

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 maja 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 30 kwietnia 2018 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest

Gmina Krzęcin ul. Tylna 7 73-231 Krzęcin

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKZP/WKZ2/421/30(M/17/SM KND/24/17/DKZP w przedmiocie postępowania na świadczenie usług zastępstwa procesowego i doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniu o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki - art. 5 ust. 1 b ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Magdalena Grabarczyk
	Ewa Kisiel

Wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Gmina Krzęcin ul. Tylna 7, 73-231 Krzęcin dalej zwana „Zamawiającym” prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki „pn.: *Świadczenie usług zastępstwa procesowego i doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług* (umowa z dnia 25 marca 2015 r.),

Ustalona wartość zamówienia wynosiła 400 000,00 zł, co stanowiło równowartość 94 676,79 euro. Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej udzielenia przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, poprzez nieuprawnione zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji braku zaistnienia przesłanek, o których jest mowa w ww. przepisie;
- 2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na niezamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu pierwszego ze wskazanych zarzutów Kontrolujący podał, że zgodnie z postanowieniami § 2 umowy z dnia 25 marca 2015 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym - Gmina Krzęcin - a Wykonawcą EOL Kancelarią Doradztwa Podatkowego Sp. z o.o. Sp. k., zwanym dalej „Wykonawcą EOL”, w trybie zamówienia z wolnej ręki, przedmiotem niniejszego zamówienia było wykonanie na rzecz Zamawiającego usługi polegającej na:

- 1) zastępstwie procesowym i doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług;
- 2) zastępstwie procesowym i doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach dotyczących VAT, innych niż wymienione wyżej, wynikających z istnienia lub możliwości wystąpienia roszczeń na podstawie analizy weryfikacyjnej dotyczącej rozliczeń VAT Zamawiającego.

Ponadto w § 2 ust. 1 pkt 3 przedmiotowej umowy określono, iż na zakres wykonywanych czynności w ramach zastępstwa procesowego i doradztwa w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług, składać się miało przygotowanie *Analizy weryfikacyjnej* i doprowadzenie do uzyskania przez Zamawiającego faktycznej nadpłaty. Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy, Analiza weryfikacyjna miała stanowić dokument przygotowany przez Kancelarię, wskazujący na zmniejszenia wysokości zobowiązań podatkowych Zamawiającego w podatku od towarów i usług za

okresy rozliczeniowe, w których zobowiązania się jeszcze nie przedawniły bądź wskazujący na możliwości zwiększenia kwoty zwrotów podatku od towarów i usług za ww. okresy.

W złożonych przez Burmistrza Gminy wyjaśnieniach, udzielonych w piśmie z dnia 12 sierpnia 2016 r., które wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 sierpnia 2016 r., Zamawiający, uzasadniając podstawę zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wskazał, że miał świadomość zagrożenia powstania sporu pomiędzy Zamawiającym a właściwymi organami podatkowymi (Naczelnikiem Urzędu Skarbowego w Choszcznie oraz Dyrektorem Izby Skarbowej w Szczecinie) w zakresie możliwości odliczenia VAT naliczonego, zawartego w wydatkach inwestycyjnych i braku doświadczenia w tym zakresie po stronie Zamawiającego, a także świadomość faktu, iż ww. postępowaniach wydane decyzje organów podatkowych mogą wymagać tzw. sądowej kontroli, a więc konieczności zlecenia zastępstwa przed sądami administracyjnymi i Naczelnym Sądem Administracyjnym.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż praktyka organów podatkowych wskazuje, że wnioski podatników o zwrot znacznych kwot podatku są negatywnie rozpoznawane i istnieje potrzeba przeprowadzenia sporów sądowych (przed wojewódzkim sądem administracyjnym oraz Naczelnym Sądem Administracyjnym), mając na celu przyznanie podatnikowi prawa do zwrotu podatku. W ocenie Zamawiającego jednym z kluczowych elementów umożliwiających efektywne i prawidłowe stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych jest właściwe planowanie zamówień. Sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności publicznej i orzekają w sprawach m. in. skarg na decyzje administracyjne, postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę, co do istoty. W przypadku, zatem sądowej kontroli działalności organów podatkowych i rozpoznawania spraw ze skarg podatników na odmowę zwrotu podatku, rozpoznanie sprawy przez sąd administracyjny w sposób korzystny dla podatnika jest w przeważającej mierze uzależnione od użytych w trakcie postępowań przed organami podatkowymi argumentów. Już na etapie postępowania przed organami podatkowymi konieczne jest zatem prawidłowe przedstawienie stanu faktycznego i właściwe powiązanie twierdzeń podatnika z przepisami prawa oraz orzecznictwem sądów bądź trybunałów.

