



LWR.410.016.00.2015  
Nr ewid. 7/2016/P/15/106/LWR

Informacja o wynikach kontroli

ZLECANIE USŁUG PRAWNICZYCH  
PRZEZ JEDNOSTKI SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH  
W WOJEWÓDZTWIE DOLNOŚLĄSKIM

DELEGATURA WE WROCŁAWIU

## MISJA

Najwyższej Izby Kontroli jest dbałość o gospodarność i skuteczność w służbie publicznej dla Rzeczypospolitej Polskiej

## WIZJA

Najwyższej Izby Kontroli jest cieszący się powszechnym autorytetem najwyższy organ kontroli państwowej, którego raporty będą oczekiwanym i poszukiwanym źródłem informacji dla organów władzy i społeczeństwa

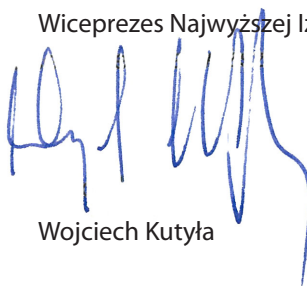
p.o. Dyrektor Delegatury NIK we Wrocławiu



Radosław Kujawiński

### Akceptuję:

Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli



Wojciech Kutyla

### Zatwierdzam:

Prezes Najwyższej Izby Kontroli



Krzysztof Kwiatkowski

Warszawa, dnia 23.06.2016 r.

Najwyższa Izba Kontroli  
ul. Filtrowa 57  
02-056 Warszawa  
T/F +48 22 444 50 00

[www.nik.gov.pl](http://www.nik.gov.pl)

WPROWADZENIE .....	5
1. ZAŁOŻENIA KONTROLI .....	6
2. PODSUMOWANIE WYNIKÓW KONTROLI.....	7
2.1. Ogólna ocena kontrolowanej działalności .....	7
2.2. Synteza wyników kontroli.....	8
2.3. Uwagi końcowe i wnioski .....	11
3. INFORMACJE SZCZEGÓŁOWE.....	14
3.1. Charakterystyka stanu prawnego oraz uwarunkowań ekonomicznych i organizacyjnych .....	14
3.2. Istotne ustalenia kontroli .....	16
3.2.1. Przyjęte rozwiązania organizacyjne w zakresie obsługi prawnej, w tym dotyczące zlecenia usług prawniczych podmiotom zewnętrznym.....	16
3.2.2. Przestrzeganie przepisów powszechnie obowiązujących i uregulowań wewnętrznych w procedurze zlecenia usług prawniczych .....	18
3.2.3. Prawdopodobieństwo realizacji umów na usługi prawnicze .....	22
3.2.4. Inne ustalenia kontroli .....	23
3.2.5. Nowe regulacje prawne w zakresie zlecenia usług prawniczych .....	26
4. INFORMACJE DODATKOWE .....	31
4.1. Przygotowanie i organizacja kontroli .....	31
4.2. Postępowanie kontrolne i działania podjęte po zakończeniu kontroli .....	31
5. ZAŁĄCZNIKI.....	33

## Wykaz stosowanych skrótów, skrótowców i pojęć

<b>ustawa o NIK</b>	ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o <i>Najwyższej Izbie Kontroli</i> (Dz. U. z 2015 r. poz. 1096 oraz z 2016 r. poz. 677);
<b>Pzp</b>	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. <i>Prawo zamówień publicznych</i> (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164);
<b>Ufp</b>	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o <i>finansach publicznych</i> (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, ze zm.);
<b>Usg</b>	ustawa dnia 8 marca 1990 r. o <i>samorządzie gminnym</i> (Dz. U. z 2016 r. poz. 446);
<b>ustawa o VAT</b>	ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o <i>podatku od towarów i usług</i> (Dz. U. z 2016 r., poz. 710, ze zm.);
<b>Rozporządzenie</b>	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w <i>sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym</i> (Dz. U. Nr 12, poz. 68)
<b>podatek VAT</b>	podatek od towarów i usług, o którym mowa w ustawie o VAT;
<b>usługi prawnicze</b>	usługi wskazane w Kategorii 21 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia;
<b>zamawiający</b>	osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania <i>Pzp</i> ; bądź jsfp, która powierzyła w drodze umowy realizację usług prawniczych;
<b>Jsfp</b>	jednostki sektora finansów publicznych;
<b>Jst</b>	jednostki samorządu terytorialnego;
<b>urząd</b>	jednostka organizacyjna zapewniająca obsługę organów kontrolowanych <i>Jst</i> bądź Wojewody Dolnośląskiego;
<b>SIWZ</b>	specyfikacja istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 36 <i>Pzp</i> ;
<b>Wykonawca</b>	osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;
<b>Dyrektywa 2014/24/UE lub Nowa Dyrektywa Zamówieniowa</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., str. 65).

W województwie dolnośląskim jednostki sektora finansów publicznych do obsługi prawnej zatrudniały zarówno osoby legitymujące się uprawnieniami radców prawnych, jak też powierzały tę obsługę zewnętrznym kancelariom prawnym. Niewątpliwie, zleceniu tych usług sprzyjały obowiązujące przepisy *Pzp*, które umożliwiały w okresie objętym kontrolą<sup>1</sup> udzielanie w szerokim zakresie zamówień na usługi prawnicze w trybie zamówienia z wolnej ręki. Według danych pozyskanych przez NIK, w latach 2010–2014, 195 jednostek samorządu terytorialnego na terenie Dolnego Śląska (w tym 165 gmin oraz 30 powiatów i miast na prawach powiatu) wydatkowało blisko 121 mln zł na obsługę prawną<sup>2</sup> (odpowiednio: 75,9 mln zł oraz 45,1 mln zł). W komórkach prawnych urzędów obsługujących ww. jednostki zatrudniano średniorocznie łącznie 184 pracowników, z których 171 osób (92,9%) posiadało uprawnienia radcy prawnego. Pracownikom tym wypłacono wynagrodzenia w kwocie 57,2 mln zł (47,3% ogółu wydatków na obsługę prawną). Obsługa prawna powierzana była także podmiotom zewnętrznym. Zawarto 1,6 tys. umów na świadczenie usług prawniczych o wartości 63,8 mln zł (52,7% ogółu wydatków na obsługę prawną), a wyłonienie wykonawców nastąpiło zarówno w wyniku przeprowadzonych postępowań w trybie *Pzp* (637 umów na łączną kwotę 39,2 mln zł, tj. 32,4 % ogółu wydatków na obsługę prawną), jak też bez zastosowania tych przepisów – zawarto łącznie w ten sposób 963 umowy na kwotę 24,6 mln zł. Spośród kwoty 39,2 mln zł wydatkowanych w trybie *Pzp*, aż 26,6 mln zł (67,8%) stanowiły umowy zawarte z zastosowaniem przepisów art. 5 i 66 ust. 1 *Pzp*, tj. w wyniku przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Zrealizowana w okresie od 15 lipca do 15 października 2015 r. kontrola miała dostarczyć niezbędnych danych do przeprowadzenia analizy i ustalenia, czy w sytuacji coraz większego stopnia skomplikowania regulacji prawnych, a także możliwości szerokiego – stałego lub doraźnego – korzystania z zewnętrznych usług prawniczych, jednostki sektora finansów publicznych zlecając te usługi przestrzegały zarówno przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jak i przyjętych wewnętrznie rozwiązań. Istotnym było również ewentualne sformułowanie wniosków w zakresie zmian obowiązujących regulacji prawnych, bądź odnoszących się do stosowania przepisów z punktu widzenia prawa w obecnym kształcie.

<sup>1</sup> Okres od 1 stycznia 2013 r. do 30 czerwca 2015 r. Badaniem objęto również działania jednostek kontrolowanych przed tym okresem, jak również po tym okresie, o ile miały one bezpośredni wpływ lub związek z ustaleniami stanu faktycznego dotyczącymi okresu objętego kontrolą.

<sup>2</sup> Łącznie na zatrudnienie pracowników i zlecenie usług prawniczych na zewnątrz.

### Temat i numer kontroli

Zlecenie usług prawniczych przez jednostki sektora finansów publicznych w województwie dolnośląskim – P/15/106.

### Cel główny kontroli

Ocena działań jednostek sektora finansów publicznych w województwie dolnośląskim w zakresie wydatkowania środków publicznych na usługi prawnicze.

### Cele częściowe kontroli:

- ocena przyjętych rozwiązań organizacyjnych w zakresie obsługi prawnej, w tym dotyczących zlecenia usług prawniczych podmiotom zewnętrznym,
  - ocena legalności zlecenia usług prawniczych podmiotom zewnętrznym, a także celowości<sup>3</sup>, rzetelności i uzasadnienia ekonomicznego w odniesieniu do rzeczywistych potrzeb jednostek w tym zakresie,
  - ocena prawidłowości realizacji umów na usługi prawnicze.
- Celem kontroli była również identyfikacja mechanizmów korupcjogennych i zjawisk korupcyjnych mogących występować przy zlecaniu i realizacji usług prawniczych na rzecz jednostek sektora finansów publicznych.

### Zakres podmiotowy kontroli, jej organizacja, podstawy prawne i kryteria

Badaniami kontrolnymi objęto okres od 1 stycznia 2013 r. do 30 czerwca 2015 r., przy czym uwzględniono również działania jednostek kontrolowanych podejmowane przed tym okresem, jak i po tym okresie, o ile miały one bezpośredni wpływ lub związek z ustaleniami stanu faktycznego dotyczącymi okresu objętego kontrolą.

Kontrolę, podjętą z inicjatywy własnej NIK, przeprowadziła Delegatura NIK we Wrocławiu. Skontrolowano łącznie 12 jednostek z terenu województwa dolnośląskiego, w tym: Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu, na podstawie art. 2 ust. 1 *ustawy o NIK* pod względem kryteriów legalności, gospodarności, celowości i rzetelności (art. 5 ust. 1 *ustawy o NIK*), a także 11 jednostek samorządu terytorialnego, w tym: Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego (UMWD we Wrocławiu), oraz urzędy miast w Lubaniu (UM Lubań), Lubinie (UM Lubin), Kłodzku (UM Kłodzko) i Wrocławiu (UM Wrocławia); urzędy miast i gmin w Bogatyni (UMiG Bogatynia), Nowogrodźcu (UMiG Nowogrodziec), Przemkowie (UMiG Przemków), Radkowie (UMiG Radków) i Siechnicach (UMiG Siechnice) oraz urząd gminy w Czarnym Borze (UG Czarny Bór) na podstawie art. 2 ust. 2 *ustawy o NIK* z uwzględnieniem kryteriów legalności, gospodarności i rzetelności (art. 5 ust. 2 *ustawy o NIK*).

Wykaz skontrolowanych jednostek wraz z osobami odpowiedzialnymi za kontrolowaną działalność stanowi **załącznik nr 5.1.** do niniejszej Informacji.

<sup>3</sup> Kryterium celowości dotyczy kontroli w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu.

### 2.1 Ogólna ocena kontrolowanej działalności<sup>4</sup>

Z naruszeniem prawa<sup>5</sup> lub zasad należytego zarządzania finansami<sup>6</sup> skontrolowane urzędy wydatkowały niemalże 60% środków finansowych<sup>7</sup> przeznaczonych na zewnętrzne usługi prawnicze. Zastrzeżenia Izby wzbudziły także niektóre z rozwiązań organizacyjnych przyjętych w tych jednostkach w zakresie związanym z obsługą prawną. Najistotniejsze stwierdzone przez NIK w wyniku kontroli problemy i nieprawidłowości polegały na:

1. Nieprzestrzeganiu postanowień ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych<sup>8</sup> dotyczących oceny pracy zawodowej radcy prawnego, poprzez niezasięgnięcie wymaganej opinii radcy prawnego wskazanego przez radę okręgowej izby radców prawnych, a także nieprzeprowadzaniu pracowniczej oceny okresowej radców prawnych zatrudnionych w urzędach *Jst*, pomimo obowiązku wynikającego z ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych<sup>9</sup>.
2. Niezgodnym z ustawą o radcach prawnych umiejscowieniu w strukturze organizacyjnej urzędów *Jst* radców prawnych, tj. na stanowiskach lub w komórkach organizacyjnych niepodlegających bezpośrednio kierownikowi organu.
3. Naruszeniu powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, w tym postanowień *Pzp* oraz regulacji wewnętrznych w związku z udzielaniem zamówień publicznych na usługi prawnicze, z których najistotniejsze dotyczyły: udzielania zamówień publicznych z pominięciem *Pzp*; nieuzasadnionego podziału zamówienia na części; ustalania wartości szacunkowej zamówień bez należytej staranności; braku kontrasygnaty skarbnika gminy na zawartych umowach, a także opóźnień publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzieleniu zamówienia (w skrajnym przypadku sięgającym ponad cztery lata).
4. Nierzetelnej realizacji umów na świadczenie obsługi prawnej, a także niezapewnieniu właściwego nadzoru nad ich przebiegiem i rozliczeniem. Część zawartych umów na świadczenie usług prawniczych w sposób niepełny zabezpieczało zarówno interes prawny, jak i ekonomiczny urzędów.

Ponadto NIK zwraca uwagę, iż w sytuacji powierzania przez *Jst* usług związanych z odzyskiwaniem podatku VAT<sup>10</sup> obowiązujące przepisy *Pzp* w sposób nieuzasadniony różnicowały sytuację prawników i doradców podatkowych. Wskutek powyższego, tożsame przedmiotowo usługi mogły być zlecane prawnikom z wyłączeniem obowiązku stosowania trybów konkurencyjnych, w przeciwieństwie do powierzenia tych zamówień doradcom podatkowym. Takie rozwiązania prowadziły do bezpodstawnego zróżnicowania dostępu do zamówień publicznych.

<sup>4</sup> Najwyższa Izba Kontroli stosuje 3-stopniową skalę ocen: pozytywna, pozytywna mimo stwierdzonych nieprawidłowości, negatywna. Jeżeli sformułowanie oceny ogólnej według proponowanej skali byłoby nadmiernie utrudnione, albo taka ocena nie dawałaby prawdziwego obrazu funkcjonowania kontrolowanych jednostek w zakresie objętym kontrolą, stosuje się ocenę opisową, bądź uzupełnia ocenę ogólną o dodatkowe objaśnienie. W niniejszej kontroli zastosowano ocenę opisową.

<sup>5</sup> 4,9 mln zł.

<sup>6</sup> 0,3 mln zł.

<sup>7</sup> Z łącznej kwoty 9,0 mln zł wydatkowanych na obsługę prawną w latach 2013-2015 przez skontrolowane jednostki.

<sup>8</sup> Dz. U. z 2015 r. poz. 507, ze zm.

<sup>9</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 1202, ze zm.

