

Warszawa, dnia 2016 r.

UZP/DKD/KND/10/16

### Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

**Zamawiający:** Gmina Żary  
ul. Rynek 1 - 5  
68-200 Żary

**Rodzaj zamówienia:** usługa

**Przedmiot zamówienia:** świadczenie usług doradztwa prawnego polegającego na zastępstwie procesowym oraz doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniu o zwrot nadpłaconego podatku od towarów i usług w obszarze optymalizacji podatkowej związanej z rozliczaniem VAT przez Zamawiającego

**Tryb postępowania:** zamówienie z wolnej ręki – art. 5 ust. 1b ustawy

**Wartość zamówienia:** wartość szacunkowa zamówienia nie została oszacowana, wynagrodzenie wykonawcy na dzień 1 kwietnia 2016 r. wyniosło 495 105,75 zł, co stanowi równowartość 123 172,89 euro

**Wszczęcie kontroli:** na wniosek

## **II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. W dniu 6 grudnia 2012 r. Zamawiający zawarł z wykonawcą ██████████ umowę na świadczenie usług doradztwa prawnego polegającego na zastępstwie procesowym oraz doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniu o zwrot nadpłaconego podatku od towarów i usług w obszarze optymalizacji podatkowej związanej z rozliczaniem VAT przez Zamawiającego. Świadczenie ww. usług doradztwa prawnego obejmowało analizę możliwości optymalizacji podatkowych w zakresie podatku VAT oraz zastępstwo procesowe w zakresie postępowania o zwrot nadpłaconego podatku VAT w działalności bieżącej oraz inwestycyjnej Zamawiającego. Zamówienia udzielono w oparciu o art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, w uzasadnieniu wskazując, iż *„w przypadku zamówień których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.”* Z dokumentacji postępowania i wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż usługa obejmowała występowanie w imieniu Zamawiającego z wnioskami o wydanie interpretacji indywidualnych przepisów prawa podatkowego, a także reprezentację Zamawiającego przed Izbą Skarbową i sądami administracyjnymi w sprawie dotyczącej skargi na interpretację indywidualną.

Jednocześnie, zgodnie z zapisami wynikającymi z umowy zawartej w sprawie przedmiotowego zamówienia (§1 pkt 3 umowy), świadczenie usług doradztwa prawnego obejmowało swym zakresem dwie fazy, tj. usługi prawnicze polegające na zastępstwie procesowym w zakresie postępowania o zwrot nadpłaconego podatku VAT, jak również doradztwo prawne w zakresie zastępstwa procesowego, mające charakter pomocniczy wobec podstawowej usługi prawniczej, obejmujące analizę zasadności podniesienia roszczeń w drodze oceny możliwości optymalizacji rozliczeń VAT – tzw. faza diagnostyczna. W ramach fazy diagnostycznej wykonawca zobowiązał się do zidentyfikowania najważniejszych w jego ocenie obszarów możliwej optymalizacji rozliczeń podatku VAT dokonywanych i osiągnięcia oszczędności podatkowych z tego tytułu, które następnie miały

być przedmiotem usług doradztwa prawnego polegającego na zastępstwie procesowym oraz doradztwie w zakresie tego zastępstwa. Zgodnie z § 2 pkt 3 umowy czynności w ramach fazy diagnostycznej kończyły się sporządzeniem raportu, który przedstawiał ocenę istniejącego stanu rozliczeń podatku VAT i rekomendacje umożliwiające podjęcie Zamawiającemu decyzji o wdrożeniu zaproponowanych rozwiązań. Ww. Raport obejmował w szczególności:

1. prezentacje najważniejszych w ocenie wykonawcy obszarów optymalizacji rozliczeń VAT dokonywanych przez Zamawiającego,
2. wstępne oszacowanie możliwej do odzyskania przez Zamawiającego kwoty podatku VAT,
3. oszacowanie prawdopodobieństwa skutecznej implementacji proponowanych rozwiązań optymalizacyjnych,
4. oszacowanie poziomu ryzyka kwestionowania przez organy podatkowe zaprezentowanych rozwiązań optymalizacyjnych,
5. rekomendacje oraz wskazanie praktycznych działań zmierzających do implementacji rozwiązań optymalizacyjnych,
6. rekomendacje oraz wskazanie praktycznych działań zmierzających do zminimalizowania ryzyka zakwestionowania przez organy podatkowe zaprezentowanych i zaimplementowanych rozwiązań optymalizacyjnych,
7. zakres wsparcia jakie wykonawca udzieli Zamawiającemu w implementacji rozwiązań optymalizacyjnych.