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje w art. 32 ust. 2 zakaz dzielenia zamówienia na części. Powyższe w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia wskazywało na potrzebę powierzenia całości spraw z tym związanych jednej kancelarii, mającej za zadanie przeprowadzenia postępowań przed organami podatkowymi oraz następnie sporów przed sądami. Konkludując Zamawiający stanął na stanowisku, że dyspozycja art. 5 ust 1b ustawy Pzp obejmuje również usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed organami podatkowymi oraz zastępstwa przed sądami administracyjnymi.

Zamawiający, odnosząc się do kwestii etapu, na jakim są postępowania o zwrot nadwyżki podatku naliczonego nad należnym, wskazał, iż w dniu 19 czerwca 2015 r. EOL Kancelaria Doradztwa Podatkowego Sp. z o.o. Sp. k. przekazała Zamawiającemu analizę weryfikacyjną rozliczeń Gminy Krzęcin, następnie w dniu 29 grudnia 2015 r. złożyła w Urzędzie Skarbowym w Choszcznie: korekty deklaracji VAT-7 Gminy, ewidencje na potrzeby rozliczeń podatku VAT, uwierzytelnione kopie faktur dokumentujących wydatki Gminy Krzęcin i jednostek budżetowych oraz wniosek o stwierdzenie nadpłaty wraz z wyjaśnieniami o przyczynach złożenia korekt za poszczególne okresy od stycznia 2011 r. do grudnia 2011 r. Ponadto Zamawiający wskazał, że w dniu 25 lutego 2016 r. Gmina Krzęcin uzyskała zwrot podatku od towarów i usług za miesiące od stycznia 2011 r. do grudnia 2011 r. w łącznej wysokości 531.431,00 zł.

Dodać należy, że na wezwanie Kontrolującego, Zamawiający celem uzupełnienia wyjaśnień pismem z dnia 9 listopada 2016 r. przekazał do Urzędu Zamówień Publicznych treść uchwały nr XXV. 187.2016 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Szczecinie z dnia 26 października 2016 roku w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń zgłoszonych przez Wójta Gminy Krzęcin do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym. Z przedmiotowej uchwały wynika, że Regionalna Izba Obrachunkowa w Szczecinie przeprowadzała w okresie od 30 sierpnia do 8 września 2016 r. kontrolę doraźną gospodarki finansowej Gminy Krzęcin w zakresie przestrzegania przepisów o zamówieniach publicznych przy udzieleniu niniejszego zamówienia. Prezes RIO w wystąpieniu pokontrolnym wskazał m. in., iż przyjęta przez Zamawiającego rozszerzająca wykładnia terminu zastępstwo procesowe, a w szczególności uznanie organów podatkowych za niezawisły organ orzekający, przed którym toczony jest postępowanie sporne, spowodowało w konsekwencji, że faktyczny charakter usługi przedmiotowej umowy polegał na kompleksowej obsłudze prawnej w zakresie odzyskania podatku od towarów i usług. W wyniku powyższego, udzielenie zamówienia publicznego w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki, nie spełniało rygorystycznych przesłanek warunkujących dopuszczalność jego zastosowania i było niezgodne z art. 5 ust 1b ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 87 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.). Za wskazaną nieprawidłowość odpowiedzialność ponosi Wójt.

Wójt Gminy Krzęcin pismem z dnia 14 października 2016 r. zgłosił zastrzeżenia do tak sformułowanego wniosku zawartego w wystąpieniu Prezesa RIO, które zostały rozpatrzone przez Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Szczecinie na posiedzeniu w dniu 27 października 2016 r. według Informacji Zamawiającego Izba podzieliła stanowisko Wójta Gminy Krzęcin. W jej ocenie, rozstrzygnięcie merytoryczne postępowania prowadzonego przez sąd administracyjny, ze względu, na co do zasady kuratoryjny charakter wydawanych przez te sądy orzeczeń, jest determinowane treścią stanowiska

wyrażonego w postępowaniu administracyjnym. Dlatego też zakres skutecznego zastępstwa w tym postępowaniu wynikający z treści czynności i stanowiska podatnika wyrażonego w postępowaniu podatkowym, determinuje skuteczność zaskarżenia orzeczeń organów podatkowych w drodze skargi do sądu administracyjnego. Powyższe argumenty są o tyle istotne, zdaniem Izby Odwoławczej, iż przesłanka ujęta w treści art. 5 ust.1b ustawy Pzp, obejmuje również czynności „doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego”. Mając na uwadze powyższe Izba podniosła, iż tylko prawidłowe przeprowadzenie postępowania przed organami podatkowymi jest gwarancją uzyskania pozytywnego dla podatnika rozstrzygnięcia na etapie postępowania sądowo-administracyjnego. Bowiem nawet gdyby nie doszło do wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, gdyż Zamawiający uzyskałby pozytywną dla siebie decyzję organu podatkowego, zastępstwo prawne przed organem podatkowym można byłoby oceniać, jako ujęte w treści art. 5 ust. 1b ustawy Pzp „doradztwo prawne w zakresie zastępstwa procesowego”.