<sup>10</sup> Niniejszą kontrolą objęto wyłącznie procedurę powierzania przez *Jst* realizacji usługi związanej z odzyskiwaniem podatku VAT.

**Pomimo stwierdzonych nieprawidłowości i uchybień NIK wskazuje, że skontrolowane podmioty zapewniły obsługę prawną swoich urzędów i realizowały zadania w oparciu o uzyskane opinie prawne, a także reprezentację przed sądami i innymi organami procesowymi przez osoby legitymujące się stosownymi uprawnieniami.**

## 2.2 Synteza wyników kontroli

Skontrolowane podmioty w okresie od 1 stycznia 2013 r. do 30 czerwca 2015 r. w sposób zróżnicowany zorganizowały i zapewniły obsługę prawną swoich urzędów. Tylko w jednym przypadku, tj. Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu, obsługa tych zadań realizowana była wyłącznie przez pracowników urzędu<sup>11</sup>, nie wystąpiły przy tym przypadki zlecenia tych usług podmiotom zewnętrznym. Pozostałe 11 podmiotów powierzało realizację obsługi prawnej podmiotom zewnętrznym (w całości lub w części) wydatkując na ten cel łącznie 9 mln zł. Pięć z tych urzędów<sup>12</sup> (45,5% podmiotów), zatrudniało do obsługi prawnej 66 pracowników<sup>13</sup>. Jednocześnie podmioty te korzystały z obsługi prawnej podmiotów zewnętrznych wydatkując na ten cel łącznie 5,2 mln zł. Pozostałe sześć urzędów<sup>14</sup> (54,5% tych podmiotów) czynności związane z obsługą prawną zleciło w całości kancelariom prawnym, ponosząc związane z tym wydatki w kwocie 3,8 mln zł.

Zgodnie z zasadami prawa cywilnego, usługi prawnicze, co do zasady są usługami starannego działania, a nie rezultatu<sup>15</sup>. Z uwagi na to wyniki niniejszej kontroli nie wskazują jednorodnego, czy uniwersalnego modelu rozwiązań organizacyjnych w tym względzie, które byłyby adekwatne do sytuacji, w tym w szczególności prawno-ekonomicznej, poszczególnych *jsfp*.

Łącznie szczegółową weryfikacją objęto 63 umowy zawarte na obsługę prawną urzędów, skutkujące poniesieniem wydatków w kwocie 6,9 mln zł, co stanowiło 76,6% ogółu wydatkowanych na ten cel środków. Znaczący udział w wydatkowanej kwocie (2,8 mln zł, tj. 40,6%) przypadła na zawarte przez *Jst* sześć umów<sup>16</sup>, których zakres przedmiotowy polegał na zastępstwie procesowym oraz doradztwie związanym z odzyskiwaniem podatku VAT.

1. W trzech z sześciu urzędów<sup>17</sup> zatrudniających radców prawnych na podstawie umowy o pracę nie przeprowadzono oceny pracy zawodowej radców prawnych pomimo obowiązku wynikającego z art. 27 ustawy o *pracownikach samorządowych*, przy czym dokonanie takich ocen wymagało uwzględnienia wymogów określonych w art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych. Z kolei w dwóch skontrolowanych urzędach<sup>18</sup> (33,3%) pomimo przeprowadzenia takiej oceny, nie zasięgnięto opinii radcy prawnego wskazanego przez radę okręgową izby radców prawnych wymaganą w świetle art. 16 ust. 1 ustawy o *radcach prawnych*. Ocena okresowa radcy prawnego zgodnie z wymogami została dokonana jedynie w UMiG w Radkowie.

<sup>11</sup> Od 17 do 18 radców prawnych zatrudnionych w kontrolowanym okresie.

<sup>12</sup> Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, oraz urzędy miast w Lubinie i Wrocławiu; urzędy miast i gmin w Radkowie i Siechnicach.

<sup>13</sup> z których 60 posiadało uprawnienia radcy prawnego.

<sup>14</sup> Urzędy miast w Lubaniu, Kłodzku; urzędy miast i gmin w Bogatyni, Nowogrodźcu, Przemkowie oraz urząd gminy w Czarnym Borze.

<sup>15</sup> Oznacza to, że wykonawca powinien dążyć do osiągnięcia określonego rezultatu przy dołożeniu wszelkich starań w tym kierunku i zachowaniu należytej staranności. Spełniając te warunki nie ponosi przy tym odpowiedzialności za nieosiągnięcie pożądanego przez zleceniodawcę wyniku.

<sup>16</sup> Urzędy miast i gmin w Bogatyni, Nowogrodźcu, Przemkowie, Radkowie, Siechnicach oraz urząd gminy w Czarnym Borze.

<sup>17</sup> UMWD we Wrocławiu, UM Wrocławia, UMiG Siechnice.

<sup>18</sup> Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu, Urząd Miejski w Lubinie.



Ustalenia te wskazują na występujące po stronie skontrolowanych jednostek rozbieżności interpretacyjne związane z art. 3 ustawy o *pracownikach samorządowych*, stanowiącym, że przepisów ustawy nie stosuje się do pracowników zatrudnionych w jednostkach wymienionych w art. 2<sup>19</sup>, których status prawny określają odrębne przepisy. Na tle tej regulacji zachodziły wątpliwości, czy ustawa o *pracownikach samorządowych* znajduje zastosowanie do radców prawnych. Zasady wykonywania przez nich zawodu określa wprawdzie ustawa o *radcach prawnych* (art. 1 ust. 1 tej ustawy), jednakże odnosi się ona tylko wybiórczo do pewnych aspektów zatrudniania radców prawnych, w związku z czym do tej kategorii pracowników samorządowych znajdują także zastosowanie przepisy ustawy o *pracownikach samorządowych*<sup>20</sup>.

[str. 16–18 Informacji]

**2.** W sposób niezgodny z art. 9 ust. 3 ustawy o *radcach prawnych* umiejscowiono w strukturze urzędów komórki organizacyjne, w których zatrudnieni byli pracownicy na stanowiskach radców prawnych, tj. na stanowiskach lub w komórkach organizacyjnych niepodlegających bezpośrednio kierownikowi organu. Przypadki te wystąpiły w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego oraz w UM Wrocławia.

[str. 17 Informacji]

**3.** Sześć skontrolowanych podmiotów<sup>21</sup> zawarło umowy na świadczenie przez *Wykonawców* usług w przedmiocie odzyskiwania podatku VAT w związku z realizowanymi zadaniami inwestycyjnymi. W wyniku realizacji tych umów skontrolowane podmioty wydatkowały łącznie w analizowanym okresie 2,8 mln zł, udzielając tych zamówień w oparciu o przepis art. 5 ust. 1 b *Pzp* lub z pominięciem *Pzp*.

Zarówno obecnie obowiązujące, jak i nowo przyjęte rozwiązania prawne, odmiennie traktują prawników (adwokatów oraz radców prawnych) i doradców podatkowych w zakresie stosowania zamówień publicznych polegających na świadczeniu usług pomocy w dochodzeniu zwrotu podatku VAT. W obecnym stanie prawnym, usługi w tym zakresie świadczone przez prawników (adwokatów i radców prawnych), jako usługi niepriorytetowe, mogą być zlecane w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b *Pzp*, a w nowo przyjętym – zostaną w ogóle wyłączone spod zakresu stosowania przepisów *Pzp*<sup>22</sup>. Jeżeli natomiast usługi te świadczone są przez doradców podatkowych, to wówczas – w obecnym stanie prawnym – jako usługi priorytetowe, podlegają zamówieniom publicznym na zasadach ogólnych, co powoduje, że nie mogą być udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki.

[str. 23–24 Informacji]

**4.** W procesie wyłaniania *wykonawców* usług prawniczych wystąpiły przypadki naruszenia postanowień powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, w tym w szczególności *Pzp*, a także regulacji wewnętrznych obowiązujących w poszczególnych jednostkach. Nieprawidłowości

<sup>19</sup> Tj. w: [1] urzędach marszałkowskich oraz wojewódzkich samorządowych jednostkach organizacyjnych, [2] starostwach powiatowych oraz powiatowych jednostkach organizacyjnych, [3] urzędach gmin, jednostkach pomocniczych gmin, gminnych jednostkach budżetowych i samorządowych zakładach budżetowych, [4] biurach (ich odpowiednikach) związków jednostek samorządu terytorialnego oraz samorządowych zakładach budżetowych utworzonych przez te związki, [5] biurach (ich odpowiednikach) jednostek administracyjnych jednostek samorządu terytorialnego.

<sup>20</sup> A. Szewc, Regulacja prawna zatrudniania pracowników w samorządowych jednostkach organizacyjnych i jednostkach podległych, Samorząd terytorialny z 2010 r., nr 11, str. 48.

<sup>21</sup> UMiG Bogatynia, UMiG Nowogrodziec, UMiG Przemków, UMiG Radków, UMiG Siechnice i UG Czarny Bór.

<sup>22</sup> Jako usługi prawne zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014 r. poz. 134), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi.

stwierdzono w 10 z 12 skontrolowanych podmiotów (83,3%)<sup>23</sup>. W większości dotyczyły one istotnych naruszeń obowiązujących regulacji (w tym skutkujących wydatkowaniem środków z naruszeniem prawa). Wystąpiły również nieprawidłowości mające charakter formalny, które nie wpłynęły ostatecznie na wynik prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Najistotniejsze nieprawidłowości polegały na naruszeniu przepisów *Pzp* oraz innych przepisów powszechnie obowiązujących i dotyczyły:

- I. udzielania zamówień publicznych z pominięciem stosowania *Pzp* w pięciu z 12 (tj. 41,7%) skontrolowanych jednostek, co stanowiło naruszenie art. 44 ust. 4 *Ufp*. Zgodnie z tym przepisem jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są m.in. usługi, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej a także art. 7 ust. 3 *Pzp* nakazującego udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami tej ustawy. Udzielając zamówień w taki sposób, kontrolowane jednostki wydatkowały kwotę blisko 1,8 mln zł (26,8% wydatków z tytułu badanych umów), co wynikało m.in.:
  - z nieuprawnionego udzielenia zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 8 *Pzp*<sup>24</sup> i/lub art. 6a *Pzp*, w tym obejmujących świadczenia tożsame przedmiotowo i czasowo, a także możliwe do wykonania przez jednego wykonawcę (UMWD we Wrocławiu, UMiG Bogatynia, UM Lubań, UMiG Przemków, UM Wrocławia),
  - z ustalenia wartości szacunkowej zamówień (w szczególności usług związanych z odzyskiwaniem podatku VAT) bez należytej staranności, co stanowiło naruszenie art. 32 ust. 1 *Pzp* (UMiG Bogatynia, UMiG Siechnice).
- II. opóźnień w realizacji obowiązku publikacji informacji o udzieleniu zamówienia wymaganych stosownie do art. 95 ust. 1 i 2 *Pzp*, które w skrajnym przypadku przekroczyło cztery lata, mimo tego, że zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia powinno zostać dokonane niezwłocznie po zawarciu umowy (UMiG Nowogrodzic, UMWD, UM Wrocławia, UM Siechnice).
- III. zawarcia przez dwa podmioty umów o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo braku kontrasygnaty skarbnika gminy, co stanowiło naruszenie art. 46 ust. 3 *Usg* (UMiG Siechnice, UMiG Przemków).

W ośmiu z 12 (tj. 66,7%) skontrolowanych jednostek<sup>25</sup> w odniesieniu do zlecenia usług prawniczych nie przestrzegano w pełni regulacji wewnętrznych dotyczących udzielania zamówień publicznych. Najistotniejsze ze stwierdzonych w tym zakresie nieprawidłowości dotyczyły:

- zlecenia usług notarialnych bez zastosowania procedur o udzielenie zamówień publicznych,
- zawierania umów dotyczących realizacji usług prawniczych bez przeprowadzenia pisemnego rozeznania cenowego, poprzez zaproszenie do składania ofert, co najmniej dwóch oferentów,
- nieupublicznienia, w przypadku dwóch postępowań, informacji o wyborze ofert w takiej formie, w jakiej zostało opublikowane zaproszenie do składania ofert,

<sup>23</sup> Nieprawidłowości w tym zakresie nie stwierdzono w: [1] Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu oraz [2] Urzędzie Gminy Czarny Bór.

<sup>24</sup> W świetle art. 4 pkt 8 *Pzp*, ustawy tej nie stosuje się m.in. do zamówień, których wartość w okresie objętym kontrolą nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14.000 euro (do dnia 15 kwietnia 2014 r.) lub 30.000 euro (od dnia 16 kwietnia 2014 r.).

<sup>25</sup> UM Lubań, UM Lubin, UM Wrocławia, UMiG Bogatynia, UMiG Siechnice, UMiG Nowogrodzic, UMiG Przemków, UMiG Radków.

- sporządzenia wewnętrznego wniosku o udzielenie zamówienia, który nie zawierał wymaganego uzasadnienia faktycznego i prawnego udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki (na podstawie art. 5 ust. 1b *Pzp*).

[str. 18–22 Informacji]

5. Skontrolowane urzędy w zawartych umowach na świadczenie usług prawnych nie w pełni zabezpieczały swój interes prawny i ekonomiczny. Podpisane umowy nie zawierały bowiem zapisów mogących mieć istotne znaczenie w przypadku nieprawidłowej ich realizacji, bądź wystąpienia sporu z *Wykonawcami*. Nierzetelnie również rozliczano i egzekwowano postanowienia umów, co skutkowało m.in. wydatkowaniem środków publicznych z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami.

[str. 22–23 Informacji]

### 2.3 Uwagi końcowe i wnioski

1. Najwyższa Izba Kontroli dokonała oceny skontrolowanej działalności na gruncie przepisów obowiązujących w okresie objętym badaniami. Należy przy tym zauważyć, że obecnie trwają prace legislacyjne nad implementacją Nowej Dyrektywy Zamówieniowej do polskiego porządku prawnego poprzez nowelizację przepisów *Pzp*<sup>26</sup>.

Wprowadzane zmiany dotyczyć będą m.in. regulacji związanych z udzielaniem zamówień publicznych na usługi prawne<sup>27</sup>, w tym związanych ze zlecaniem usług prawnych przez *Jsfp*. Ustawa nowelizująca *Pzp* została uchwalona przez Sejm w dniu 13 maja 2016 r.<sup>28</sup>

Niektóre z przyjętych rozwiązań budzą wątpliwości interpretacyjne. Dotyczą one zakresu wyłączenia zamówień publicznych na określone usługi prawne z obowiązku stosowania przepisów *Pzp*. W ustawie nowelizującej *Pzp* doprecyzowania wymaga: [1] zdefiniowanie usług prawnych, w odniesieniu do których zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że staną się przedmiotem postępowań arbitrażowych, pojednawczych lub sądowych, [2] zdefiniowanie usług prawnych związanych z wykonywaniem władzy publicznej oraz [3] zakres wyłączenia spod obowiązku stosowania *Pzp* usług notarialnych.