Z kolei, czynności w ramach fazy wdrożeniowej obejmowały działania zmierzające do zrealizowania oszczędności we wskazanych w Raporcie obszarach rozliczeń podatku VAT dokonywanych przez Zamawiającego. W umowie zastrzeżono, że zakres fazy wdrożeniowej będzie każdorazowo szczegółowo ustalany po sfinalizowaniu fazy diagnostycznej, jednakże w § 3 pkt 6 umowy wymieniono jakie działania wykonawcy będą w szczególności wchodziły w zakres fazy wdrożeniowej. Były to czynności takie jak:

1. przygotowanie wniosków o interpretację prawa podatkowego oraz reprezentowanie Zamawiającego w toku tych postępowań,
2. wsparcie w postępowaniach nakierowanych na odzyskanie podatku VAT oraz w trakcie innych postępowań przed organami podatkowymi (w tym m.in. przed Naczelnikiem Urzędu Skarbowego, Dyrektorem Izby Skarbowej, Dyrektorem Urzędu

Kontroli Skarbowej) i sądami administracyjnymi wynikłymi bezpośrednio wskutek zastosowania się do rekomendacji wykonawcy - przy czym zaznaczono, że asysta w tym zakresie będzie ograniczona do postępowań rozpoczętych w okresie przed upływem 2 lat od momentu wystawienia ostatniej faktury dokumentującej usługi wykonawcy wykonane w ramach tej fazy,

3. wykonanie czynności dodatkowych, pomocniczych w stosunku do czynności wskazanych powyżej, w tym weryfikacja przygotowanych przez Zamawiającego korekt rozliczeń VAT oraz bieżącego rozliczenia VAT, a także dokonanie szczegółowej analizy w zakresie podatku VAT proponowanych rozwiązań optymalizacyjnych w obszarze działalności inwestycyjnej Zamawiającego.

Jednocześnie wykonawca wprowadził do umowy zapis zakładający realizację części działań związanych z realizacją fazy wdrożeniowej przez pracowników Zamawiającego, tj. przygotowywanie korekt rozliczeń VAT za okresy przeszłe lub przygotowanie bieżących deklaracji VAT, czy analizę wszystkich materiałów źródłowych mogących mieć wpływ na zakres i poprawność korekty rozliczeń VAT lub przygotowanie bieżącej deklaracji VAT.

W kwestii wynagrodzenia za fazę diagnostyczną wykonawca oświadczył, że nie będzie pobierał odrębnego wynagrodzenia. Z kolei w przypadku fazy wdrożeniowej, wynagrodzenie wykonawcy zależne było od efektu pracy wykonawcy i określono je jako procentową część kwoty podatku VAT odzyskanego przez Zamawiającego (tzw. wynagrodzenie za sukces). Wynagrodzenie za sukces wynosiło 13 % kwoty odzyskanego podatku VAT. Ponadto ustalono, że wykonawca otrzyma jednorazowe wynagrodzenie w wysokości 100 zł netto + VAT, niezależnie od tego czy będzie przysługiwało mu wynagrodzenie za sukces. Jednocześnie wskazać należy, iż na potrzeby niniejszej umowy przyjęto specyficzne znaczenie słów „odzyskany podatek VAT”. Pod tym pojęciem kryła się zarówno kwota podatku uzyskana w wyniku rekomendacji wykonawcy powodująca zmniejszenie przez Zamawiającego kwoty podatku VAT należnego, zwiększenie przez Zamawiającego kwoty podatku VAT należnego, jak również zmniejszenie kwot podatku VAT naliczonego, w stosunku do których Zamawiającemu nie przysługiwało prawo do odliczenia.

W wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu pełnomocnik Zamawiającego podtrzymał twierdzenie odnośnie zakresu usług, do których wykonawca [REDAKTOWANE] zobowiązała się na podstawie ww. umowy, tj. „[REDAKTOWANE] występowała w imieniu Miasta Żary z wnioskami o wydanie indywidualnych interpretacji prawa podatkowego, których treść sprowadzała się do możliwości odzyskania podatku VAT naliczonego oraz

*innych zagadnień związanych z dochodzeniem zwrotu podatku. W związku z faktem, iż część interpretacji podatkowych była niekorzystna dla Zamawiającego, ██████████, jako pełnomocnik Miasta Żary, podjęła również działania odwoławcze i prowadziła spór przed Izbą Skarbową oraz sądami administracyjnymi.”*

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż Gmina Żary w wyniku częściowego odliczenia podatku VAT od wydatków bieżących związanych ze sferą administracyjną otrzymała zwrot podatku w wysokości 252.057,00 zł oraz 2.844.289,00 zł. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił danych dotyczących kwot odzyskanych w wyniku postępowania sądownoadministracyjnego oraz kwot odzyskanych w trybie niespornym na etapie postępowania podatkowego. Przesłane dokumenty dotyczące 1 toczącej się przed sądem administracyjnym sprawy dotyczyły skargi na interpretację indywidualną.

W wyniku realizacji ww. zamówienia wykonawca otrzymał wynagrodzenie o łącznej wartości 495.105,75 zł.

Odnosząc się do przedstawionych okoliczności w pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki następuje przy całkowitym wyłączeniu konkurencji. Mając na uwadze orzecznictwo sądów i organów orzekających w sprawach zamówień publicznych, wskazać należy, iż wyjątkowość trybu z wolnej ręki nakazuje rygorystyczną, ścisłą wykładnię przesłanek warunkujących dopuszczalność zastosowania ww. trybu. Jednym z celów systemu zamówień publicznych jest bowiem racjonalne i efektywne dokonywanie zakupów w warunkach konkurencji. Postulaty te odnoszą się do wszystkich wskazanych w ustawie przesłanek umożliwiających odstępstwo od konkurencyjnego udzielania zamówienia publicznego, a więc również tych wskazanych w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp obowiązującym w dacie udzielania ww. zamówienia. Przy tej okazji należy podkreślić, że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. artykułu nie mogło być powoływane w sposób dowolny, gdyż przepis ten stanowił wyjątek od generalnej zasady wyrażonej w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, iż zamówienia publicznego udziela się w trybach przetargowych.

Odnosząc się do wskazanej podstawy prawnej udzielenia zamówienia należy wskazać, iż 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 stosowało się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zatem, zasadnicze znaczenie dla wykładni przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp miało pojęcie zastępstwa procesowego. Powyższy termin nie został zdefiniowany na gruncie prawa polskiego. Dla oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy zasadne jest przeanalizowanie kwestii zastępstwa procesowego na gruncie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawa op” i ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r., poz. 270, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą ppsa”, a to z uwagi na tryb, w jakim prowadzone są postępowania zmierzające do stwierdzenia nadpłaty w podatku VAT i do zwrotu tej nadpłaty.

W ustawie Ordynacja podatkowa, w Dziale IV Postępowanie podatkowe, brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych. Ustawa ta nie zawierała również regulacji dotyczących zastępstwa procesowego w dacie udzielenia zamówienia tj. na dzień 6 grudnia 2012 r. Zgodnie z art. 136 ustawy o.p. strona może działać przez pełnomocnika, chyba że charakter czynności wymaga jej osobistego działania. Ordynacja podatkowa nie definiuje pojęcia pełnomocnictwa procesowego i zastępstwa procesowego.