W zakresie drugiego zarzutu podniesionego wobec Zamawiającego przez Prezesa UZP wskazać należy, że z dokumentacji postępowania oraz udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika, że Zamawiający po zawarciu umowy w dniu 25 marca 2015 r. nie dochował obowiązku niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Czynność ta została przez niego dokonana dopiero w dniu 2 sierpnia 2016 r., a więc prawie 5 miesięcy po terminie zawarcia umowy.

Zgodnie z brzmieniem art. 95 ust. 1 ustawy Pzp obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W odpowiedzi na przesłaną Informację o wyniku Kontroli doraźnej z dnia 26 kwietnia 2018 roku Zamawiający pismem z dnia 30 kwietnia wniósł zastrzeżenia do ustaleń podjętych w wyniku przeprowadzonej kontroli.

Na wstępie podkreślił, że nie zgadza się z argumentacją w zakresie zastępstwa procesowego wyrażonego w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 11/16), a przywołanego w Informacji o wyniku kontroli i na której oparty został wynik Kontroli. Podał, że w ocenie Zamawiającego pojęcie „zastępstwa procesowego” błędnie zostało sprowadzone do rozumienia zastępstwa w procesie przed sądami, trybunałami oraz innymi organami orzekającymi i to jedynie w sprawach spornych na podstawie ustaw szczególnych, nie wskazując definicji pojęcia „organy orzekające”. Przedstawiony w ww. Uchwale sposób interpretacji art. 5 ust. 1b Pzp nie zawiera przekonywujących argumentów, które przemawiałyby za tym, aby zastępstwo procesowe

zawęzić jedynie do sytuacji zastępstwa procesowego strony w postępowaniach kontradyktoryjnych przed sądami, trybunałami i innymi organami orzekającymi.

Wskazał, że we wszystkich gałęziach prawa procesowego pojęcia „proces” i „procesowy” nie są tożsame znaczeniowo. O ile bowiem słowo „proces” odnosi się zazwyczaj do postępowań toczących się przed sądami, o tyle przymiotnik „procesowy” wskazuje na charakter rzeczownika, z którym występuje on w związku frazeologicznym. Stąd mowa o czynnościach procesowych, zdolności procesowej, pełnomocnictwie procesowym, czy zastępstwie procesowym. Zdaniem Zamawiającego nie można założyć, że z powyższymi instytucjami mamy do czynienia wyłącznie w procesie. Taka wykładnia wyeliminowałaby bowiem działania sądowe w postępowaniach nieprocesowych, czy w postępowaniach egzekucyjnych z pojęcia zastępstwa procesowego, mimo że na mocy samego art. 91 Kodeksu postępowania cywilnego umocowanie do działania w tych sprawach wchodzi w zakres pełnomocnictwa procesowego zdefiniowanego na gruncie prawa cywilnego. Wskazanym postępowaniom, w ramach których realizowane są wprost czynności zastępstwa procesowego, tj. w postępowaniu egzekucyjnym, jak i nieprocesowym zabezpieczającym, nie można przypisać przymiotu sporności i kontradyktoryjności. Nadto postępowania egzekucyjne nie toczą się jedynie przed sądem, ale należą także do właściwości komorników sądowych.