2. Uwzględniając przedstawione w niniejszej Informacji wyniki kontroli, Najwyższa Izba Kontroli wnioskuje pod adresem:

#### a) Prezesa Rady Ministrów o:

- podjęcie inicjatywy legislacyjnej w zakresie nowelizacji art. 9 ust. 3 ustawy *o radcach prawnych*, zmierzającej do rozszerzenia możliwości przewidzianej w zdaniu drugim tego przepisu również na organy samorządowe, tj. wprowadzenie rozwiązania, zgodnie z którym zarówno w organie państwowym, jak i samorządowym, radca prawny może być zatrudniony także w innej wyodrębnionej komórce lub jednostce organizacyjnej i podlegać jej kierownikowi.

#### b) Zarządów województw, prezydentów miast, burmistrzów oraz wójtów o:

- stosowanie do pracowników samorządowych zatrudnionych na stanowiskach radców prawnych ustawy *o pracownikach samorządowych* w zakresie nieuregulowanym ustawą *o radcach prawnych*.

<sup>26</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 19 stycznia 2016 r.

<sup>27</sup> Określenie zgodne z terminologią używaną w Dyrektywie 2014/24/UE.

<sup>28</sup> <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=FB297953CCDE7931C1257F850037BC34>.

- udzielanie zamówień na usługi prawnicze z uwzględnieniem określonych w 44 ust. 3 pkt 1 *Ufp* zasad należytego zarządzania finansami publicznymi, m.in. poprzez udzielanie tych zamówień zgodnie z przyjętymi regulacjami wewnętrznymi celem zapewnienia efektywnego i gospodarnego dokonywania wydatków publicznych.
3. Niezależnie od powyższego, w związku z pracami legislacyjnymi nad implementacją *Nowej Dyrektywy Zamówieniowej* do polskiego porządku prawnego, NIK dostrzega potrzebę:
- a) ujednoczenia zasad udzielania zamówień na usługi prawnicze<sup>29</sup> i usługi doradztwa podatkowego, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. *o doradztwie podatkowym*<sup>30</sup>, poprzez wprowadzenie regulacji, na podstawie której przywołane usługi z zakresu doradztwa podatkowego<sup>31</sup> będą udzielane na takich samych zasadach, jak usługi prawnicze.
  - b) doprecyzowania, że przesłankami wyłączenia usług prawniczych z zakresu zastosowania *Pzp* są:
    - konkretne przesłanki i wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, która dotyczy porady prawnej, stanie się przedmiotem postępowania arbitrażowego lub pojednawczego toczącego się w państwie członkowskim, państwie trzecim lub przed międzynarodową instancją arbitrażową lub pojednawczą lub postępowania sądowego toczącego się przed sądami, trybunałami lub przed organami publicznymi państwa członkowskiego lub państwa trzeciego lub przed międzynarodowymi sądami trybunałami lub instytucjami – tak, jak zostało to określone w art. 10 lit. d) pkt (ii) *Nowej Dyrektywy Zamówieniowej*. W ustawie nowelizującej *Pzp* – w art. 1 pkt 5 lit. c) tiret drugie – wskazano jedynie, że wyłączeniu z zakresu zastosowania *Pzp* podlegają sprawy, w których zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że staną się przedmiotem postępowań przed arbitrażowych lub pojednawczych lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi.
    - realizowane nawet sporadycznie usługi w zakresie wykonywania władzy publicznej. W ustawie nowelizującej *Pzp* – w art. 1 pkt 5 lit. c) tiret drugie – wskazano, że wyłączeniu z zakresu zastosowania *Pzp* podlegają usługi prawne związane z wykonywaniem władzy publicznej, co sugeruje, że chodzi o zadania zamawiających. Zgodnie natomiast z preambułą *Nowej Dyrektywy Zamówieniowej* celem regulacji w tym przedmiocie jest wyłączenie spod reżimu prawnego udzielenia zamówień publicznych usług prawnych urzędowych.

<sup>29</sup> CPV 79100000-5 do 79140000-7; 75231100-5.

<sup>30</sup> Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 213 ze zm. Usługi te mieszczą się w CPV od 79210000-9 do 79223000-3.

<sup>31</sup> Usługi z zakresu doradztwa podatkowego, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy *o doradztwie podatkowym* obejmują udzielanie podatnikom, płatnikom i inkasentom, na ich zlecenie lub na ich rzecz, porad, opinii i wyjaśnień z zakresu ich obowiązków podatkowych i celnych oraz w sprawach egzekucji administracyjnej związanej z tymi obowiązkami (w art. 2 ust. 1 pkt 1) oraz 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 (usługi wskazane w art. 2 ust. 1 pkt 4 przywołanej ustawy). W myśl art. 2 ust. 2 ustawy *o doradztwie podatkowym* zawodowe wykonywanie czynności, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 4, zastrzeżone jest wyłącznie dla podmiotów uprawnionych w rozumieniu ustawy. Wymogi takie nie dotyczą usług doradztwa podatkowego wskazanych w art. 2 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy *o doradztwie podatkowym*. Natomiast stosownie do art. 3 ustawy *o doradztwie podatkowym* podmiotami uprawnionymi do zawodowego wykonywania czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1, są: 1) osoby fizyczne wpisane na listę doradców podatkowych; 2) adwokaci i radcowie prawni; 3) biegli rewidenci, zaś podmiotami uprawnionymi do zawodowego wykonywania czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4, są: 1) osoby fizyczne wpisane na listę doradców podatkowych; 2) adwokaci i radcowie prawni. Artykuł 4 jako podmioty uprawnione do wykonywania ww. czynności uznaje również podmioty, które wykonują doradztwo podatkowe (w zakresie art. 2 ust. 1 pkt 1 i 4) wyłącznie poprzez osoby wskazane w art. 3 ustawy *o doradztwie podatkowym*.

- c) doprecyzowania zakresu wyłączenia ze stosowania *Pzp* usług notarialnych przy uwzględnieniu katalogu czynności notarialnych określonych w art. 79 ustawy – *Prawo o notariacie*. W ustawie nowelizującej *Pzp* wskazano jedynie, że wyłączeniu z zakresu zastosowania *Pzp* podlegają usługi prawne notarialnego poświadczenia i uwierzytelniania dokumentów (w art. 1 pkt 5 lit. c tiret drugie).

### 3.1 Charakterystyka stanu prawnego oraz uwarunkowań ekonomicznych i organizacyjnych

Jednostki sektora finansów publicznych mogą wykonywać samodzielnie zadania publiczne regulowane ustawami i innymi aktami prawnymi lub zlecać ich wykonanie podmiotom zewnętrznym. Wybierając takie rozwiązanie jednostki powinny mieć na uwadze efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Szerokie spektrum realizowanych zadań, stopień skomplikowania i zmienność przepisów powodowała konieczność wypracowania przez *Jsfp* takich rozwiązań organizacyjnych, które pozwolą na sprawną i skuteczną ochronę ich interesów prawnych. W konsekwencji podmioty sektora finansów publicznych rezygnują z dotychczas przyjętej formy zatrudniania radców prawnych na podstawie umowy o pracę na rzecz zlecenia tych usług wyspecjalizowanym podmiotom zewnętrznym. Podstawową korzyścią, która powinna wynikać z tego rozwiązania jest przede wszystkim zapewnienie wysokiej jakości usług świadczonych przez wyspecjalizowane firmy prawnicze. Działaniu temu towarzyszą jednak ryzyka dotyczące w szczególności: naruszania powszechnie obowiązujących i wewnętrznych norm prawnych związanych z wyborem świadczeniodawców, delegowania zadań bez uprzedniej analizy potrzeb, a także ponoszenia kosztów niewspółmiernych do korzyści. Procesowi temu towarzyszyć może również występowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym. Z uwagi na wynoszący obecnie 30 tys. euro próg stosowania *Pzp*, liczne usługi prawnicze mogą być udzielane bez stosowania tej ustawy, co ma bezpośredni wpływ na ograniczenie konkurencji. Na rynku prawniczym jest ona natomiast duża i stale rośnie, co umożliwia szeroki dostęp do tych usług w korzystnych cenach, z zachowaniem ich wysokiej jakości.

Przedmiotem kontroli było gospodarowanie środkami publicznymi na zapewnienie obsługi prawnej *Jsfp*, w szczególności poprzez zlecenie usług prawniczych podmiotom zewnętrznym. Istotną pozostawała przy tym kwestia czy *Jsfp* podejmując decyzję o zleceniu usług prawniczych dokonywały i uwzględniały wyniki analiz rzeczywistych potrzeb i korzyści, zasadności ich zlecenia oraz stosowania m.in. przepisów ustawy *Pzp*. Zakres kompetencji organów administracji publicznej wskazany jest w aktach prawnych powszechnie obowiązujących. Biorąc pod uwagę sposób wyznaczania zakresu zadań i funkcji, a także charakter świadczonych usług, trzeba stwierdzić, że żaden organ w sektorze administracji publicznej nie ma uprawnień do rozszerzania zakresu swoich zadań lub rezygnacji z ich wykonywania. Głównym celem zlecenia usług prawniczych podmiotom zewnętrznym powinna być zatem poprawa jakości realizacji zadania – oczekuje się, że zewnętrzny podmiot, dzięki wyspecjalizowaniu się w świadczeniu określonego rodzaju usług, zapewni ich najwyższą jakość. Należy mieć przy tym na uwadze, że zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 *Ufp* wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Najważniejsze uwarunkowania prawne związane z kontrolowaną sferą dotyczyły:

[1] zakresu przedmiotowego usług prawniczych, który definiuje *Rozporządzenie*. Stosownie do Załącznika nr 2 do tego *Rozporządzenia* do usług o charakterze niepriorytetowym zaliczone zostały usługi prawnicze (Numer kategorii 21)<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Zakres ten odpowiada nr CPC 861 (Provisional Central Product Classification Centralna Klasyfikacja Produktów) oraz Numerom CPV od 79100000-5 do 79140000-7.



Z kolei do usług priorytetowych zaliczone zostały usługi w obszarze księgowości, audytu oraz prowadzenia ksiąg rachunkowych<sup>33</sup>, co odpowiada Numerowi CPC – 862, oraz Numerom CPV od 79210000-9 do 79223000-3 (Załącznik nr 1 do Rozporządzenia, Nr kategorii 9). Zakres ten obejmuje m.in. usługi doradztwa podatkowego oraz czynności przygotowawcze do zwrotu podatku.

Zakres usług prawniczych regulowały także:

- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie *Polskiej Klasyfikacji Działalności*<sup>34</sup>, które wskazuje przedmiot działalności wchodzących w zakres „działalności prawniczej” (Załącznik do rozporządzenia, podklasa 69.10.Z)<sup>35</sup>;
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie *Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU)*<sup>36</sup>, które wyróżnia m.in. usługi prawne (Dział 69 Załącznika do tego rozporządzenia<sup>37</sup>);
- ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o *doradztwie podatkowym* – w art. 2 tej ustawy zdefiniowano zakres czynności doradztwa podatkowego.

[2] przepisów *Pzp* – zgodnie z art. 44 ust. 4 *Ufp* zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. W *Pzp* określone zostały kategorie zamawiających, do których należą m.in. organy administracji rządowej i jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 4 *Pzp*, ustawy tej nie stosuje się m.in. do zamówień, których przedmiotem są: umowy z zakresu prawa pracy, zamówienia i konkursy, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty: [a] 14.000 euro w brzmieniu ustawy obowiązującym od 11 czerwca 2007 r. (do dnia 15 kwietnia 2014 r.); [b] 30.000 euro (od dnia 16 kwietnia 2014 r.). Przepisy *Pzp* regulują podejmowane przez zamawiających czynności związane m.in. z oszacowaniem wartości zamówienia, wyborem trybu udzielenia zamówienia, opracowaniem SIWZ (z wyłączeniem trybu zamówienia z wolnej ręki), oceną złożonych ofert, obowiązkami publikacyjnymi, czy też sporządzeniem protokołu zamówienia. *Pzp* reguluje również sposób zawarcia umowy, a także wprowadzania zmian do jej postanowień.

Usługi prawnicze zostały zaliczone do usług niepriorytetowych, a konsekwencją takiej kwalifikacji jest możliwość stosowania do postępowań o ich udzielenie specyficznych (tj. mniej restrykcyjnych) regulacji *Pzp*, które zostały określone w art. 5 i 5a tej ustawy. Z tego też względu istotnym elementem niniejszej kontroli było ustalenie czy prawidłowo stosowano przywołane tryby udzielenia zamówienia. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych *Pzp* łączyć innych zamówień z usługami o charakterze niepriorytetowym (art. 5 ust. 2 i 3 *Pzp*).

[3] zamówień, do których nie stosuje się *Pzp* – do udzielania zamówień publicznych, których wartość nie przekraczała progów określonych w art. 4 pkt 8 *Pzp*, nie ma obowiązku stosowania *Pzp*. Jednakże do tego rodzaju zamówień zastosowanie znajduje m.in. art. 44 ust. 3 pkt 1 *Ufp*.

<sup>33</sup> Zakres ten odpowiada Numerowi CPC – 862, oraz Numerom CPV od 79210000-9 do 79223000-3.

<sup>34</sup> Dz. U. z 2007 r. Nr 251, poz. 1885 ze zm.

<sup>35</sup> W załączniku tym zdefiniowano również zakres „działalności rachunkowo-księgowej i doradztwa podatkowego” (podklasa 69.20.Z).

<sup>36</sup> Dz. U. z 2008 r., Nr 207, poz. 1293. Akt ten został uchylony z dniem 1 stycznia 2016 r. Obecnie obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie *Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU)* (Dz. U. poz. 1676).

<sup>37</sup> W Dziale 69 wyróżniono również usługi rachunkowo-księgowe i doradztwa podatkowego.

Ponadto nie ma przeciwwskazań, aby takie zamówienia zostały udzielone przez zamawiających w trybach określonych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny*<sup>38</sup>, tj. np. w trybie aukcji lub przetargu (art. 70<sup>1</sup>–70<sup>5</sup>) bądź negocjacji (art. 72–72<sup>1</sup>).

[4] *Ufp* – zgodnie z art. 44 ust. 1 *Ufp* wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w: ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego bądź planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych.