Z kolei zgodnie z art. 34 ustawy ppsa, strony i ich organy lub przedstawiciele ustawowi mogą działać przed sądem osobiście lub przez pełnomocników. Należy odróżnić sprawę prowadzoną i załatwianą przez organy administracji publicznej od sprawy sądownoadministracyjnej i nie można przyjmować, że postępowanie przed sądem administracyjnym stanowi kontynuację postępowania przed organami administracji publicznej, czy też jest jego kolejnym etapem.

Na gruncie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101, z późn. zm.), zwanej dalej „Kpc”, występuje w przepisie art. 87<sup>1</sup> Kpc, dotyczącym zastępstwa stron przez adwokatów lub radców prawnych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. § 3 przedmiotowego artykułu odnosi się do zastępstwa procesowego Skarbu Państwa wykonywanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Poza tym, proces cywilny stanowi zasadniczy tryb postępowania rozpoznawczego. W Kpc przyjęto regułę, iż sprawy cywilne sąd rozpoznaje w procesie, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ponadto Kpc posługuje się takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, pełnomocnictwo procesowe, czy zdolność procesowa, tj. zdolność do czynności procesowych. Dział V Kpc zatytułowany jest pełnomocnicy procesowi. Przepis art. 88 Kpc uważany jest tradycyjnie za źródło podziału pełnomocnictwa na procesowe oraz do niektórych (poszczególnych) czynności procesowych.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.) zwanej dalej „Kpk”, posługuje się m in. takimi pojęciami jak czynności procesowe, pisma procesowe, organy procesowe, przedstawiciele procesowi stron, czy też koszty procesu. Na gruncie Kpk przedstawicielami procesowymi stron są obrońcy i pełnomocnicy. Pojęcia proces karny używa się w rozumieniu postępowania karnego.

Zgodnie z ustawą z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 1150) 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.

W ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267, z późn. zm.), również brak jest regulacji w zakresie zastępstwa procesowego, pełnomocnictwa procesowego czy czynności procesowych.

Analiza podstawowych aktów prawnych regulujących prawo proceduralne pozwala zatem na przyjęcie, iż pod pojęciem zastępstwa procesowego należy rozumieć występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu sądowym. Takie rozumienie pojęcia zastępstwa procesowego jednocześnie determinowało sposób wykładni zawartego w dalszej części przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp terminu „organów orzekających”. W związku z tym pod pojęciem organów orzekających na gruncie tego przepisu należy rozumieć tylko takie organy, w stosunku do których mogła mieć zastosowanie instytucja zastępstwa procesowego, a więc organy orzekające o charakterze quasi – sądowym (np. Krajowa Izba Odwoławcza). Organami orzekającymi na gruncie przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie 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 regulacje Ordynacji podatkowej, należy stwierdzić, iż występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym nie stanowi wykonywania zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi, a tym bardziej przed sądami lub trybunałami, o którym była mowa w przepisie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp. Tym samym, w sytuacji gdy zamówienie, którego przedmiotem zgodnie z treścią zawartej w dniu 6 grudnia 2012 r. umowy, było występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym w przedmiocie zwrotu podatku VAT, sporządzanie analiz oraz doradztwo prawne w tym zakresie nie mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki bez stosowania przepisów ustawy Pzp określających przesłanki zastosowania tego trybu.

Przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp mógł natomiast znaleźć zastosowanie w przypadku udzielania zamówienia, którego przedmiotem byłoby zastępstwo przed sądami administracyjnymi w razie wniesienia skargi do tego sądu od decyzji organu podatkowego II instancji, skargi w przedmiocie indywidualnej interpretacji podatkowej lub doradztwa prawnego w zakresie tego zastępstwa. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z postępowaniem sądowym, tj. postępowaniem, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe, a zatem z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

Przyjęcie odmiennego założenia, tj. że postępowanie podatkowe, w szczególności na etapie pierwszej instancji jest odmianą procesu, a co za tym idzie organ podatkowy, jest w takim wypadku organem orzekającym, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi do rozszerzenia wykładni literalnej przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp. Tymczasem, Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 6 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO/KD 11/16) w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej, w podobnym stanie faktycznym oraz prawnym, przypomniała, że *„udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki następuje przy całkowitym wyłączeniu konkurencji, orzecznictwo wszystkich sądów i organów orzekających w sprawach zamówień publicznych głosi jednolity pogląd, że wyjątkowość trybu zamówienia 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”*.