Prawidłowa interpretacja zakresu zastosowania art. 5 ust 1b ustawy Pzp, zdaniem Zamawiającego powinna prowadzić do wniosku, że pojęcie zastępstwa procesowego nie można odnosić zawężająco wyłącznie do reprezentowania strony w postępowaniu procesowym o charakterze spornym, kontradyktoryjnym, a z treści przepisu art. 5 ust. 1b, powyższe nie wynika. Dokonana w Informacji o wyniku kontroli błędna interpretacja nie koresponduje z rozumieniem pełnomocnictwa procesowego ukształtowanego na gruncie przepisów prawa cywilnego. Słowo „procesowy” nie odnosi się do „procesu sądowego”, a do procesowego charakteru pełnomocnictwa, które stanowi umocowanie do reprezentowania strony, będącego mocodawcą w dowolnym postępowaniu, w którym ten pełnomocnik będzie podejmował w zastępstwie strony czynności, a nie tylko w postępowaniu o charakterze kontradyktoryjnym, zatem także między innymi w postępowaniu podatkowym, przed organami I i II instancji, przed wniesieniem ewentualnego środka zaskarżenia do sądu administracyjnego. Nie ulega wątpliwości, zdaniem Zamawiającego, że w postępowaniu podatkowym występuje pełnomocnictwo, jak również zastępstwo procesowe, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 138 Ordynacji Podatkowej, oraz ugruntowane jest stanowiskiem doktryny oraz judykatury. Odnosząc się do pojęcia „pełnomocnictwa” oraz „pełnomocnictwa procesowego” funkcjonujących na gruncie prawa podatkowego, pojęcia te są tożsame znaczeniowo z pojęciami funkcjonującymi na gruncie prawa cywilnego i administracyjnego. Występowanie w postępowaniu podatkowym na mocy umocowania do

podejmowania w imieniu reprezentowanego czynności wywołujących skutki procesowe, będzie zastępstwem procesowym. Zgodnie bowiem z treścią art. 138 § 1 pkt 2 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego organ administracji publicznej drugiej instancji, jaki i organ podatkowy na podstawie art. 108 § 1, 207 § 1 Ordynacji Podatkowej, orzeka w formie decyzji, jest zatem organem orzekającym, a jedynie ze względu na pewną odrębność tego postępowania, jego orzeczenie przybiera inną od wyroku formę, decyzji.

Postępowanie podatkowe jest odmianą procesu, bo przy uwzględnieniu jego odrębności, występują w tym postępowaniu strony, przedmiot sporu oraz zasady postępowania w postępowaniu podatkowym uregulowane procedurą Ordynacji Podatkowej, a wyrażone w art. 120-129.

Podkreślił, że niewątpliwym jest, że wykonawcą w kontrolowanym postępowaniu jest kancelaria doradców podatkowych, którzy posiadają uprawnienie do występowania w charakterze pełnomocnika zarówno w postępowaniach podatkowych, jak i postępowaniach toczących się w zakresie sądowej kontroli decyzji administracyjnych w sprawach dotyczących m.in. obowiązków podatkowych. Powyższe wynika z art. 2 ustawy o Doradztwie podatkowym, gdzie wskazane zostało wprost, że czynności doradztwa podatkowego obejmują m.in. reprezentowanie podatników, płatników i inkasentów w postępowaniu przed organami administracji publicznej i w zakresie sądowej kontroli decyzji, postanowień i innych aktów administracyjnych w sprawach wymienionych w pkt 1. W treści przywołanego przepisu wskazano wprost, że czynności reprezentacji dotyczą nie tylko etapu sądowej kontroli decyzji, ale postępowania przed organami administracji publicznej.

Podał, że rozdzielenie etapu postępowania toczącego się przed organami administracji publicznej, czyli przed organem podatkowym I lub II instancji, od postępowania w zakresie sądowej kontroli decyzji wydanych przez te organy, prowadzi do całkowitego pominięcia okoliczności z których w sposób całkowicie jednoznaczny wynika, że zaprezentowana argumentacja przed tymi organami, ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania w zakresie sądowej kontroli decyzji. Nie dochodzi bowiem na etapie kontroli sądowej decyzji do możliwości podniesienia nowych zarzutów o charakterze procesowym czy materialnym, a argumentacja przedstawiona przed organami podatkowymi, stanowi ciąg logiczny zaprezentowanego stanowiska.

Rozpoznanie następnie przez sąd administracyjny sprawy w sposób korzystny dla podatnika, w tym wypadku - Zamawiającego, jest wprost uzależnione od użytych w trakcie postępowań przed organami podatkowymi argumentów i zastosowanego przez podatnika trybu zwrotu podatku.

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki ograniczonego do etapu wyłonienia wykonawcy w celu złożenia skargi do sądu administracyjnego od decyzji organu podatkowego, nie tylko byłoby pozbawione uzasadnienia, wobec nie uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu

przed organami podatkowymi, a z uwagi na brak znajomości stanu faktycznego, zawilość spraw podatkowych co do zasady, jak i krótki termin na wniesienie ewentualnego środka zaskarżenia, byłoby niecelowe, jak i niemożliwe, by jakikolwiek wykonawca podjął się wykonania tak określonego zamówienia, polegającego na złożeniu środka odwoławczego w omawianej sytuacji.