[5] ustawy o VAT – opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju (z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT). Stosownie zaś do art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o VAT *Jst*, jeżeli samodzielnie wykonują działalność gospodarczą, stają się podatnikiem podatku od towarów i usług, co uprawnia do skorzystania z prawa do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego lub do zwrotu różnicy na rachunek bankowy w zakresie, w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych (z określonymi ustawowo wyłączeniami) – art. 86 ust. 1 ustawy o VAT. Szczegółowe omówienie stanu prawnego przedstawiono w **załączniku nr 5.2.**, natomiast wykaz podstawowych aktów prawnych stanowi **załącznik nr 5.3.**

### 3.2 Istotne ustalenia kontroli

#### 3.2.1. Przyjęte rozwiązania organizacyjne w zakresie obsługi prawnej, w tym dotyczące zlecenia usług prawniczych podmiotom zewnętrznym

Skontrolowane podmioty korzystały z wiedzy prawniczej osób legitymujących się uprawnieniami adwokatów i radców prawnych. W DUW we Wrocławiu obsługa prawna opierała się wyłącznie na pracownikach urzędu, natomiast w pozostałych jednostkach przyjęto zróżnicowany sposób organizacji tej sfery działalności – poprzez zatrudnianie i jednoczesne zlecenie usług prawniczych lub wyłącznie korzystanie z usług zewnętrznych kancelarii prawniczych. NIK nie kwestionuje powyższych rozwiązań, natomiast przeprowadzona kontrola ujawniła, że w sposób zróżnicowany dokonywano ocen pracy zawodowej radców prawnych zatrudnionych w kontrolowanych podmiotach. Oceny pracy radców prawnych zatrudnionych w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu dokonywano wyłącznie w oparciu o ustawę o *służbie cywilnej*, bez zasięgnięcia opinii radcy prawnego wskazanego przez radę okręgową izby radców prawnych, co stanowiło naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy o *radcach prawnych*. Z kolei w UM Lubin oceny te dokonywane były jedynie z uwzględnieniem ustawy o *pracownikach samorządowych*. W trzech jednostkach – UMWD we Wrocławiu, UM Wrocławia i UMiG Siechnice oceny zawodowej radców prawnych nie dokonywano w ogóle, pomimo tego, że taki obowiązek wynikał z art. 27 ustawy o *pracownikach samorządowych*:

- **w DUW** ocena okresowa radców prawnych zatrudnionych w każdym z 25 skontrolowanych przypadków, dokonywana była bez zasięgnięcia opinii radcy prawnego wskazanego przez okręgową izbę radców prawnych, mimo że taki wymóg wynikał z art. 16 ust. 1 ustawy o *radcach prawnych*. Dyrektor Biura Organizacyjno-Administracyjnego wskazała m.in., że ocena okresowa radców prawnych zatrudnionych w DUW jest dokonywana w kontekście przydatności pracownika do pracy w ramach służby cywilnej na rzecz Urzędu, ma zatem charakter wewnętrzny i z definicji subiektywizowany swoim przeznaczeniem. W rezultacie w DUW przyjęte zostało założenie, że art. 16 ustawy o *radcach prawnych* nie ma charakteru *lex specialis* względem art. 81 ustawy o *służbie cywilnej* i nie znajduje zastosowania wobec radców zatrudnionych w służbie cywilnej.

<sup>38</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.



- **w UMWD we Wrocławiu** praca zatrudnionych radców prawnych nie była wcale poddawana ocenie. Dyrektor Wydziału Organizacyjno-Prawnego wyjaśnił, że w Urzędzie nie dokonywano ocen pracowniczych pracowników zajmujących się obsługą prawną z uwagi na niezależność i niezawisłość zawodu radcy prawnego.
- **w UM Wrocławia** praca zatrudnionych radców prawnych nie była wcale poddawana ocenie okresowej. Sekretarz Miasta Wrocławia wyjaśnił, iż niedokonywanie ocen okresowych radców prawnych wynika z regulacji prawnej zawartej w art. 3 ustawy o pracownikach samorządowych oraz z uwagi na okoliczność, że dokonanie oceny okresowej – w świetle Uchwały nr 59/IX/2014 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 21 maja 2014 r. – musiałoby wiązać się z dostępem do tajemnic prawnie chronionych (np. danych osobowych, tajemnicy radcowskiej, skarbowej i handlowej). Jak natomiast wyjaśnił Dyrektor Wydziału Prawnego, niestosowanie ustawy o pracownikach samorządowych w zakresie dokonywania ocen okresowych radców prawnych znajduje także oparcie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r. (sygn. akt I PK 181/13). NIK nie uwzględnia tych wyjaśnień. Obowiązek dokonywania ocen radców prawnych zatrudnionych w jednostkach samorządowych wynika wprost z ustawy o pracownikach samorządowych, przy czym dokonanie takiej oceny wymaga uwzględnienia wymogów określonych w art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych. Powołane zaś przez Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu orzeczenie nie dotyczy dokonywania ocen okresowych radców prawnych.

Najwyższa Izba Kontroli podkreśla, że obowiązek dokonywania ocen radców prawnych, będących członkami korpusu służby cywilnej, wynika wprost z art. 81 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej<sup>39</sup>, a zatrudnionych w jednostkach samorządowych znajduje swe źródło w art. 27 ustawy o pracownikach samorządowych, przy czym dokonanie takich ocen wymaga uwzględnienia wymogów określonych w art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych. Ustalenia kontroli wskazują, że prawidłowe stosowanie przywołanych przepisów było możliwe. Na aprobatę zasługuje, że w UMiG Radków dokonano oceny rady prawnego zgodnie z obowiązującymi przepisami. W urzędzie tym prawidłowo usytuowano również stanowisko radcy prawnego:

- *W strukturze organizacyjnej Urzędu wyodrębniono stanowisko radcy prawnego podległe bezpośrednio Burmistrzowi. Radca prawny został poddany okresowej ocenie Burmistrza w dniu 29 listopada 2013 r. Oceny tej dokonano po zasięgnięciu opinii radcy prawnego wskazanego przez radę Okręgowej Izby Radców Prawnych w Wałbrzychu, wymaganej na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych.*

Również w przypadku skontrolowanych urzędów, które obsługę prawną powierzyły zarówno zatrudnionym pracownikom, jak i zlecały takie usługi podmiotom zewnętrznym, stwierdzono nieprawidłowości związane z usytuowaniem radców prawnych w strukturze organizacyjnej w sposób niezgodny z art. 9 ust. 3 ustawy o radcach prawnych, który stanowi, że w organie państwowym lub samorządowym radca prawny wykonuje pomoc prawną w komórce lub w jednostce organizacyjnej, w biurze, w wydziale lub na wyodrębnionym stanowisku do spraw prawnych podległym bezpośrednio kierownikowi tego organu:

- **w UMWD we Wrocławiu** Dział Obsługi Prawnej podlegał Sekretarzowi Województwa Dolnośląskiego, choć powinien podlegać Marszałkowi Województwa Dolnośląskiego
- **w UM Wrocławia** Wydział Prawny Urzędu podlegał Sekretarzowi Miasta, choć powinien podlegać Prezydentowi Wrocławia.

*Poza ww. naruszeniem Izba stwierdziła, że pięciu radców prawnych zatrudnionych w innych niż Wydział Prawny komórkach organizacyjnych UM Wrocławia nie było podporządkowanych bezpośrednio Prezydentowi Wrocławia. Sekretarz Miasta Wrocławia wyjaśnił, iż taka struktura organizacyjna Urzędu odpowiada istniejącym potrzebom i według niego nie narusza obowiązującego prawa.*

NIK przypomina, że problem usytuowania radców prawnych w strukturze podmiotów ich zatrudniających był już kilkakrotnie poruszany w piśmiennictwie komentującym ustawę o radcach prawnych. W komentarzu do art. 9 ust. 3 ustawy o radcach prawnych już w 1999 r. zasygnalizowano, że sposób sformułowania tego przepisu może odbiegać od rzeczywistych potrzeb i uwarunkowań Jst. Stwierdzono bowiem, że: „W „organie państwowym” zawód można wykonywać

<sup>39</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 1111, ze zm. Dotyczy Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu.

również przez zatrudnienie w innej komórce organizacyjnej, świadcząc pomoc prawną (z założenia – wyspecjalizowaną) na jej rzecz i podlegając wówczas kierownikowi tej komórki, a nie bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej. Taka potrzeba może, szczególnie po reformie ustrojowej, zaistnieć również w „organach samorządowych”<sup>40</sup>.

### 3.2.2. Przestrzeganie przepisów powszechnie obowiązujących i uregulowań wewnętrznych w procedurze zlecania usług prawniczych

#### 3.2.2.1 Udzielanie zamówień na realizację usług prawniczych w oparciu o przepisy powszechnie obowiązujące, w tym Pzp

Postanowienia przepisów powszechnie obowiązujących, a przede wszystkim Pzp zostały naruszone w sposób istotny w przypadku aż dziewięciu podmiotów (75,0%) objętych kontrolą. Stwierdzone w wyniku kontroli nieprawidłowości polegały na:

- nieuprawnionym udzieleniu zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 8 Pzp<sup>41</sup> i/lub art. 6a Pzp:
  - **UM Lubań** w wyniku nieuprawnionego podziału zamówień na usługi prawnicze, niezgodnie z prawem wydatkował środki publiczne w łącznej kwocie 337,0 tys. zł brutto. W latach 2013–2014 Urząd dokonał odrębnego oszacowania sześciu postępowań, czym naruszył postanowienia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp i zaniżył wartość szacunkową ośmiu postępowań na usługi prawnicze stosując zwolnienie, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, w konsekwencji czego udzielił ich z pominięciem trybów konkurencyjnych określonych w ustawie Pzp. Burmistrz wyjaśnił, że do tej pory nie rozważano możliwości wyboru wykonawcy usług prawniczych w jednym postępowaniu i nie przewidywano wieloletniego zamówienia. Dotychczasowa forma zlecenia usług prawniczych jest satysfakcjonująca dla Urzędu. Takie podejście pozwala Zamawiającemu na znaczną swobodę, w szczególności na wypadek zamiaru nieprzedłużania z daną kancelarią umowy cywilno-prawnej.
  - **UM Wrocławia** w 2013 r. udzielił zamówień na usługi notarialne o łącznej wartości 157,2 tys. zł netto, w 2014 r. – 169,2 tys. zł netto, bez stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, na podstawie art. 4 ust. 8 Pzp. W 2015 r. (do 30 czerwca) w Urzędzie udzielono zamówień na usługi notarialne o łącznej wartości 66,6 tys. zł. Udzielone z wyłączeniem stosowania przepisów Pzp zamówienia dotyczyły świadczeń tożsamych przedmiotowo (usługi notarialne) i tożsamych czasowo. Sekretarz Miasta Wrocławia wyjaśnił, że nie stosując przepisów ustawy Pzp do udzielania zamówień na usługi notarialne kierowano się zaufaniem do stanowiska Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z dnia 21 stycznia 2011 r., w którym wyrażono pogląd, iż notariusze nie są przedsiębiorcami i nie powinni brać udziału w jakiegokolwiek grze rynkowej, a zatem również nie powinni brać udziału w przetargach na świadczenie usług notarialnych, a także orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego w sprawie statusu prawnego notariuszy. Sekretarz wyjaśnił również, że wielość podmiotów świadczących te usługi pozwala na negocjowanie każdorazowo stawek w granicach rozporządzenia i ich obniżenia. W wyniku stwierdzonej nieprawidłowości Urząd niezgodnie z prawem wydatkował środki publiczne za czynności notarialne w łącznej kwocie 483,4 tys. zł brutto. Ponadto, w 2014 i 2015 r. w Urzędzie udzielono dwóch zamówień publicznych na świadczenia usług prawniczych dla Biura Promocji Miasta i Biura Współpracy z Zagranicą Urzędu bez stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, na podstawie art. 4 pkt 8 Pzp. Zamówienia te zostały udzielone w tym samym okresie (w odstępie 44 dni), obejmowały ten sam rodzaj usług (usługi prawnicze) i mogły być zrealizowane przez tego samego wykonawcę, a okresy świadczenia tych usług częściowo się pokrywały. Łączna wartość tych zamówień wynosiła 275,8 tys. zł, tj. 53,1 tys. euro i przekraczała określoną w art. 4 pkt 8 Pzp kwotę 30 tys. euro, tj. kwotę do wysokości, której dopuszczalne jest udzielanie zamówień publicznych bez stosowania przepisów Pzp. W wyniku stwierdzonej nieprawidłowości Urząd niezgodnie z prawem wydatkował (do dnia 30 czerwca 2015 r.) środki publiczne w łącznej kwocie 108,0 tys. zł.
  - **UMiG Przemków** zlecił realizację 10 umów dotyczących usług prawniczych pomimo tego, że zamówienia publiczne na świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej udzielone w 2011 r. jednemu podmiotowi, w 2012 r. dwóm podmiotom i w 2013 r. także dwóm podmiotom dotyczyły świadczeń tożsamych przedmiotowo i czasowo,

<sup>40</sup> Komentarz do ustawy o radcach prawnych, Zenon Klatka, Wydawnictwo C.H. BECK Warszawa 1999 str. 124.

<sup>41</sup> W świetle art. 4 pkt 8 Pzp, ustawy tej nie stosuje się m.in. do zamówień, których wartość w okresie objętym kontrolą nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14.000 euro (do dnia 15 kwietnia 2014 r.) lub 30.000 euro (od dnia 16 kwietnia 2014 r.).

a ich wykonanie możliwe było przez jednego wykonawcę. Wartość obowiązujących w poszczególnych latach umów przekraczała 14 000 euro (w latach 2011–2013) i 30 000 euro (w 2014 r.) tj. wyniosła 169 000 zł (44 021,9 euro) w 2011 r., 183 000 zł (45 526,9 euro) w 2012 r., 220 000 zł (54 731,81 euro) w 2013 r., 254 600 zł (60 261,78 euro) w 2014 r.

