcia na etapie postępowania sądowno-administracyjnego.

Po drugie, zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach wskazał, że przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie nie tylko samodzielnie analizował obowiązujący stan prawny, ale także wspierał się aktualnymi poglądami organów kontroli w analogicznych sprawach. Zamawiający powołał się na stanowisko Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu, wyrażone w uchwale nr 86/2014 z dnia 8 października 2014 r., w którym stwierdzono, że *„(...) wobec braku w obowiązujących przepisach dookreślenia pojęć „zastępstwo procesowe” i „organ orzekający” (...), należy przyjąć, że będąca przedmiotem kwestionowanego zamówienia usługa prawnicza miała charakter zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi oraz obejmowała doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego. Tym samym w przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, określone w art. 5 ust. 1b Pzp”.* Opierając się na powyższych twierdzeniach Zamawiający skonkludował, iż powyższe stanowisko przyjął jako swoje zastrzeżenie. Zamawiający argumentował, iż *„Jakkolwiek stanowisko to nie wywiera skutków prawnych poza ramami postępowania, w którym zapadło, jednakże stanowi ważną wskazówkę interpretacyjną dla wszystkich podmiotów prawa, w tym innych organów kontroli. Brak związania prawnego tych organów tą wskazówką tego ustalenia nie niweczy”.*

Ponadto, zamawiającego podniósł, iż przedmiotowe zastrzeżenia *„(...) znajdują wzmocnienie w aktualnych judykatach”*, powołując się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO/KD 44/16 z dnia 12 lipca 2016 r., w której w ocenie zamawiającego, Izba podzieliła analogiczne zastrzeżenia do zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego. Dodatkowo, jako wspierającą przedstawioną przez siebie argumentację Zamawiający wskazał na uchwałę XXV.187.2016 Kolegium RIO w Szczecinie z dnia 26 października 2016 r.

Następnie we wniesionych zastrzeżeniach, zamawiający podniósł, że już na etapie przygotowywania niniejszego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki analizował obowiązujący i przyszły stan prawny istotny dla oceny trybu udzielenia przedmiotowego zamówienia. Zamawiający argumentował, iż *„Ocena stanu faktycznego musi brać pod uwagę, że w momencie zawierania umowy pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą, tekst dyrektywy z dnia 26 lutego 2014 r. był już opublikowany i trwały prace nad jej implementacją do polskiego porządku prawnego. Nowa dyrektywa co prawda uchyliła dyrektywę 2004/18/WE z dniem 18 kwietnia 2016 r. (Artykuł 91), a obowiązek implementacji powstał również dopiero w tym dniu (Artykuł 90 ust. 1), natomiast uzasadnienie prawne i faktyczne zmiany przepisów dotyczących zamówień bezpośrednio wpływało na interpretację obowiązków Zamawiających w odniesieniu do usług prawnych, Planowany czas trwania umowy rozciągał się bowiem głównie na okres obowiązywania nowych przepisów. Okoliczność ta nakazywała prowsólnotową interpretację obowiązujących przepisów ustawy Pzp, w duchu ww. przepisów dyrektywy. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż przepisy te dotyczą postępowania przed organami publicznymi, a takimi niewątpliwie pozostają organy właściwe w sprawach podatkowych”*. Jednocześnie Zamawiający przytoczył treść komunikatu zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 18 kwietnia 2016 r. dotyczącego obowiązywania dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r., tj. *„do postępowań (o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych od dnia 18 kwietnia 2016 r.) o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów, w których wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych, mają zastosowanie przepisy obowiązującej ustawy Pzp z uwzględnieniem zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw.”* W konkluzji Zamawiający podkreślił, iż *„W niniejszej sprawie stanowisko Prezesa UZP nie pozostaje zaś zgodne z przedmiotowym komunikatem UZP”*.

Po trzecie, we wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający wskazał, iż *„(...) w dniu 26 marca 2015 r. przesłał do publikacji w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie nr 2015/S 063-11503 o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Jednocześnie, na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, w przepisany terminie 3 dni, Zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, celem umożliwienia przeprowadzenia kontroli planowanego zamówienia. Prezes UZP nie skorzystał z przysługującego mu prawa kontroli ex ante. Zamiast tego, w czerwcu 2016 r. wszczął postępowanie sprawdzające w sprawie udzielonego zamówienia, a następnie kontrolę doraźną, która zakończyła się zakwestionowanym przez Zamawiającego wynikiem”*.