Wskazał, że przedstawiony sposób interpretacji przedmiotowego przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp w wspomnianej Uchwale KIO, stanowi autorską własną wykładnię, pozostającą w sprzeczności z zasadą racjonalnego ustawodawcy. Jak zostało to wskazane powyżej, zakres art. 2 ustawy o Doradztwie podatkowym, wskazuje wprost, że czynności doradztwa podatkowego obejmują, m.in. zastępstwo procesowe w postępowaniu przed organami administracji publicznej i w zakresie sądowej kontroli decyzji.

Stwierdził, że niewątpliwie dyspozycja art. 5 ust. 1b Pzp obejmuje również usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed organami podatkowymi. Zdaniem Zamawiającego przez „organy orzekające” należy rozumieć wszelkie organy administracji publicznej, które decydują o obowiązku wykonania obowiązującego prawa przez adresatów orzeczenia, w tym zwłaszcza organy podatkowe, nie sposób bowiem przyjąć, że norma prawna zawarta w przepisie art. 5 ust. 1b ustawy PZP ogranicza rozumienie tego pojęcia do organów orzekających w sprawach o charakterze spornym na podstawie procedur szczególnych, wyłączając z jego zakresu przy tym postępowanie podatkowe, będące odmianą procesu.

Odnosząc się do drugiego z przedstawionych mu zarzutów podał, że niewątpliwym jest, iż zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w wyniku zawartej w dniu 25 marca 2015 r. umowy, co nastąpiło dopiero w dniu 2 sierpnia 2016 r. Jednakże zaznaczył, iż powyższe nie wpłynęło w sposób istotny na naruszenie zasady jawności postępowania, albowiem o wyłonieniu wykonawcy, zawartej umowie, przedmiocie umowy, wysokości wynagrodzenia wykonawcy została przedstawiona informacja na sesji Rady Gminy zwołanej w dniu 29 kwietnia 2015 r., dodatkowo wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zawartej umowy nie przekroczyło kwoty, poniżej równowartości której nie było obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp.

Po rozpatrzeniu podniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego o nie uwzględnieniu zastrzeżeń w nim zawartych.

W uzasadnieniu podjętego przez Prezesa UZP stanowisku wskazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym nieuprawnione było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ nie zaistniały przesłanki, o których jest mowa w tym przepisie Pzp.

Zgodnie z zapisami § 2 ww. Umowy, przedmiotem tego zamówienia było wykonanie na rzecz Zamawiającego usługi polegającej na:

1) zastępstwie procesowym i doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług;

2) zastępstwie procesowym i doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach dotyczących VAT, innych niż wymienione wyżej, wynikających z istnienia lub możliwości wystąpienia roszczeń na podstawie analizy weryfikacyjnej dotyczącej rozliczeń VAT Zamawiającego.

Ponadto w § 2 ust. 1 pkt 3 przedmiotowej Umowy określono, iż na zakres wykonywanych czynności w ramach zastępstwa procesowego i doradztwa w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach o zwrot nadpłaty w podatku od towarów i usług, składać się miało przygotowanie Analizy weryfikacyjnej i doprowadzenie do uzyskania przez Zamawiającego faktycznej nadpłaty. Stosownie do § 3 ust. 1 Umowy Analiza weryfikacyjna miała obejmować przynajmniej przegląd rozliczeń VAT Zamawiającego i Zalecenia dla Zamawiającego (§ 1 ust. 2 Umowy),

Z kolei doprowadzenie do uzyskania przez Zamawiającego zwrotu faktycznej nadpłaty podatku, zgodnie z Umową należało rozumieć jako uzyskanie dla Zamawiającego (bądź jego jednostek organizacyjnych) za okresy historyczne zwrotu podatku naliczonego, zwrotu nadwyżki podatku naliczonego nad należnym, zwrotu nadpłaty na rachunek bankowy bądź uzyskanie zaliczenia ww. kwot na poczet zaległości podatkowych albo bieżących, albo przyszłych zobowiązań podatkowych Zamawiającego bądź jego jednostek organizacyjnych.

Jak wynika z kolejnego postanowienia § 3 Umowy (ust. 9), doprowadzenie do wystąpienia nadpłat u Zamawiającego nastąpić miało w wyniku przeprowadzonych w stosunku do Zamawiającego postępowań podatkowych (w tym postępowań w zakresie wniosków o stwierdzenie nadpłaty) lub sądowno-administracyjnych na podstawie złożonych przez Kancelarię wniosków o stwierdzenie tych nadpłat.