- ustaleniu wartości szacunkowej zamówień bez należytej staranności, w konsekwencji czego udzielono zamówień z pominięciem przepisów Pzp:
  - **w UMiG Bogatynia** wybór wykonawcy świadczenia usług dotyczących zastępstwa procesowego i doradztwa związanego z tym zastępstwem w zakresie odzyskiwania podatku VAT, nie został poprzedzony ustaleniem szacunkowej wartości zamówienia, a w konsekwencji udzielono go z pominięciem Pzp oraz procedury określonej w wewnętrznym regulaminie udzielania zamówień o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość 14 tys. euro. Według stanu na dzień 30 czerwca 2015 r. Wykonawca wystawił faktury na łączną kwotę 832 593,58 zł brutto (676 905,36 zł netto), z czego Gmina zapłaciła wynagrodzenie w wysokości 830 343,58 zł brutto<sup>42</sup>. Skarbnik Gminy wyjaśnił, że biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia i brak możliwości precyzyjnego oszacowania wartości zamówienia oraz gwarancji uzyskania przez Gminę Bogatynia środków finansowych ze zwrotu VAT nie wszczęto postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z tym nie sporządzono wniosków o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz protokołu z tego postępowania.
  - **w UMiG Siechnice** w szacowaniu wartości zamówienia nie ujęto wartości wynagrodzenia za zastępstwo procesowe. Wysokość wynagrodzenia netto z tego tytułu wypłaconego Wykonawcy usługi udzielanej w przedmiotowym postępowaniu wyniosła w 2013 r. kwotę 49 560,00 zł, co łącznie z wynagrodzeniem rocznym netto stanowiło kwotę 91 560,00 zł (tj. równowartość 22 778,39 euro).
- nienależytym ustaleniu wartości szacunkowej zamówień w ramach postępowań prowadzonych z zastosowaniem Pzp:
  - **w UMiG Siechnice** w przypadku postępowania, w wyniku którego zawarto umowę na świadczenie pomocy prawnej związanej z prowadzonymi w Urzędzie postępowaniami podatkowymi<sup>43</sup>, ustalona wartość zamówienia wyniosła 594 589,10 zł. Wykazana w Protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wartość zamówienia była równa sumie wynagrodzenia ryczałtowego netto (43 902,04 zł) i możliwego (potencjalnego) wynagrodzenia ryczałtowego stanowiącego 2,3% wartości netto kwoty podatku od nieruchomości możliwej do uzyskania w wyniku realizacji ww. umowy (550 687,06 zł). Wartość ta została ustalona w oparciu o dane wynikające z zawartej umowy z Wykonawcą, któremu udzielono tego zamówienia. Z zebranych w toku prowadzonego postępowania przez Urząd ofert wynikało natomiast, że rynkowa wartość usługi prawniczej to 1 075 109,32 zł<sup>44</sup>,

a ponadto:

- w przypadku innego postępowania<sup>45</sup>, poprzedzonego analizą zasadności podniesienia roszczeń w wyniku oceny możliwości optymalizacji rozliczeń VAT dokonywanych przez Gminę Siechnice – wartość szacunkową tego zamówienia ustalono według wyjaśnień Burmistrza na kwoty 1 000,00 zł i 392 700,00 zł. Zdaniem NIK oszacowanie wartości zamówienia nie zostało dokonane z należyłą starannością, wymaganą art. 32 ust. 1 Pzp, bowiem ustalona została w oparciu o przyjęcie do szacowania tylko jednej wartości możliwego do odzyskania podatku VAT (wynikającego z umowy dotyczącej budowy stadionu lekkoatletycznego) w sytuacji, gdy w latach 2007–2011 realizowanych było szereg zadań inwestycyjnych, od których Gmina Siechnice nie odzyskiwała podatku VAT. Ostatecznie z tytułu realizacji przedmiotowej umowy wypłacono na dzień zakończenia czynności kontrolnych<sup>46</sup> 1 104 552,20 zł (281,3% szacunkowej wartości wskazanej przez Burmistrza).
- **w UMiG Przemków** niezgodnie z wymogiem art. 32 ust. 1 Pzp ustalono szacunkową wartość zamówienia dotyczącego wyboru Wykonawcy na usługi doradztwa prawnego polegającego na zastępstwie procesowym i doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniu o zwrot VAT. Z protokołu postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki wynikało, że szacunkowa wartość zamówienia została

<sup>42</sup> 58.270,75 zł w dniu 26 marca 2014 r.; 641.722,49 zł w dniu 15 września 2014 r.; 33.404,09 zł w dniu 12 grudnia 2014 r. i 96.946,25 zł w dniu 19 stycznia 2015 r.

<sup>43</sup> W sprawie określenia wysokości zobowiązania podatkowego od nieruchomości za lata 2005–2011.

<sup>44</sup> Tj. netto 874 072,62 zł, co stanowiło równowartość 227 682,37 euro.

<sup>45</sup> W wyniku którego zawarto umowę, której przedmiotem było świadczenie usług doradztwa prawnego polegającego na zastępstwie procesowym i doradztwie w postępowaniu o zwrot nadpłaty w podatku VAT poprzedzonego analizą zasadności podniesienia roszczeń w wyniku oceny możliwości optymalizacji rozliczeń VAT dokonywanych przez Gminę Siechnice.

<sup>46</sup> Umowa pozostaje w realizacji.

ustalona w dniu 25 marca 2011 r. na podstawie „zawartych, podobnych umów w innych gminach, w proporcjach do budżetu gmin” w wysokości 540 000 zł, tj. 140 661,63 euro. Na dzień ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, tj. na 25 marca 2011 r. budżet gminy planowano w wysokości 53 712 899 zł, co powodowało, że przy zastosowaniu informacji od Wykonawcy tej umowy, ww. wartość zamówienia publicznego powinna być określona na poziomie 676 782,5 zł (176 291,4 euro). Inspektor ds. zamówień publicznych i gospodarki przestrzennej w Referacie Gospodarki Przestrzennej i Inwestycji wyjaśniła, że „[...] oszacowanie wartości tego zamówienia było bardzo trudne. Próbowaliśmy jak najuczciwiej oszacować tę wartość [...] W rozmowach z przedstawicielami firmy [...] okazało się, że te nasze wyliczenia są zawyżone, gdyż odzyskanie podatku VAT nie jest tak łatwe i raczej nie będzie możliwe ze źródeł, które wzięliśmy pod uwagę. Niestety w jego dokumentacji nie zachował się żaden dokument z ww. wyliczeniami.”

- niedochowania określonych w art. 95 Pzp wymogów związanych z zapewnieniem niezwłocznej publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia:
  - **w UMiG Siechnice** w przypadku postępowania, w wyniku którego zawarto umowę na świadczenie pomocy prawnej<sup>47</sup> oraz postępowania, którego przedmiotem było świadczenie usług doradztwa prawnego w zakresie zwrotu podatku VAT<sup>48</sup> (obie umowy zawarte w 2011 r.) – ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego dokonano dopiero w 2015 r., tj. po ponad 4 latach od dnia zawarcia umów. Burmistrz wyjaśnił, że nie miał wiedzy, iż komórka merytoryczna nie przekazała informacji komórce zamówień publicznych.
  - **w UM Wrocławia** ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego nie zostało przekazane niezwłocznie do publikacji po zawarciu umowy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich<sup>49</sup>. Obowiązek ten zrealizowano po upływie 20 dni od dnia zawarcia umowy. Stanowiło to naruszenie art. 95 ust. 2 Pzp.
  - **w UMiG Nowogrodzic** nie dopełniono obowiązku wynikającego z art. 95 ust. 1 Pzp tj. niezwłocznego zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego. Nieprawidłowość ta dotyczyła zamówień obejmujących doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego. Na powyższą okoliczność Burmistrz wskazał, że powodem tej nieprawidłowości był niezamierzony błąd w organizacji pracy Urzędu.
  - **w UMWD we Wrocławiu** w dwóch, spośród trzech poddanych szczegółowemu badaniu przypadkach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b Pzp, ogłoszenia o udzieleniu zamówień publicznych nie zostały zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie po zawarciu umowy, tylko po upływie, kolejno, 11 i 21 dni.
- udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co było niezgodne z art. 7 ust. 3 Pzp, a także naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp:
  - **w UM Wrocławia** w związku z postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w wyniku którego zawarta została umowa o wartości 929,9 tys. zł:
    - w przygotowanej dla celów tego postępowania SIWZ ustalono, że warunkiem udziału w nim było wykonanie, co najmniej dwóch usług dla jednostek sektora finansów publicznych lub spółek komunalnych, polegających na przygotowaniu i przeprowadzeniu, lub przygotowaniu i współpracy z zamawiającym przy przeprowadzeniu, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego innego niż zamówienie z wolnej ręki, świadczonego przy realizacji projektu o całkowitej wartości wynoszącej, co najmniej 20.000,0 tys. zł każdy. Jedyńy oferent, który brał udział w ww. postępowaniu i z którym zawarto umowę, wskazał, że spełnia ten warunek. Jednakże, jedna ze zrealizowanych przez niego usług nie dotyczyła przygotowania i przeprowadzenia lub przygotowania i współpracy przy przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego innego niż zamówienie z wolnej ręki, ale postępowania o udzielenie koncesji na usługi, prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>50</sup>. Postępowanie to nie było postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a mimo to zamawiający nie wezwał Wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania wymaganego doświadczenia, a postępowanie zakończyło się podpisaniem umowy.
    - dokonano istotnej modyfikacji SIWZ (dotyczącej warunków udziału w postępowaniu) oraz zmiany terminu składania ofert z dnia 16 maja 2012 r. na dzień 18 maja 2012 r. Zmianę ogłoszenia o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2012 r., co spowodowało, iż potencjalni wykonawcy uzyskali informację o nowych warunkach udziału w postępowaniu i przesunięciu terminu składania ofert w dniu upływu tego terminu,

<sup>47</sup> Dotyczącej postępowań w sprawie określenia wysokości zobowiązania podatkowego od nieruchomości za lata 2005–2011.

<sup>48</sup> Dotyczącego zastępstwa procesowego i doradztwa w postępowaniu o zwrot nadpłaty w podatku VAT.

<sup>49</sup> Obecnie Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

<sup>50</sup> Dz. U. z 2015 r. poz. 113.



czym ograniczono możliwość przygotowania i złożenia oferty. Ponadto, ustalając nowy termin składania ofert zamawiający nie uwzględnił, że publikacja zmiany ogłoszenia o zamówieniu nastąpić może do pięciu dni od dnia przekazania jej do publikacji, a termin na złożenie oferty upływał w dniu 18 maja 2012 r. o godz. 9:45. Ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej są zaś oficjalnie publikowane i dostępne od godz. 9:00.

- naruszeniu postanowień art. 46 ust. 3 Usg poprzez zawarcie i realizację umów z Wykonawcami pomimo braku kontrasygnaty skarbnika gminy:
  - **w UMiG Przemków** pięć z dziewięciu umów (55,6%) nie zostało kontrasygnowanych przez Skarbnika Gminy. Skarbnik Gminy wyjaśniła, że ww. umowy nie zostały jej przedłożone do kontrasygnaty, zwróciła również uwagę, że zgodnie z § 20 ust.4 regulaminu organizacyjnego Urzędu, na kopii umowy pozostającej w aktach Urzędu winien być podpis kierownika referatu (oraz radcy prawnego) przygotowującego dokument (tj. podpisy stanowiące potwierdzenie, że dokument nie budzi zastrzeżeń pod względem prawnym). Wymóg ten nie został również spełniony.
  - **w UMiG Siechnice** umowę z dnia 30 czerwca 2011 r. zawarto pomimo niezłożenia kontrasygnaty Skarbnika Gminy, która wyjaśniła, że przyczyną tego stanu było nieprecyzyjne ujęcie w zapisach umowy warunków wypłaty wynagrodzenia. Na powyższą okoliczność Burmistrz Siechnic wyjaśnił, że w jego ocenie nie ma niebezpieczeństwa realizowania wydatku na wynagrodzenie umowne bez odpowiednich zapisów w uchwale budżetowej.

### 3.2.2.2 Przestrzeganie regulacji wewnętrznych określających zasady zlecania usług podmiotom zewnętrznym

Wszystkie skontrolowane podmioty wprowadziły regulacje wewnętrzne dotyczące udzielania zamówień publicznych. Wyniki kontroli ujawniły jednak, że w przypadku ośmiu urzędów (66,7%) proces zlecania usług prawniczych prowadzony był z naruszeniem tych uregulowań, a w skrajnym przypadku z ich pominięciem:

- **w UMiG Siechnice** zlecenie usług notarialnych odbywało się bez stosowania procedur wewnętrznych dotyczących zamówień publicznych. Skutkowało to wydatkowaniem środków publicznych w wysokościach maksymalnych opłat za wykonane czynności notarialne. Z pominięciem wewnętrznych uregulowań w sprawie zamówień publicznych udzielono zamówień o łącznej wartości 10 485,94 zł.
- **w UM Lubań** w przypadku ośmiu postępowań dotyczących udzielenia zamówień na usługi prawnicze o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, nie przeprowadzono postępowań przetargowych zgodnie z obowiązującymi procedurami<sup>51</sup>. Nie przeprowadzono wymaganego pisemnego rozeznania cenowego, poprzez zaproszenie do składania ofert wykonawców, którzy zapewniliby konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty (tj. co najmniej dwóch oferentów).
- **w UMiG Nowogrodzic** badanie zgodności przeprowadzonych postępowań z obowiązującymi w Urzędzie regulaminami udzielania zamówień publicznych o wartościach poniżej 14 000/30 000 EURO wykazało, że w dwóch na cztery poddane badaniu przypadki, po wyborze ofert, odpowiednio w dniu 14 grudnia 2012 r. i 25 lipca 2014 r. nie zastosowano się do zasad wynikających z § 6 pkt 4 regulaminów. Nie upubliczniono wyboru oferty najkorzystniejszej w takiej formie i miejscu jak zostało opublikowane zaproszenie do składania ofert (w tych przypadkach na tablicy ogłoszeń w Urzędzie).
- **w UMiG Radków** niezgodnie z zarządzeniem Burmistrza w sprawie zasad wykonywania w Urzędzie i jednostkach organizacyjnych Gminy Radków ustawy Prawo zamówień publicznych sporządzono w styczniu 2012 r. wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który był niekompletny. Nie zawierał on bowiem wskazania trybu wyboru Wykonawcy zamówienia, a w konsekwencji, uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru tego trybu.
- **w UM Wrocławia** w 2015 r. Biuro Promocji Miasta, a w 2013 r. i 2014 r. – Biuro Współpracy z Zagranicą, udzielały zamówień na usługi prawnicze, mimo że nie zgłaszały takich zamówień w projektach planów zamówień publicznych. Było to niezgodne z § 6 Regulaminu zamówień publicznych, który przewiduje, że dyrektorzy komórek organizacyjnych zobowiązani są do opracowania projektu planu zamówień publicznych, które powinny być udzielone przez poszczególne komórki organizacyjnych Urzędu w ciągu kolejnych 12 miesięcy. Ponadto, zgodnie z § 12 ww. Regulaminu, postępowania o udzielenie zamówień publicznych powinny być wszczynane zgodnie z harmonogramem (w którym określone są również tryby udzielenia zamówień). Ww. Biura udzielały zamówień na usługi prawnicze jeszcze przed określeniem harmonogramu zamówień publicznych przez Wydział Zamówień Publicznych.

<sup>51</sup> Zarządzenie nr 53/2011

Najwyższa Izba Kontroli stwierdza, że uregulowania wewnętrzne dotyczące sfery wydatkowania środków publicznych winny skutecznie uzupełniać kwestie nieuregulowane w przepisach Pzp jak również gwarantować ich wydatkowanie w sposób oszczędny i gospodarny. Nieprzestrzeganie tych zasad lub ich pomijanie w procedurze zlecenia usług prawniczych mogło wskazywać na dowolność przy wyborze wykonawców usług, a tym samym mieściło się w sferze możliwości występowania zjawisk o charakterze korupcyjnym.