Po czwarte, Zamawiający w przedmiotowych zastrzeżeniach podniósł, iż *„(...) przeprowadzona przez Prezesa UZP doraźna kontrola ex post nie dotyczyła udzielenia zamówienia, ale w istocie dotyczyła wykonywania zamówienia, czemu ostatecznie sprzeciwił*

się Zamawiający w swoim piśmie z dnia 16 marca 2017 r. i co zaowocowało wszczęciem kontroli. Tymczasem, Prezes UZP nie posiada legitymacji do kontroli wykonywania zamówienia (...)"

W konsekwencji, zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP wyrażającym się w przyjęciu, że przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp mógł zostać zastosowany w niniejszej sprawie tylko w odniesieniu do postępowań prowadzonych przed sądami administracyjnymi.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego i pismem z 13 marca 2018 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko kontrolującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 5 ust. 1b ustawy Pzp², w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nieuprawnione zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji braku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp.

Izba za własną przyjęła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego, uznając ją za kompleksową i wyczerpującą, a w konsekwencji nie widząc potrzeby jej powielania.

Izba w całości podziela stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 6 lutego 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 11/16), w uchwale z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 78/16), w uchwale KIO z dnia 1 września 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 54/17).

W ocenie Izby, występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym (przed Urzędem Skarbowym czy Izbą Skarbową) nie stanowi wykonywania zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi, a tym bardziej przed sądami lub trybunałami, o którym jest mowa w przywołanym przepisie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp. Tym samym, w sytuacji gdy zamówienie, którego przedmiotem zgodnie z treścią zawartej w dniu 22 kwietnia 2015 r. Umowy, było głównie występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym w przedmiocie zwrotu podatku VAT, sporządzanie analiz oraz doradztwo prawne w tym

² tekst jedn.: Dz.U.z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.

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

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, stwierdzającego, iż doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego nie musi wiązać się z wystąpieniem formalnego sporu i polegać może na wydaniu opinii prawnej, Izba podziela stanowisko wyrażone przez Prezesa UZP, „*że opinie prawne wydawane m.in. przez radców prawnych mają na celu m.in. wyjaśnienie problemów prawnych i przedstawienie propozycji rozwiązań. Nie stanowią one natomiast żadnej formy zastępstwa procesowego*”.

W odniesieniu do uchwały Kolegium RIO we Wrocławiu i uchwały Kolegium RIO w Szczecinie, Izba wskazuje, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest organem właściwym w zakresie kontroli procesu udzielania zamówień publicznych, samodzielnie dokonuje oceny prawnej okoliczności faktycznych będących przedmiotem kontroli i nie jest związany postanowieniami innych organów. Ponadto, kontrola prowadzona przez Prezesa UZP jest dokonywana niezależnie od kontroli prowadzonej przez inne instytucje i organy w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

W ocenie Izby stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 lutego 2018 roku, zgodnie z którym przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w odniesieniu do części zamówienia publicznego, którego przedmiotem były usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi lub doradztwie prawnym w zakresie tego zastępstwa, natomiast nie może być stosowany w zakresie tej części zamówienia, której przedmiot stanowią usługi prawnicze polegające na występowaniu w charakterze pełnomocnika w postępowaniu podatkowym lub doradztwie prawnym w tym zakresie jest w pełni uzasadnione.

Czynności, do których podjęcia był zobowiązany wykonawca na podstawie analizowanej Umowy mają charakter mieszany. Podstawy do zastosowania art. 5 ust. 1b ustawy Pzp zaistniały jedynie w zakresie postępowania sądownoadministracyjnego wywołanego skargą na indywidualną interpretację podatkową w sprawie wydatków na targowisko oraz w sprawie wydatków na obiekty sportowo-rekreacyjne. Pozostałe, wykonane w ramach Umowy czynności stanowiące główny przedmiot udzielonego zamówienia miały charakter doradczy lub postępowań przed organem podatkowym. Zakres tych pozostałych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, z uwagi na niezastąpienie w nich zastępstwa procesowego, nie mógł być objęty dyspozycją art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....