Prezes UZP stwierdził, że w postępowaniach dotyczących zwrotu nadpłaconego podatku VAT nie były prowadzone postępowania sądowno-administracyjne. Świadczy o tym również treść ostatnich wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego pismem z dnia 29 marca 2018 r. Dodatkowo wskazano, iż wynagrodzenie Kancelarii stanowiło nie tylko kwotę 18,5 % uzyskanych przez Zamawiającego nadpłat VAT, ale także inne składniki wynikające z postanowień § 7 Umowy z dnia 25 marca 2015 r., m. in. wynagrodzenie w wysokości 45 % wartości uzyskanych odsetek przysługujących od „nienależnej zaległości podatkowej lub od oprocentowania nadpłaty otrzymanej w związku z wykonywaniem niniejszej umowy” (§ 7 ust. 4 Umowy), czy zasądzony zwrot kosztów zastępstwa procesowego, jeśli Kancelaria prowadziła sprawę przed sądem administracyjnym lub sporządziła pisma procesowe (§ 7 ust. 7 Umowy). Ponadto w Umowie zostało określone odrębne wynagrodzenie w wysokości 1.000,00 zł z tytułu przygotowania przez Kancelarię analizy weryfikacyjnej (§ 7 ust. 1 Umowy).

Kontrolujący podkreślił, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 kwietnia 2018 r. wskazano, że przepis art. 5 ust. 1b ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie w przypadku udzielania zamówienia publicznego, którego przedmiotem będzie zastępstwo przed sądem administracyjnym w razie wniesienia skargi do tego sądu od decyzji organu podatkowego II instancji lub doradztwo prawne w zakresie tego zastępstwa. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z postępowaniem sądowym, tj. postępowaniem, na przebieg którego składają się w szczególności czynności procesowe, a zatem z wykonywaniem zastępstwa procesowego.

W toku kontroli stwierdzono również, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie wystąpiły przesłanki wskazane w ww. przepisie, w szczególności usług objętych Umową zawartą w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego nie można zakwalifikować jako doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego. Z dokumentacji postępowania przedłożonej do analizy wynikało, że w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (oraz w dacie udzielenia zamówienia), jak również do chwili udzielenia przez Zamawiającego ostatecznych wyjaśnień, tj. do dnia 29 marca 2018 r., nie zawisły przed właściwym sądem żadne postępowania, których celem byłoby odzyskanie nadpłaconego podatku. Powoływana przez Zamawiającego okoliczność związana z ewentualną późniejszą procedurą sądowniczą miała w dacie udzielenia zamówienia charakter czysto hipotetyczny, bowiem podatek mógł zostać zwrócony na etapie postępowania podatkowego (do czego faktycznie doszło). Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego brak było uzasadnienia do zakładania odmiennej wersji przebiegu procedury.

Przes UZP uznał, że w tym stanie faktycznym Zamawiający winien był zatem wybrać wykonawcę usługi objętej przedmiotem kontrolowanego zamówienia zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp z zachowaniem zasady prymatu trybów przetargowych (konkurencyjnych), a dopiero w przypadku zawisłości sprawy przed sądem administracyjnym był uprawniony do skorzystania z trybu wskazanego w art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

Reasumując Kontrolujący stwierdził, że podstawy do zastosowania art. 5 ust. 1b ustawy Pzp zaistniałyby jedynie w zakresie postępowań sądowniczych, które - jak ustalono w toku kontroli - nie wystąpiły, natomiast wywodzenie o możliwości ich wystąpienia na obecnym etapie nie ma charakteru realnego, a jedynie potencjalny. Zakres pozostałych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, z uwagi na niezaistnienie w nich zastępstwa procesowego, nie mógł być objęty dyspozycją art. 5 ust. 1b ustawy Pzp.

W zakresie drugiego zarzutu nieopublikowania w terminie informacji o zawarciu umowy Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający nie zakwestionował stwierdzonego naruszenia przepisu art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na niedochowaniu obowiązku niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień

Publicznych. Dodał tylko swoje stanowisko, iż zaniechanie powyższej czynności nie wpłynęło w sposób istotny na naruszenie zasady jawności postępowania, gdyż informacja o wyłonieniu wykonawcy, zawartej umowie, przedmiocie umowy, wysokości wynagrodzenia wykonawcy została przedstawiona na sesji Rady Gminy, która odbyła się w dniu 29 kwietnia 2015 r. Kontrolujący uznał, że powyższa uwaga nie może być traktowana jako zastrzeżenie do wyniku kontroli, ponieważ nie wskazano w zastrzeżeniach na niezasadność stanowiska zawartego w Informacji o wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez kontrolowanego do wyniku przeprowadzonej kontroli, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, co do ustaleń faktycznych i stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp lub Pzp) w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia umowy tj. dnia 25 marca 2015 r .