Zgodnie z opinią Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w ww. uchwale, postulaty te odnoszą się do wszystkich wskazanych w ustawie przesłanek umożliwiających odstępstwo od konkurencyjnego udzielenia zamówienia publicznego, a nie tylko do tych, gdy przepisy w sposób konkretny przewidują możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji przesłanki zastosowania art. 5 ust. 1b ustawy Pzp - zakres takich okoliczności usprawiedliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki - nie mógł być powoływany w sposób dowolny, co podkreśla art. 10 ust. 2 ustawy Pzp. Z powołanych zasad wynika bowiem, że przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16 16/01).

Realizując powyższą regułę interpretacyjną, nie sposób przyjąć poglądu, że z zastępstwem procesowym mamy do czynienia zasadniczo w każdym przypadku, gdy organ władzy publicznej rozstrzygając władczo o prawach i obowiązkach obywatela wydaje decyzję administracyjną. Dostrzec bowiem należy, że określenie „zastępstwo procesowe”



jest pojęciem powszechnie przyjętym na gruncie nauki i praktyki prawa, a jego właściwe zrozumienie nie rodzi trudności. Pojęcie „proces” niezależnie od tego, czy postrzegamy je na gruncie procedury cywilnej, karnej, czy administracyjnej, oznacza postępowanie o charakterze spornym, kontradyktoryjnym, w którym strony zobowiązane są do przeprowadzenia postępowania dowodowego. Postępowanie takie jest prowadzone przed niezawisłym organem, zatem nie tylko przed sądem powszechnym, administracyjnym lub szczególnym, Trybunałem Konstytucyjnym lub Trybunałem Stanu, ale również przed organami orzekającymi w sprawach o charakterze spornym na podstawie procedur szczególnych. Organem orzekającym spełniającym te standardy jest Krajowa Izba Odwoławcza, gdy orzeka w postępowaniu odwoławczym w sprawach dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Organem takim są również izby morskie działające na podstawie ustawy z 1 grudnia 1961 o izbach morskich (Dz. U. z 2015 r., poz. 735). Nie ulega wątpliwości, że procedura przypisana organom podatkowym nie ma charakteru kontradyktoryjnego i nie może być uznana za postępowanie sporne toczony 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 rozstrzygnięcia.

Reasumując powyższe wskazać należy, że przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp mógł mieć zastosowanie w odniesieniu do części zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi lub doradztwie prawnym w zakresie tego zastępstwa, natomiast nie mógł 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.

Zatem art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w sprawach dotyczących zwrotu podatku VAT mógł znaleźć zastosowanie dopiero na etapie wniesienia przez wykonawcę ██████████ skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim od decyzji organu podatkowego II instancji (tj. od odmownej decyzji Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 26 września 2013 r.). W takim bowiem

przypadku mielibyśmy do czynienia z postępowaniem sądowym, tj. postępowaniem, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe, a zatem z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