W aspekcie zidentyfikowanych i przedstawionych w analizie przypadków nieprawidłowości o charakterze operacyjnym, Najwyższa Izba Kontroli zwraca uwagę na konieczność oceny skuteczności i adekwatności ustalonych w jednostkach systemów kontroli zarządczej, oraz działań na rzecz ich stałej poprawy.

### 3.2.3. Prawdliwość realizacji umów na usługi prawnicze

Zasady realizacji zleceń na usługi prawnicze określały zawarte w tym przedmiocie umowy. Analiza 63 realizowanych umów ujawniła jednak, że nie wszystkie postanowienia tych umów były właściwie realizowane, dochodziło do przypadków wydatkowania środków publicznych z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami, bądź zawarte w umowach uregulowania nie zawsze zabezpieczały w pełni interes prawny, jak i ekonomiczny skontrolowanych urzędów:

- **w UMiG Przemków** w latach 2013–2014, ówczesny Burmistrz podjął decyzję o samodzielnym złożeniu korekty deklaracji podatku VAT, mimo że w tym czasie obowiązywała umowa z Wykonawcą, zgodnie z którą (§ 8 pkt 5) samodzielne odzyskiwanie ww. podatku VAT mogło skutkować naliczeniem Wykonawcy podwójnego wynagrodzenia w wysokości 60% odzyskanej kwoty podatku. Gmina odzyskała kwotę 3 168 490,00 zł z tytułu podatku VAT. W konsekwencji została wezwana przez Wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 1 900 522,80 zł + VAT tj. 2 337 643,04 zł [...]. Były Burmistrz Przemkowa zeznał, że decyzję o samodzielnym odzyskiwaniu podatku VAT podjął, gdyż był przekonany, że ww. umowa obowiązuje do 2012 r. i nie miał świadomości, że zapisy tej umowy pozwalają Wykonawcy na żądanie wynagrodzenia od odzyskanego w dalszych okresach podatku VAT.
- **w UMWD we Wrocławiu** w przypadku jednej z czterech poddanych badaniu umów, stwierdzono, że choć została ona zawarta w dniu 13 czerwca 2013 r., w jej ramach rozliczono usługi zrealizowane w okresie od 3 do 12 czerwca 2013 r. wypłacając z tego tytułu Wykonawcy umowy wynagrodzenie w kwocie 7,3 tys. zł brutto. Było to niezgodne z art. 44 ust. 3 pkt 3 Ufp, który stanowi, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.
- **w UM Kłodzko** wbrew postanowieniom zawartych umów dokonywano zapłaty za usługi prawnicze polegające na zastępstwie procesowym w ramach postępowań sądowych w drugiej instancji oraz w postępowaniach apelacyjnych, w sytuacji gdy postępowań takich faktycznie nie przeprowadzono. Z tego tytułu Urząd wypłacił Wykonawcy nienależne wynagrodzenie w kwocie 16 045,60 zł brutto. Ponadto temu samemu Wykonawcy wypłacono wynagrodzenie za zastępstwo procesowe w sprawach, w których nie zostały wniesione pozwy do sądu. Z powyższego tytułu Urząd wypłacił kwotę w łącznej wysokości 27 084,60 zł brutto.
- **w UMiG Siechnice** nienależnie wypłacono Wykonawcy kwotę 18 000,00 zł tytułem wynagrodzenia ryczałtowego w związku z realizacją umowy. Umowne wynagrodzenie ryczałtowe z przedmiotowej umowy miało wynosić 54 000,00 zł brutto, a na podstawie otrzymanych czterech faktur wypłacono łącznie 72 000,00 zł brutto.
- **w UM Wrocławia** nie naliczono i nie egzekwowano kar umownych w łącznej kwocie, co najmniej 61,8 tys. zł z tytułu zwłoki w realizacji dwóch zleceń do zawartych umów, a ponadto Wykonawcy jednej z umów nienależnie wypłacono kwotę 10,8 tys. zł z tytułu zwrotu kosztów dojazdu do siedziby zamawiającego i sądu właściwego dla niego miejscowo, a także kosztów delegacji, opłat pocztowych i kurierskich, pomimo tego, że zgodnie z § 4 pkt 10 kwota wynagrodzenia obejmowała już zarówno koszty dojazdu do siedziby zamawiającego, jak i sądu właściwego dla siedziby zamawiającego.
- **UM Lubin** w umowie zawartej z Wykonawcą nie przewidział kar umownych za nienależyte wykonanie lub brak wykonania przedmiotu umowy, jako zabezpieczenia interesów Urzędu. NIK zwraca uwagę, że w umowach zawieranych przez Urząd według wzorów określonych w Zarządzeniu nr 37 Prezydenta Miasta Lubina z 31 sierpnia 2009 r. w sprawie ustalenia „Zasad posługiwania się wzorami umów”, zawierano obligatoryjne zapisy dotyczące kar umownych. W powyższym przypadku umowa została opracowana przez samego Wykonawcę.

- **w UMiG Siechnice** zamawiający w umowie dotyczącej tzw. optymalizacji rozliczeń VAT zgodził się na ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy za skutki jego działań tylko do wysokości wypłaconego wynagrodzenia, a nie do wysokości faktycznie poniesionych szkód.

### 3.2.4. Inne ustalenia kontroli

**1.** Skontrolowane jednostki zatrudniające radców prawnych w różny sposób określały zasady wzajemnej współpracy w odniesieniu do uregulowań zawartych w art. 18 ustawy o radcach prawnych, stanowiącym, że do czasu pracy radcy prawnego zalicza się także czas niezbędny do załatwiania spraw poza lokalem jednostki organizacyjnej, w szczególności w sądach i w innych organach, oraz czas przygotowania się do tych czynności. Ponadto zgodnie z tym przepisem czas pracy radcy prawnego w lokalu jednostki organizacyjnej nie może być krótszy niż dwie piąte czasu pracy ustalonego w zawartej z radcą prawnym umowie:

- **w DUW we Wrocławiu** nie ujęto w regulacjach wewnętrznych czasu pracy radców prawnych w przedmiocie wymiaru czasowego wykonywania obowiązków w siedzibie Urzędu, oraz sposobu dokumentowania realizacji zadań wykonywanych poza siedzibą Urzędu przez radców prawnych. W konsekwencji powyższego pracodawca nie posiadał rzetelnej wiedzy o czynnościach realizowanych przez pracowników (radców prawnych) poza siedzibą DUW. W wyniku kontroli stwierdzono, że jeden z losowo wybranych (z pięciu posiadających zgodę na dodatkowe zatrudnienie) radców prawnych zatrudnionych w DUW, w godzinach pracy Urzędu świadczył pracę na rzecz jednej z jednostek samorządu terytorialnego z województwa dolnośląskiego. Radca prawny realizował te obowiązki w jednym z dni tygodnia, w którym w świetle przyjętych w Wydziale rozwiązań, miał świadczyć pracę na rzecz DUW poza siedzibą Urzędu. Wyrażając zgodę na zatrudnienie w jednostce samorządu terytorialnego, pracodawca wskazał na możliwość świadczenia pracy na rzecz tego podmiotu jedynie poza godzinami przeznaczonymi na realizację obowiązków w Urzędzie oraz w sposób niekolidujący z zajęciami w DUW.
- **w UM Wrocławia** radcowie prawni zatrudnieni w Wydziale Prawnym wykonywali pracę, przez co najmniej trzy dni w tygodniu w siedzibie Urzędu (w tym czasie również uczestnicząc w wyznaczonych rozprawach), a w pozostałym czasie uczestniczyli i mieli możliwość przygotowania się do wykonywanych czynności w sądach i innych organach. W przypadku dziewięciu radców prawnych, na zasadzie porozumienia stron, Urząd przyjął rozwiązanie organizacyjne polegające na zwiększeniu liczby dni tygodnia do czterech (w jednym przypadku) i pięciu (w ośmiu przypadkach), w których radcowie prawni zobowiązani byli do świadczenia pracy w siedzibie Urzędu. Z tego tytułu zwiększono wynagrodzenie przysługujące tym pracownikom.

**2.** W **UMWD we Wrocławiu**, z uwagi na brzmienie art. 3 ustawy o pracownikach samorządowych, radcowie prawni zatrudniani byli z wyłączeniem przeprowadzenia otwartego i konkurencyjnego naboru, o którym mowa w art. 11 ustawy o pracownikach samorządowych. W ocenie NIK radcowie prawni w jednostkach samorządu terytorialnego nie powinni być zatrudniani bez przeprowadzania otwartego i konkurencyjnego naboru, gdyż ogranicza to konstytucyjne prawo obywateli do dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach<sup>52</sup>.

**3.** Sześć skontrolowanych podmiotów<sup>53</sup> zawarło umowy na świadczenie przez Wykonawców usług dotyczących odzyskiwania podatku od towarów i usług (VAT) w związku z realizowanymi zadaniami inwestycyjnymi. W wyniku realizacji tych umów skontrolowane podmioty wydatkowały łącznie w analizowanym okresie 2,8 mln zł, udzielając tych zamówień z pominięciem Pzp lub w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 5 ust. 1b Pzp, stanowiący, że 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

<sup>52</sup> Art. 60 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.).

<sup>53</sup> UMiG Bogatynia, UMiG Nowogrodzic, UMiG Przemków, UMiG Radków, UMiG Siechnice i UG Czarny Bór.

trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Analiza kontrolna zawartych umów ujawniła, że ich przedmiotem były zarówno usługi prawnicze jak i usługi doradztwa podatkowego. Zarówno prawnicy jak i doradcy podatkowi w ramach posiadanych kompetencji mogli skutecznie zrealizować wskazane czynności związane z ubieganiem się przez skontrolowane podmioty o zwrot podatku VAT. Obowiązujące przepisy Pzp w sposób nieuzasadniony różnicowały jednak sytuację prawników i doradców podatkowych. Wskutek powyższego, usługi te były zlecane prawnikom z wyłączeniem obowiązku stosowania trybów konkurencyjnych. W konsekwencji reprezentacja przed organami podatkowymi świadczona przez doradcę podatkowego stanowiłaby usługę o charakterze priorytetowym, zaś świadczona przez prawnika miała charakter usługi niepriorytetowej, co skutkowało objęciem każdej z tych usług odrębnym reżimem prawnym w przedmiocie udzielania zamówień publicznych. Przykładowo:

- **w UMiG Bogatynia** w latach 2013 r. – 2015 r. (I półrocze), usługi prawnicze na rzecz Gminy były realizowane w oparciu o 14 umów zawartych z pięcioma podmiotami zewnętrznymi. W jednej umowie (zawartej z kancelarią adwokacką) na świadczenie usług zastępstwa procesowego i doradztwa związanego z tym zastępstwem w zakresie odzyskiwania podatku VAT, nie określono maksymalnego wynagrodzenia, które może osiągnąć Wykonawca umowy. Według stanu na dzień 30 czerwca 2015 r. Wykonawca tej umowy, wystawił faktury na łączną kwotę 832,6 tys. zł brutto (676,9 tys. zł netto). Burmistrz i Skarbnik wyjaśnili, że przyczyną nieokreślenia maksymalnej kwoty w umowie z dnia 5 sierpnia 2013 r. była przyjęta konstrukcja sposobu rozliczenia z Wykonawcą, przy której trudno było określić wartość usługi kwotowo. Wykonawcą zamówienia w przedmiocie odzyskiwania podatku VAT wybrano bez stosowania Pzp oraz obowiązującej w Urzędzie procedury udzielania zamówień publicznych o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość 14 tys. euro .
- **w UMiG Radków** wyboru Wykonawcy zamówienia dokonano w oparciu o ofertę Wykonawcy skierowaną do Gminy e-mailem z dnia 7 lipca 2011 r. (przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia). W odpowiedzi na zapytanie Gminy dotyczące złożonej oferty/projektu umowy: „Czy kwota wynagrodzenia może być negocjowana”, oferent w korespondencji mailowej w dniu 22 września 2011 r. stwierdził, że „Kwota wynagrodzenia za sukces niestety nie podlega negocjacji, wszystkie gminy z którymi pracujemy mają takie same warunki finansowe w tym zakresie”. W dniu 12 stycznia 2012 r. tego samego oferenta zaproszono do negocjacji. Zgodnie z zapisami zawartymi w protokole z negocjacji, w dniu 19 stycznia 2012r. przedstawiciel Gminy omówił zakres świadczonych usług oraz wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, wyrażoną w kwocie stałej oraz w % od wartości odzyskanego podatku VAT. W protokole wskazano również, że przeprowadzono negocjacje odnośnie brzmienia poszczególnych paragrafów umowy. Ostatecznie wynagrodzenie Wykonawcy określone w umowie z dnia 25 stycznia 2012 r. było takie samo jak w projekcie umowy przesłanej Gminie w dniu 7 lipca 2011 r. W przypadku uzyskania oszczędności podatkowych w trakcie lub po zakończeniu fazy wdrożeniowej, wynagrodzenie Wykonawcy miało stanowić 30% części kwoty podatku VAT należnego lub naliczonego odzyskanej przez Gminę. Jednocześnie w umowie przewidziano dodatkowe wynagrodzenie na poziomie 50% z tytułu otrzymanych przez Gminę odsetek lub uzyskanego oprocentowania nadpłaty. Burmistrz wyjaśnił, że ponieważ przedmiotowe zamówienie spełniało przesłanki określone w przepisach art. 5 ust. 1b ustawy Pzp, Gmina prowadziła negocjacje z jednym Wykonawcą. Na zawarcie umowy w trybie art. 5 ust. 1b ustawy Pzp i rozmowy z jednym Wykonawcą zdecydowano się z uwagi na profesjonalny charakter zamówienia, tj. zastępstwo w postępowaniu podatkowym o zwrot nadpłaconego podatku od towarów i usług oraz doradztwo prawne w zakresie działań objętych wspomnianym zastępstwem procesowym.