Izba zauważa, że przepis art. 5 ust. 1b Pzp w oparciu o który zamówienie zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki został wykreślony w oparciu o dokonaną zmianę ustawy z 22 czerwca 2016 r., a kwestie te znalazły nowe uregulowanie w art. 4 pkt 3 ea) ustawy Pzp, po ww. nowelizacji.

W czasie zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym, a EOL Kancelarią Doradztwa Podatkowego Sp. z o.o. Sp. k., art. 5 ust.1b Pzp obowiązywał w brzmieniu, „ *W przypadku, 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*”.

Krajowa Izba Odwoławcza podzielać stanowisko Prezesa w zakresie ustaleń stanu faktycznego i jego oceny prawnej podnosi, iż niewątpliwym w sprawie jest fakt, że nie jest kwestionowana treść zawartej umowy pomiędzy Zamawiającym, a Kancelarią EOL oraz sama możliwość jej zawarcia. Kwestionowany jest natomiast tryb jej zawarcia, czyli dokonanie wyboru dla wykonania zamówienia Kancelarii EOL przy zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki. Prawo zamówień publicznych w art. 10 ust. 1 Pzp stanowi, że podstawowymi trybami udzielenia zamówień publicznych są tryby przetargowe tj. przetarg nieograniczony i ograniczony. Zastosowanie tych dwóch trybów ma charakter bezwarunkowy i nieograniczony, co oznacza, że dla ich zastosowania nie jest konieczne zaistnienie jakichś

dodatkowych przesłanek. Dla stosowania innych trybów konieczne jest aby zaszyły przesłanki wskazane w ustawie. Przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego i wyboru trybu niekonkurencyjnego winny być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie innych trybów niż podstawowe, jest listą zamkniętą.

Izba zwraca uwagę, że w sposób szczególny zasada ta powinna dotyczyć trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie bowiem z art. 66 Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wybranym przez siebie wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach – w tym przypadku w oparciu o przepis art. 5 ust. 1b Pzp oraz w przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp.

Tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad jakimi rządzi się wydawanie środków publicznych przy udzielaniu zamówień i tym samym powinien być stosowany tylko w sytuacjach szczególnych dopuszczonych wprost przez przepisy ustawy. W zakresie uregulowanym w przepisie art. 5 ust.1b jest to możliwe tylko w odniesieniu do usług prawniczych polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego. Rozszerzenie poprzez analogie zakresu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na inne podobne usługi prawnicze jest niezasadne i stanowi obejście przepisów prawa.

Odnosząc powyższe uregulowanie art. 5 ust.1b Pzp do zezwolenia na zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazane przesłanki należy interpretować w ten sposób, że ustawodawca dał „furtkę” (podmiotom)zamawiającym, aby w sytuacji szczególnej, kiedy wystąpi pilna potrzeba ochrony praw i interesów podmiotu np. w wyniku wniesionemu przeciwko niemu powództwie, czy też potrzeby wniesienia takiego powództwa przez taki podmiot, istniała możliwość (często zdeterminowana terminami procesowymi), do zawarcia umowy na usługi prawnicze polegające na wykonaniu zastępstwa procesowego podmiotu przed organem orzekającym. Tym samym możliwości tej nie można odnosić do doradztwa prawnego, gdzie brak jest przeszkód, aby wykonawca obsługi prawnej był wybrany w trybie podstawowym lub innym poza trybem negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, gdyż podmiot Zamawiający ma możliwość, przewidzieć i wcześniej zaplanować potrzebę udzielenia takiego zamówienia.

Analizując treść zastrzeżeń Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli podkreślić należy, że Zamawiający znaczną część swojej argumentacji opiera na analizie pojęcia „proces - pełnomocnik „procesowy” wywodząc, że te pojęcia funkcjonują także w postępowaniach podatkowych. Izba zauważa, że Zamawiający łączy związek udzielonego

pełnomocnictwa w przedmiotowej sprawie, z możliwością skutkowego zakończenia rozstrzygnięcia kwestii podatkowych na drodze sporu przed sądem poprzez nawiązanie do treści przepisu obecnie obowiązującego tj. art. 4 pkt 3ea tiret drugie Pzp. Przepis ten stanowi, iż ustawy Pzp nie stosuje się do zastępstwa procesowego, a także usług prawnych w zakresie doradztwa prawnego(...), gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy doradztwo, stanie się przedmiotem postępowania sądowego. W poprzednim stanie prawnym takie łączenie możliwości wystąpienia zdarzeń na gruncie obowiązującego art. 5 ust.1b Pzp nie miało zastosowania.