Z dokumentacji postępowania przedłożonej do analizy nie wynika by nadpłacony podatek VAT został odzyskany w wyniku postępowania sądownoadministracyjnego, a sam Zamawiający mimo wielokrotnych wezwań w tym zakresie uchylił się od wskazania kwot podatku odzyskanego w ten sposób i wysokości wypłaconego w jego następstwie wynagrodzenia wykonawcy. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika jedynie, iż kwoty te zostały odzyskane na różnych etapach postępowania. Zamawiający wskazał, iż z uwagi na strategię przyjętą przez [REDAKTOWANO] nie jest możliwe precyzyjne określenie na jakim etapie postępowania otrzymał zwrot nadwyżki podatku naliczonego nad należnym, bowiem zależy to od indywidualnego przypadku oraz wynika z zastosowania dwóch równoległych trybów mających na celu odzyskanie podatku VAT (pierwszy tryb tzw. „interpretacyjny” i drugi – tryb postępowania podatkowego). *„Oznacza to, że w praktyce co do zasady – zanim podjęty został tryb postępowania podatkowego – [REDAKTOWANO] jako pełnomocnik Miasta występowała do Ministra Finansów z wnioskami o indywidualne interpretacje prawa podatkowego. Część wniosków zakończyła się wydaniem negatywnych interpretacji prawa podatkowego i wymagała – po wyczerpaniu środków w toku postępowania administracyjnego – złożenia skarg do sądu administracyjnego, reprezentowania Miasta na rozprawie przed sądem administracyjnym, a następnie – po otrzymaniu korzystnego wyroku sądu administracyjnego – reprezentowanie Miasta przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, po złożeniu skarg kasacyjnych przez Ministra Finansów”*. W tym miejscu wskazać należy, iż z dokumentacji postępowania nadesłanej do Urzędu wynika, że Minister Finansów wydał 1 interpretację indywidualną o nr [REDAKTOWANO], w której stwierdził, iż stanowisko Gminy Żary dotyczące podatku od towarów i usług w zakresie wliczenia do proporcji obrotu z tytułu dostaw nieruchomości jest nieprawidłowe oraz 1 interpretację indywidualną o nr [REDAKTOWANO], w której stwierdził, iż stanowisko Gminy Żary dotyczące podatku od towarów i usług w zakresie dokonania korekty nieodliczonej wcześniej części podatku naliczonego w części dotyczącej pytania nr 1 jest nieprawidłowe. [REDAKTOWANO] zaskarżyła do WSA w Gorzowie Wielkopolskim jedynie pierwszą z ww. interpretacji.

A zatem, do zastępstwa procesowego w niniejszej sprawie doszło wyłącznie w związku ze złożonym przez pełnomocnika Zamawiającego wnioskiem o udzielenie

interpretacji indywidualnej – Zamawiający złożył skargę do WSA w Gorzowie Wielkopolskim na ww. interpretację, zaskarżając ją w całości.

Ponadto zauważyć należy, iż Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, że „strategia Kancelarii – co do zasady – zakładała podejmowanie dalszych działań dopiero po ostatecznym zakończeniu (w tym również po prawomocnym orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego) trybu tzw. „interpretacyjnego”. Oznacza to także, że występowały sytuacje, że po negatywnym orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego nie był w takim zakresie w ogóle inicjowany tryb postępowania podatkowego. Na marginesie należy również zwrócić uwagę, że ██████████ reprezentowała Miasto nie tylko w postępowaniach o zwrot nadwyżki podatku naliczonego nad należnym, ale również w toku postępowań podatkowych wszczynanych przez Miasto na podstawie przepisów Ordynacji podatkowej, a dotyczących nadpłaty podatku VAT za poszczególne okresy rozliczeniowe”.

Zamawiający nie wykazał zatem by udzielone zamówienie polegało na świadczeniu usług zastępstwa procesowego związanego z odzyskaniem podatku VAT. 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.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności faktyczne należy stwierdzić, że czynności Wykonawcy świadczone na podstawie kontrolowanej Umowy miały charakter mieszany. Przenosząc powyższe rozważania na grunt sprawy należy uznać, iż podstawy do zastosowania art. 5 ust. 1b ustawy Pzp zaistniały tylko w zakresie postępowania sądownoadministracyjnego wywołanego skargą na indywidualną interpretację podatkową. Pozostałe, wykonane w ramach Umowy czynności tj. postępowanie przed organem podatkowym, z uwagi na niezaistnienie w ww. sprawach zastępstwa procesowego, 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.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że udzielenie przez Zamawiającego ww. zamówienia w części obejmującej odzyskanie naliczonego podatku VAT zawartego

w wydatkach, od których można odliczyć podatek VAT bez sporów merytorycznych z organami podatkowymi przed sądem administracyjnym a poprzez składanie korekt deklaracji wraz ze stosownymi wnioskami, nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, co miało wpływy na wynik postępowania.