**4.** Skontrolowane podmioty przyjęły trzy zróżnicowane modele organizacyjne obsługi prawnej: [1] zatrudnienie radców prawnych i odstąpienie od zlecenia usług prawniczych; [2] zatrudnienie radców prawnych w połączeniu ze zlecaniem tych usług podmiotom zewnętrznym, a także [3] wyłączne korzystanie z zewnętrznych usług prawniczych. Specyficzny charakter tych usług powoduje, że ocena efektywności poszczególnych rozwiązań organizacyjnych możliwa jest wyłącznie w odniesieniu do jednostkowej działalności danego podmiotu, natomiast uwarunkowania prawne uniemożliwiają dokonywanie przez zamawiających oceny jakości zrealizowanych usług prawniczych. Art. 13 ust. 1 ustawy o radcach prawnych stanowi, że radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej. Z kolei nadzór nad należywym



wykonywaniem zawodu przez radców prawnych i aplikantów radcowskich należy do zadań samorządu radców prawnych (41 pkt 5 cyt. ustawy). Natomiast zgodnie z art. 3 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. *Prawo o adwokaturze*<sup>54</sup> zadaniem samorządu zawodowego adwokatury jest sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem przepisów o wykonywaniu zawodu adwokata. Ponadto, zgodnie z zasadami prawa cywilnego, usługi prawnicze, co do zasady, są usługami starannego działania, a nie rezultatu. Oznacza to, że wykonawca powinien dążyć do osiągnięcia określonego rezultatu przy dołożeniu wszelkich starań w tym kierunku i zachowaniu należytej staranności. Spełniając te warunki nie ponosi przy tym odpowiedzialności za nieosiągnięcie pożądanego przez zleceniodawcę wyniku<sup>55</sup>. Nie można zatem wskazać jednorodnego, czy uniwersalnego modelu rozwiązań organizacyjnych, który byłby adekwatny do sytuacji, w tym w szczególności prawno-ekonomicznej, poszczególnych *jsfp*, choć przykładowo:

- **w UM Lubań** uzyskano korzystne rozstrzygnięcie w 84 z 90 zakończonych spraw sądowych (93,3%), w których Miasto Lubań było reprezentowane przez zewnętrzną kancelarię prawną,

co pozwala przyjąć, że funkcjonujący w tej jednostce model obsługi prawnej okazał się efektywny, choć jednocześnie nie można wykluczyć, że inne rozwiązanie przyniosłoby równie satysfakcjonujące rezultaty.

Ocena efektywności pracy prawników realizujących zadania finansowane ze środków publicznych nie jest także w pełni możliwa w sytuacji przyjęcia kryterium ilościowego. Pokazuje ono jednak, czy zadania były w ogóle realizowane i w jakiej skali. I tak, przykładowo:

- **w UM Wrocławia** w kontrolowanym okresie radcowie prawni zatrudnieni w Urzędzie m.in. sporządzili 1 549 opinii pisemnych i udzielili 43 978 konsultacji prawnych, parałowali około 12 485 dokumentów (w tym umów, projektów zarządzeń i uchwał) oraz prowadzili łącznie 4 396 postępowań sądowych, sądowno-administracyjnych i innych<sup>56</sup>, w których reprezentowali Gminę Wrocław lub Skarb Państwa.

Decyzje skontrolowanych podmiotów związane ze zlecaniem usług prawniczych wynikały nie tylko z przyjętego modelu organizacyjnego obsługi prawnej, ale podyktowane były również innymi uwarunkowaniami, takimi jak istota sporu lub jego wartość:

- **w UM Wrocławia** zawarto umowę z zewnętrzną kancelarią prawną w związku z kontynuowaniem procesu przed sądem I instancji, na skutek otrzymania w dniu 16 października 2009 r. przez Gminę Wrocław pozwu o zapłatę (wartość przedmiotu sporu: 124 749 684 zł). Zlecenie obejmowało zastępstwo procesowe zamawiającego przed sądem powszechnym I i II instancji oraz przed Sądem Najwyższym, a także wszelkie inne czynności niezbędne do należytej ochrony praw zamawiającego przed sądem. Maksymalne wynagrodzenie ustalono w umowie w wysokości 492 000 zł, a zamówienie powierzono renomowanej kancelarii prawnej,
- **w UMiG Nowogrodziec** decyzja dotycząca zlecenia dodatkowej obsługi prawnej (w zakresie stosowania ulg podatkowych dla firm ze Specjalnej Strefy Ekonomicznej) została podjęta po złożeniu przez największą firmę wniosku o stwierdzenie nadpłaty w podatku w wysokości 11 604 975 zł (tj. 30,3% dochodów gminy za 2013 r.) i była również spowodowana koniecznością reprezentowania Gminy przed Regionalną Izbą Obrachunkową i Samorządowym Kolegium Odwoławczym.

<sup>54</sup> Dz. U. z 2015 r. poz. 615, ze zm.

<sup>55</sup> Tak Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] *Komentarz do art. 734 Kodeksu cywilnego, z jednoczesnym przywołaniem piśmiennictwa i orzecznictwa* (K. Kołakowski (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. II, 2011, s. 528; M. Nesterowicz (w:) J. Winiarz, *Komentarz*, t. II, 1989, s. 685; J. Szczerski (w:) *Komentarz*, t. II, 1972, s. 1540; A. Szpunar (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 393; por. też wyroki SA w Poznaniu z dnia 27 września 2012 r., III AUa 447/12, LEX nr 1220616; we Wrocławiu z dnia 22 marca 2012 r., III AUa 1265/11, LEX nr 1164105).J26.

<sup>56</sup> Administracyjnych, postępowań w sprawie wydania interpretacji indywidualnych.

### 3.2.5. Nowe regulacje prawne w zakresie zlecenia usług prawniczych

#### 3.2.5.1. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94)

Obecny stan prawny regulujący udzielanie zamówień publicznych związanych ze świadczeniem usług prawniczych istotnie zmienia Nowa Dyrektywa Zamówieniowa, która powinna zostać implementowana do polskiego porządku prawnego do dnia 18 kwietnia 2016 r. Zgodnie z jej preambułą: „*niektóre usługi prawne są świadczone przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego, obejmują reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych. Takie usługi prawne są zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień; tak może być np. w przypadku wyznaczania prokuratorów w niektórych państwach członkowskich. Usługi takie powinny zatem być wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy*”.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 10 lit. d) Dyrektywy 2014/24/UE, nie ma ona zastosowania do zamówień na usługi prawne w zakresie zastępstwa prawnego klienta, wykonywanego przez prawnika w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG w:

- (i) postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym toczącym się w państwie członkowskim, państwie trzecim lub przed międzynarodową instancją arbitrażową lub pojednawczą, lub postępowaniu sądowym toczącym się przed sądami, trybunałami lub przed organami publicznymi państwa członkowskiego lub państwa trzeciego lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami lub instytucjami;
- (ii) przypadku porad prawnych udzielanych w ramach przygotowywania dowolnego z postępowań, o których mowa w ppkt (i) niniejszej litery, lub w przypadku gdy istnieją konkretne przesłanki i duże prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczą porady, stanie się przedmiotem takich postępowań, pod warunkiem, że porad tych udziela prawnik w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG;
- (iii) przypadku usług poświadczania i uwierzytelniania dokumentów, które to usługi muszą świadczyć notariusze;
- (iv) przypadku usług prawnych świadczonych przez powierników lub wyznaczonych opiekunów lub innych usług prawnych, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów;
- (v) przypadku pozostałych usług prawnych, które w danym państwie członkowskim są powiązane, nawet sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej.

Ponadto, w Nowej Dyrektywie Zamówieniowej wyróżniono kategorie usług, które ze względu na swój charakter powinny zostać objęte szczególnym, łagodniejszym reżimem udzielenia zamówień. Związane jest to z faktem, że niektóre kategorie usług „ze względu na swój charakter nadal mają ograniczony wymiar transgraniczny. Usługi te świadczone są w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe. Należy zatem ustanowić szczególny system udzielania zamówień publicznych na takie usługi, o wyższym progu niż próg mający zastosowanie do innych usług. Usługi na rzecz osób o wartości poniżej tego progu nie są zwykle przedmiotem zainteresowania usługodawców z innych państw

członkowskich, chyba że istnieją konkretne przesłanki wskazujące inaczej, takie jak unijne finansowanie projektów transgranicznych. Zamówienia na usługi na rzecz osób powyżej tego progu powinny podlegać zasadzie przejrzystości w całej Unii”. Dotyczy to m.in. usług prawnych. W odniesieniu do tych usług preambuła Nowej Dyrektywy Zamówieniowej wskazuje, że niektóre z nich „odnoszą się tylko do kwestii dotyczących wyłącznie prawa krajowego, w związku z czym są zazwyczaj oferowane tylko przez podmioty z siedzibą w danym państwie członkowskim, a co za tym idzie także mają ograniczony wymiar transgraniczny. W związku z tym usługi te powinny być objęte łagodniejszym reżimem dopiero od progu 750 000 EUR. Duże zamówienia na usługi prawne powyżej tego progu mogą być przedmiotem zainteresowania różnych wykonawców, takich jak międzynarodowe firmy prawnicze, również w ujęciu transgranicznym, w szczególności gdy zamówienia te dotyczą kwestii prawnych wynikających z prawa Unii lub innego prawa międzynarodowego albo kwestii prawnych, których tło stanowi prawo Unii lub inne prawo międzynarodowe, albo też kwestii prawnych dotyczących więcej niż jednego kraju”.

Postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE przewidują zatem, że zamówienia publiczne na usługi prawne inne, niż wyłączone spod jej stosowania na podstawie art. 10 lit. d), powinny być dokonywane zgodnie z jej przepisami (zawartymi w art. 74–77), jeżeli szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż 750 tys. euro .

Należy podkreślić, iż Nowa Dyrektywa zamówieniowa nie przewiduje podziału na usługi priorytetowe i niepriorytetowe.

### 3.2.5.2. Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z postanowieniami<sup>57</sup> przyjętej przez Sejm RP w dniu 13 maja 2016 r. ustawy o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, z obowiązku stosowania przepisów *Pzp* mają zostać zwolnione usługi prawne:

- zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>58</sup>, w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,
- doradztwa prawnego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w tiret pierwsze, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,
- notarialnego poświadczenia i uwierzytelniania dokumentów,
- świadczone przez pełnomocników lub inne usługi prawnicze, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,
- związane z wykonywaniem władzy publicznej.

<sup>57</sup> Art. 1 pkt 5 lit. c).

<sup>58</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 134.

Ustawa nowelizująca *Pzp*<sup>59</sup> przewiduje także wprowadzenie do *Pzp* rozdziału<sup>60</sup> zawierającego zasady udzielania zamówień publicznych na świadczenie usług społecznych i innych szczególnych usług, wśród których znajdują się usługi prawne inne, niż wyłączone ze stosowania przepisów ustawy, jeżeli szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 tys. euro. Ponadto, w odniesieniu do usług prawnych, których wartość jest mniejsza niż 750 tys. euro, w ww. ustawie przewidziano możliwość udzielenia zamówień publicznych na następujących zasadach.

Zamawiający będzie zobowiązany do udzielania takich zamówień w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminacyjny. Zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na swojej stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności: 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty; 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia; 3) kryteria oceny ofert. Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia.

Przyjęte rozwiązania legislacyjne w przedmiocie wyłączenia spod stosowania przepisów *Pzp* zamówień publicznych na usługi prawne: w odniesieniu do których zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że staną się przedmiotem postępowań arbitrażowych, pojednawczych lub sądowych, są odmienne od założeń wskazanych w *Nowej Dyrektywie Zamówieniowej*. W polskiej ustawie znajduje się jedynie zapis **o zachodzeniu wysokiego prawdopodobieństwa**, a w *Dyrektywie 2014/24/UE* jest mowa **o konkretnych przesłankach i dużym prawdopodobieństwie**. Przyjęcie do krajowego porządku prawnego rozwiązania odwzorowującego wprost regulację wspólnotową zniweluje wątpliwości interpretacyjne co do zakresu zastosowania projektowanego rozwiązania, a także zmniejszy ryzyko nadużywania uprawnień do udzielania zamówień publicznych z wyłączeniem zastosowania przepisów *Pzp*.

Jeżeli chodzi natomiast o „*usługi prawne związane z wykonywaniem władzy publicznej*”, to takie ujęcie wyłączenia usług z zakresu zastosowania *Pzp* może sugerować, iż chodzi tu o pomoc prawną odnoszącą się do zadań, które realizują *Jsfp* (np. pomoc prawną w prowadzonych przez organ administracji publicznej postępowaniach administracyjnych, w tym sensie, że postępowanie prowadzi ten organ, wykonując władzę publiczną, a w związku z nim zasięgane są porady prawne). Tymczasem, preambuła *Nowej Dyrektywy Zamówieniowej* wskazuje, iż celem przedmiotowej regulacji jest wyłączenie spod reżimu prawnego udzielenia zamówień publicznych usług prawnych urzędowych, takich jak „*wyznaczanie prokuratorów w niektórych państwach członkowskich*”. Jako przykład czynności związanych ze sprawowaniem władzy publicznej można także wskazać

<sup>59</sup> Art. 1 pkt 140.

<sup>60</sup> Rozdział 6 „Zamówienia publiczne na usługi społeczne i inne szczególne usługi”.

czynności wykonywane przez komorników<sup>61</sup>. Istotą rozwiązania zawartego w *Nowej Dyrektywie Zamówieniowej* nie jest zatem wyłączenie z zakresu reżimu prawnego udzielania zamówień publicznych pomocy prawnej świadczonej podmiotom wykonującym władzę publiczną przy realizowaniu ich władczych funkcji, ale zlecenie w ten sposób usług prawnych polegających na wykonywaniu władzy publicznej.

W związku z powyższym zachodzi potrzeba doprecyzowania przyjętych rozwiązań legislacyjnych w powyższym zakresie.

Mając na względzie przyjęte rozwiązanie wyłączające spod zakresu zastosowania przepisów *Pzp* usługi prawne „notarialnego poświadczenia i uwierzytelniania dokumentów”, trzeba zaznaczyć, iż na gruncie prawa polskiego istnieje zamknięty katalog czynności, do których dokonywania uprawnieni są notariusze. Został on określony w art. 79 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – *Prawo o notariacie*<sup>62</sup>. Zgodnie z tym przepisem notariusz dokonuje następujących czynności:

- sporządza akty notarialne;
- sporządza akty poświadczenia dziedziczenia;
- podejmuje czynności dotyczące europejskiego poświadczenia spadkowego;
- sporządza poświadczenia;
- doręcza oświadczenia;
- spisuje protokoły;
- sporządza protesty weksli i czeków;
- przyjmuje na przechowanie pieniądze, papiery wartościowe, dokumenty, dane na informatycznym nośniku danych, o którym mowa w przepisach o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne;
- sporządza wypisy, odpisy i wyciągi dokumentów;
- sporządza, na żądanie stron, projekty aktów, oświadczeń i innych dokumentów;
- sporządza inne czynności wynikające z odrębnych przepisów.

W związku z powyższym zachodzą wątpliwości, czy przyjęte rozwiązania legislacyjne mają na celu wyłączenie spod zakresu zastosowania *Pzp* zamówień publicznych obejmujących wyłącznie czynności notarialne polegające na sporządzaniu poświadczeń, czy też wszystkie czynności notarialne.