Podkreślić należy, jak wykazano w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, że zarówno w dacie zawarcia umowy, jak i do chwili udzielenia przez Zamawiającego ostatnich wyjaśnień, tj. do dnia 29 marca 2018 r., w przedmiotowej sprawie nie zawisło przed właściwym sądem żadne postępowanie, będące następstwem działania Kancelarii EOL w ramach zawartej umowy, których celem byłoby odzyskanie nadpłaconego podatku VAT. Niewątpliwym w sprawie jest także fakt, iż czynności z zakresu przedmiotowego zwrotu nadpłaty z tytułu podatku VAT, prowadzone były wyłącznie w trybie postępowania skarbowego, na podstawie ustawy Ordynacja podatkowa, a organem prowadzącym te postępowania był tylko Naczelnik Urzędu Skarbowego w Choszcznie.

Tym samym powoływana przez Zamawiającego argumentacja wskazująca na brak wykluczenia możliwości, iż wnioski o zwrot podatku znajdą finał w sądzie, miała w dacie udzielenia zamówienia charakter czysto hipotetyczny. Powyższe, zdaniem Izby jednoznacznie potwierdza, że zawarta umowa Zamawiającego z Kancelarią EOL miała na celu prowadzenie doradztwa prawnego, a nie zastępstwa procesowego przed sądem administracyjnym celem uzyskania zwrotu podatku.

W zakresie oceny pojęcia „pełnomocnictwa procesowego” Izba przyjmuje za zasadne stanowisko Izby wyrażone w Uchwale KIO z dnia z 6 lutego 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 11/16), gdzie Izba uznała, że pojęcie pełnomocnictwa procesowego należy odnosić do pojęcia „procesu” niezależnie od tego, czy postrzegamy je na gruncie procedury cywilnej, karnej, czy administracyjnej. Proces 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. Organami orzekającymi na gruncie przepisu art. 5 ust. 1b ustawy Pzp nie są zatem organy orzekające w formie wydawania 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. Następcza czysto hipotetyczna możliwość

zawiśnięcia sporu w tej sprawie przed sądem nie mogła być tym samym podstawą do zastosowania wyjątku przewidzianego w art. 5 ust.1b Pzp, tj zawarcia umowy z wykonawcą w trybie niekonkurencyjnym, tj. zamówienia z wolej ręki.

Analizując przedmiotowy stan faktyczny, Izba nie znalazła jakichkolwiek podstaw, aby uznać zamówienie, którego głównym i podstawowym zadaniem było przygotowanie *Analizy weryfikacyjnej* mającej na celu przegląd dotychczasowych rozliczeń VAT Zamawiającego z organami podatkowymi, za zamówienie wymagające pilnego zatrudnienia obsługi prawnej do ochrony praw majątkowych zamawiającego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi. Analiza weryfikacyjna miała stanowić dokument przygotowany przez Kancelarię, wskazujący na zmniejszenia wysokości zobowiązań podatkowych zamawiającego w podatku od towarów i usług za okresy rozliczeniowe, w których zobowiązania się jeszcze nie przedawniły bądź wskazujący na możliwości zwiększenia kwoty zwrotów podatku od towarów i usług za ww. okresy. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że przedmiotowa umowa obejmowała doradztwo prawno- finansowe i w założeniu podstawowym nie dotyczyła jakiegokolwiek sporu przed organem sądowym, który uprawniał by zamawiającego do pilnego zawarcia umowy z pominięciem trybu konkurencyjnego udzielenia zamówienia.

Reasumując powyższe Izba uznała, że występowanie, jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym nie stanowi wykonywania zastępstwa procesowego przed organami orzekającymi, a tym bardziej przed sądami lub trybunałami, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp. Tym samym, w sytuacji, gdy zamówienie, którego przedmiotem zgodnie z treścią zawartej w dniu 25 marca 2015 r. umowy, było sporządzanie analizy weryfikacyjnej rozliczeń podatkowych oraz występowanie, jako pełnomocnik Zamawiającego w postępowaniu podatkowym przed Naczelnikiem Urzędu Skarbowego nie mogło prawidłowo zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zawarta umowa w trybie zamówienia z wolnej ręki spowodowała ograniczenie konkurencji do jednego tylko podmiotu, co niewątpliwie stanowiło naruszenie zasad prawa zamówień publicznych. Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych, a jego skutkiem było ograniczenie sobie możliwość wyboru konkurencyjnej oferty, a wykonawcom możliwość złożenia konkurencyjnych ofert i uzyskania zamówienia.

Biorąc pod uwagę przedstawioną przez zamawiającego argumentację w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli i stwierdzonego w ramach tej kontroli przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy, w ocenie Izby, zastrzeżenia zamawiającego czyni niezastępującymi na uwzględnienie.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....