Należy stwierdzić w odniesieniu do powyższego, że w niniejszym 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, zgodnie z art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, bez stosowania przesłanek ich wyboru.

Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający stosując tryb z wolnej ręki do udzielenia przedmiotowego zamówienia w zakresie reprezentowania Zamawiającego przed organami podatkowymi w postępowaniu podatkowym naruszył treść art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

2. Z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający zaniechał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia przed jego wszczęciem.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż ustawodawca zastrzegł na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez Zamawiającego jego wartości. Sposób ustalania wartości szacunkowej zamówienia został określony w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez Zamawiającego z należytą starannością. Z kolei zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego przedmiotem są dostawy lub usługi. Z powyższego wynika, iż ustalenie wartości zamówienia jest czynnością poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Czynność oszacowania wartości zamówienia jest zatem podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, bowiem od ustalonej wartości

zamówienia zależy zakres obowiązków Zamawiającego przy udzieleniu zamówienia, a także wybór przepisów właściwych do zastosowania w danym postępowaniu.

Pełnomocnik Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego wskazał, iż Zamawiający nie dokonał szacowania wartości zamówienia, z uwagi na fakt, iż w momencie jego udzielania brak było instrumentów pozwalających na obliczenie skali wartości odzyskanego podatku VAT, a tym samym rozmiarów ewentualnego wynagrodzenia wykonawcy, które zgodnie z § 2 pkt 2 umowy zostało określone procentowo w stosunku do tej wartości.

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

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

3. Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu, tj. [REDAKTOWANE] – Burmistrz Miasta Żary oraz [REDAKTOWANE] – Naczelnik Wydziału Budżetowo – Księgowego, upoważniona do działania w imieniu Skarbnika Gminy, nie złożyły na druku ZP - 1 oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

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

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

4. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający nie udokumentował w należyty sposób przeprowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W dokumentacji postępowania brak jest m.in. zaproszenia do negocjacji przekazanego wykonawcy [REDAKTOWANE] oraz oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynika również, aby Zamawiający zwracał się do wykonawcy o ww. oświadczenie. Zamawiający trzykrotnie był wzywany o przesłanie całej dokumentacji przedmiotowego postępowania (w dniu 16 grudnia 2015 r., w dniu 16 marca 2016 r. oraz w dniu 14 czerwca 2016 r.). W wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2016 r. pełnomocnik Zamawiającego podkreślił, że wszelkie dokumenty dotyczące przedmiotowego postępowania zostały przesłane do Urzędu Zamówień Publicznych.

Z treści art. 68 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje wykonawcom informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Z przekazanej dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż Zamawiający nie przekazał wykonawcy zaproszenia do negocjacji zawierającego wskazane wyżej informacje.

Wobec powyższego, brak przekazania wykonawcy zaproszenia do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania narusza przepis art. 68 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei treść art. 68 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Z powyższego wynika, że zamawiający ma zawsze obowiązek żądać od wykonawcy złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą pomimo braku złożenia przez niego właściwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu narusza przepis art. 68 ust. 2 ustawy Pzp.

5. Z analizy otrzymanej dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie udokumentował w należyty sposób przeprowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W dokumentacji postępowania brak jest bowiem protokołu postępowania. W wyjaśnieniach z dnia 1 lipca 2016 r. pełnomocnik Zamawiającego wskazał, iż Zamawiający nie jest w posiadaniu przedmiotowej dokumentacji, poza przesłaną do Urzędu we wcześniejszej korespondencji. *„Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy*

*oczekiwany protokół z przedmiotowego postępowania był w ogóle sporządzony. Zamawiający nie może wykluczyć, że takiego dokumentu nie ma.”*

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

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

6. Z otrzymanej dokumentacji wynika, iż Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych, ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,

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

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

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).