

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 stycznia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 listopada 2016 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gminę Żary
ul. Rynek 1-5
68-200 Żary

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (dalej także „*Informacja*”) z dnia 25 listopada 2016 r. (znak: UZP/DKD/KND/10/16)

w przedmiocie postępowania 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

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Robert Skrzyszewki
	Ryszard Tetzlaff

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Zamawiający – Gmina Żary – w dniu 6 grudnia 2016 r. zawarł z wykonawcą BT&A Legal, C. S. i Wspólnicy Kancelaria Prawnicza sp. k. 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.

Wynagrodzenie wykonawcy na dzień 1 kwietnia 2016 r. wyniosło 495 105,75 zł (123 172, 89 euro).

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, powołując się na przepis art. 5 ust. 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 2013, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp], zgodnie z którym *„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,„*

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Kontrolującym” przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia i sporządził *Protokół kontroli doraźnej (UZP/DKD/KND/10/16)* [dalej „*Protokół*”) – kontrolę rozpoczęto w dniu 14 czerwca 2016 r. i zakończono w dniu 8 stycznia 2016 r.

Kontrolujący przesłał Zamawiającemu *Informację o wyniku kontroli doraźnej*, w której zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 5 ust. 1b, poprzez zastosowanie trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia w zakresie reprezentowania zamawiającego przed organami podatkowymi w postępowaniu podatkowym,

2. art. 32 ust. 1 i art. 35 ust.1, poprzez zaniechanie ustalenia wartości szacunkowej zamówienia przed wszczęciem postępowania,
3. art. 17 ust. 1, poprzez to, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu nie złożyły oświadczeń o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.
4. art. 68 ust. 2, poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą pomimo braku złożenia przez niego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału,
5. 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, poprzez zaniechanie prowadzenia protokołu postępowania,
6. art. 95 ust. 1 i 2, poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w odpowiednim publikatorze.

Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej (dalej „Zastrzeżenia od wyniku kontroli”) zawartego w *Informacji*, kwestionując jeden z postawionych zarzutów, tj, naruszenia art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

II.

Na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Kontrolującemu oraz *Protokołu kontroli doraźnej*, *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, *Zastrzeżenia od wyniku kontroli*, stanowiska Kontrolującego zajętego w piśmie z dnia 21 grudnia 2016 r. po złożeniu *Zastrzeżeń* Izba uznała za zasadne przypisanie Zamawiającemu naruszenia art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, iż przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp Zamawiający mógł zastosować jedynie 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 go zastosować 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.

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

Izba zauważa dodatkowo, że argumentacja odnosząca się do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, na którą powołał się Zamawiający została ujęta w opinii prawnej z dnia 15 kwietnia 2013 r., tj. opinii wydanej kilka miesięcy po zawarciu umowy (6 grudnia 2012 r.), co budzi także wątpliwości co do rzeczywistych powodów zastosowania przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki.

Izba zauważa także, że to Zamawiający winien wykazać (w protokole, który miał obowiązek sporządzić) istnienie podstaw do odstąpienia od zastosowania konkurencyjnego trybu postępowania (przetargu nieograniczonego albo ograniczonego) np. poprzez odwołanie się do takich źródeł jak *„orzeczenia sądów, KIO, czy też fachowa literatura”*, czego – wbrew przepisowi art. 166 ustawy Pzp – oczekiwał od Kontrolującego.

Reasumując, Izba stanęła na stanowisku, że Kontrolujący zasadnie przypisał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....