Pierwszy pogląd jest uzasadniony w świetle wykładni językowej projektowanej ustawy i ustawy – *Prawo o notariacie*, drugi zaś jest uprawniony w świetle postanowień preambuły *Nowej Dyrektywy Zamówieniowej*.

Należy zatem opowiedzieć się za potrzebą ścisłego wyartykułowania tej kwestii przez ustawodawcę, tak, by wyeliminować wątpliwości interpretacyjne.

Poza wskazanymi powyżej rozwiązaniami, ustawa nowelizująca *Pzp* zakłada uchylenie art. 5 oraz art. 5a *Pzp*.

Jakkolwiek zatem w obecnym stanie prawnym można mówić o zasadzie konkurencyjnego udzielania zamówień publicznych na usługi prawnicze i wyjątkach od tej zasady, umożliwiających

<sup>61</sup> W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015 r., str. 203.

<sup>62</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 164, ze zm.



zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki<sup>63</sup>, jak również o zasadzie zlecenia usług prawnych w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminacyjny<sup>64</sup>, nowoprzyjęte rozwiązania prawne nieco odchodzą od tych zasad.

W projektowanym stanie prawnym zamówienia na usługi prawne zasadniczo będą albo wyłączone spod zakresu stosowania *Pzp* albo udzielane na zasadach określonych w przepisach rozdziału 6 „Zamówienia publiczne na usługi społeczne i inne szczególne usługi”, ale tylko w odniesieniu do usług, których szacunkowa wartość będzie równa lub wyższa od 750 tys. euro. Jeżeli chodzi o usługi prawne o wartości szacunkowej poniżej 750 tys. euro, jak już wskazano, zamawiającym pozostawiono jedynie możliwość udzielania zamówień w tym zakresie w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Działanie takie nie będzie jednak obligatoryjne.

W tym stanie rzeczy szczególnie istotne jest zapewnienie przestrzegania przy udzielaniu zamówień na usługi prawne zasad należytego zarządzania finansami publicznymi, określonych w art. 44 ust. 3 pkt 1 *Ufp*. Zgodnie z tym przepisem wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

---

<sup>63</sup> Art.5 ust. 1 i ust. 1b *Pzp*.

<sup>64</sup> Art. 5a *Pzp*.

#### 4.1 Przygotowanie i organizacja kontroli

Kontrola podjęta została z inicjatywy własnej Najwyższej Izby Kontroli. Była kontrolą zgodności zawierającą jednocześnie elementy kontroli finansowej i wykonania zadań. Jej przedmiot mieścił się w ryzyku horyzontalnym *Brak racjonalizacji wydatków publicznych* określonym w *Założeniach techniczno-organizacyjnych do Planu pracy Najwyższej Izby Kontroli na 2015 r.* Kontrola została przeprowadzona w oparciu o standardy kontroli Najwyższej Izby Kontroli, zalecenia metodyczne ustalone w „*Podręczniku kontrolera*” oraz z zastosowaniem zasad określonych w Zarządzeniu Nr 73/2014 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 13 października 2014 r. w *sprawie zapewnienia jakości procesu kontrolnego w Najwyższej Izbie Kontroli* (ze zmianami).

Wybór jednostek do kontroli został dokonany w sposób celowy na podstawie przeprowadzonej analizy przedkontrolnej i opracowanej w tym celu informatycznej bazy obejmującej wszystkie jednostki samorządowe z województwa dolnośląskiego. Dokonując wyboru jednostek do kontroli kierowano się wysokością poniesionych wydatków na zewnętrzną obsługę prawną (dla *Jst* objętych kontrolą wynosiła ona od 430,9 tys. zł do 5 184,4 tys. zł) oraz zawarciem przez *Jst* umów dotyczących zwrotu podatku VAT (umowy takie podpisało sześć z 10 wytypowanych do kontroli *Jst*). Wyboru zawartych umów na usługi prawnicze do szczegółowego badania dokonano metodą doboru celowego w oparciu m.in. o kryterium najwyższej wartości.

#### 4.2 Postępowanie kontrolne i działania podjęte po zakończeniu kontroli

W wyniku kontroli skierowano do kierowników skontrolowanych jednostek wystąpienia pokontrolne, zawierające oceny i uwagi oraz 34 wnioski pokontrolne w sprawie usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Wnioski dotyczyły dokonywania oceny zawodowej radców prawnych, podporządkowania zatrudnionych radców prawnych bezpośrednio kierownikowi jednostki, zapewnienia przestrzegania zarówno przepisów Pzp jak i uregulowań wewnętrznych w zakresie udzielania zamówień publicznych związanych z obsługą prawną, rzetelnego rozliczania zawartych umów na usługi prawnicze, terminowego regulowania zobowiązań z tytułu zawartych umów, przestrzegania zasady kontrasygnowania przez Skarbnika Gminy umów, które powodują powstanie zobowiązań Gminy.

W udzielonych odpowiedziach kierownicy tych jednostek poinformowali NIK o podjęciu działań celem realizacji wszystkich wniosków, z których 18 już zrealizowano.

Do czterech wystąpień pokontrolnych zgłoszone zostały zastrzeżenia:

- I. **Wojewoda Dolnośląski** zakwestionował ustalenia dotyczące dokonywania oceny okresowej radców prawnych zatrudnionych w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu bez zasięgnięcia opinii radcy prawnego wskazanego przez radę okręgowej izby radców prawnych, co stanowiło naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych. Komisja Rozstrzygająca NIK uchwałą z dnia 9 grudnia 2015 r. oddaliła zastrzeżenia w całości.
- II. **Marszałek Województwa Dolnośląskiego** zakwestionował ustalenia dotyczące podporządkowania Działu Obsługi Prawnej Sekretarzowi Województwa; niedokonywania ocen pracowników zatrudnionych na stanowiskach radców prawnych; udzielaniu zamówień publicznych na świadczenie usług z zakresu obsługi prawnej wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Postanowieniem z dnia 13 listopada 2015 r. Dyrektor Delegatury NIK we Wrocławiu w drodze postanowienia

odmówiła przyjęcia zgłoszonych zastrzeżeń, jako wniesionych przez osobę nieuprawnioną. W dniu 11 grudnia 2015 r., po rozpatrzeniu zażalenia Marszałka Województwa Dolnośląskiego, Prezes Najwyższej Izby Kontroli utrzymał w mocy to rozstrzygnięcie.

**III. Burmistrz Lubania** zakwestionował ustalenia dotyczące przeprowadzenia ośmiu postępowań dotyczących udzielenia zamówień na usługi prawnicze o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w art. 4 pkt. 8 ustawy *Pzp* niezgodnie z Procedurami obowiązującymi w Urzędzie; zaniżenia wartości przedmiotu szacowanych zamówień na usługi prawnicze, gdyż nie brano pod uwagę innych wynagrodzeń wypłaconych wykonawcom w ramach umowy; nieustalenia w umowach czy dodatkowe wynagrodzenie z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, kosztów zastępstwa w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności oraz kosztów zastępstwa w postępowaniu egzekucyjnym, a także kosztów ustalonych dla Zleceniobiorcy w postępowaniu zakończonym z dłużnikiem ugodą, jest wartością netto, do której strony doliczają podatek VAT według stawki 23%; a także nie zabezpieczenia w przypadku 10 umów na usługi prawnicze w sposób pełny interesów Gminy. Komisja Rozstrzygająca NIK uchwałą z dnia 18 grudnia 2015 r. uwzględniła w części dwa zastrzeżenia, a w pozostałej części zastrzeżenia oddaliła w całości.

**IV. Prezydent Wrocławia** zgłosił 22 zastrzeżenia dotyczące: oceny skontrolowanej działalności Urzędu Miejskiego Wrocławia, wskazanych w wystąpieniu pokontrolnym nieprawidłowości, a także sformułowanych wniosków pokontrolnych. Komisja Rozstrzygająca NIK uchwałą z dnia 28 stycznia 2016 r. uwzględniła w części pięć zastrzeżeń, a w pozostałej części zastrzeżenia oddaliła.

Finansowe lub sprawozdawcze skutki nieprawidłowości ujawnionych w skontrolowanych podmiotach wyniosły łącznie **6 574,9 tys. zł**, z czego: **4 887,8 tys. zł** stanowiły kwoty wydatkowane z naruszeniem prawa; **301,0 tys. zł** kwoty wydatkowane z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami; **148,9 tys. zł** uszczuplenie środków lub aktywów; **1 218,5 tys. zł** potencjalne finansowe lub sprawozdawcze skutki nieprawidłowości; **18,7 tys. zł** sprawozdawcze skutki nieprawidłowości. Ponadto, na wniosek Najwyższej Izby Kontroli, UMiG Siechnice wyegzekwował od wykonawcy umowy nienależnie wypłacone wynagrodzenie z tytułu realizacji usług prawniczych w wysokości **18,0 tys. zł**.

Ponadto w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, Najwyższa Izba Kontroli przygotowała:

- trzy zawiadomienia o ujawnionych okolicznościach, wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
- jedno zawiadomienie do prokuratury o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstw.

Wystąpienia pokontrolne z kontroli przeprowadzonych w poszczególnych jednostkach zostały opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej NIK na stronie internetowej:

<<http://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/>>



### 5.1. Wykaz skontrolowanych jednostek wraz z osobami zajmującymi kierownicze stanowiska, odpowiedzialnymi za kontrolowaną działalność

Lp.	Jednostka	Stanowisko	Imię i nazwisko
1.	Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu	Wojewoda Dolnośląski	Paweł Marek Hreniak od dnia 9 grudnia 2015 r.
			Tomasz Smolarz od dnia 12 marca 2014 r. do dnia 8 grudnia 2015 r.
			Aleksander Marek Skorupa od dnia 28 grudnia 2010 r. do dnia 11 marca 2014 r.
2.	Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego	Marszałek Województwa Dolnośląskiego	Cezary Przybylski od dnia 13 lutego 2014 r.
			Rafał Jurkowlaniec od dnia 1 grudnia 2010 r. do dnia 12 lutego 2014 r.
3.	Urząd Miejski Wrocławia	Prezydent Miasta	Rafał Dutkiewicz od dnia 19 listopada 2002 r.
4.	Urząd Miasta Lubań	Burmistrz	Arkadiusz Słowiński od dnia 8 grudnia 2010 r.
5.	Urząd Miejski w Lublinie	Prezydent Miasta	Robert Raczyński od dnia 19 listopada 2002 r.
6.	Urząd Miasta Kłodzka	Burmistrz	Michał Piszko od dnia 8 grudnia 2014 r.
			Bogusław Szpytma od dnia 4 grudnia 2006 r. do 7 grudnia 2014 r.
7.	Urząd Miasta i Gminy w Bogatyni	Burmistrz	Andrzej Grzmielewicz od dnia 22 listopada 2010 r.
8.	Urząd Miejski w Nowogrodźcu	Burmistrz	Robert Marek Relich od dnia 26 listopada 2006 r.
9.	Urząd Miejski w Przemkowie	Burmistrz	Jerzy Sławomir Szczupak od dnia 8 grudnia 2014 r.
			Stanisław Pępkowski od dnia 20 grudnia 2010 r. do 7 grudnia 2014 r.
10.	Urząd Miasta i Gminy w Radkowie	Burmistrz	Jan Bednarczyk od dnia 19 listopada 2002 r.
11.	Urząd Gminy Czarny Bór	Wójt	Adam Górecki od dnia 8 grudnia 2010 r.
12.	Urząd Miejski w Siechnicach	Burmistrz	Milan Ušák od dnia 9 grudnia 2010 r.

## 5.2. Charakterystyka stanu prawnego

### **Zakres przedmiotowy usług prawniczych**

Podstawowym aktem prawnym regulującym zakres przedmiotowy usług prawniczych jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Stosownie do postanowień Załącznika nr 2 do tego aktu prawnego do usług o charakterze niepriorytetowym zostały zaliczone usługi prawnicze (Numer kategorii 21)<sup>65</sup>. Przywołany w Rozporządzeniu zakres kodów usług prawniczych (nr CPV 79100000-5) obejmuje poniższe kody CPV:

#### **a) 79110000-8 Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej, w tym:**

- 79111000-5 Usługi w zakresie doradztwa prawnego,
- 79112000-2 Usługi w zakresie reprezentacji prawnej,
- 79112100-3 Usługi reprezentacji akcjonariuszy,

#### **b) 79120000-1 Usługi doradztwa w zakresie patentów i praw autorskich, w tym:**

- 79121000-8 Usługi doradztwa w zakresie praw autorskich,
- 79121100-9 Usługi doradztwa w zakresie praw autorskich do oprogramowania,

#### **c) 79130000-4 Usługi prawne w zakresie dokumentów oraz uwierzytelniania, w tym:**

- 79131000-1 Usługi w zakresie dokumentów,
- 79132000-8 Usługi uwierzytelniania,
- 79132100-9 Usługi uwierzytelniania podpisu elektronicznego,

#### **d) 79140000-7 Doradztwo prawne i usługi informacyjne.**

Z kolei do usług priorytetowych zaliczono usługi w zakresie księgowości, audytu oraz prowadzenia ksiąg rachunkowych<sup>66</sup>. Zakres ten obejmuje m.in. usługi doradztwa podatkowego oraz czynności przygotowawcze do zwrotu podatku według następującego schematu:

- a) 79200000-6 Usługi księgowe, audytorskie i podatkowe,
- b) 79220000-2 Usługi podatkowe,
- c) 79221000-9 Usługi w zakresie doradztwa podatkowego,
- d) 79222000-6 Usługi przygotowawcze do zwrotu podatku,
- e) 79223000-3 Usługi brokerskie dla klientów<sup>67</sup>.

**Z przywołanych zapisów wynika, że Rozporządzenie rozróżnia od usług prawniczych m.in. usługi podatkowe, w zakresie doradztwa podatkowego i przygotowujące do zwrotu podatku. Pzp umożliwia stosowanie rozwiązań przewidzianych w art. 5 tej ustawy wyłącznie do usług niepriorytetowych/prawniczych (z zastrzeżeniem art. 5 ust. 2)<sup>68</sup>.**

<sup>65</sup> Zakres ten odpowiada nr CPC 861 (Provisional Central Product Classification Centralna Klasyfikacja Produktów) oraz Numery CPV od 79100000-5 do 79140000-7.

<sup>66</sup> Zakres ten odpowiada Numerowi CPC – 862, oraz Numerom CPV od 79210000-9 do 79223000-3 (Załącznik nr 1 do Rozporządzenia, Nr kategorii 9).

<sup>67</sup> Przy czym przywołane w pkt. c)-e) kody dotyczą również numeru 863 – CPC (odrębnego dla usług prawniczych).

<sup>68</sup> Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, o charakterze priorytetowym, oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

Z kolei rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie *Polskiej Klasyfikacji Działalności*<sup>69</sup> posługuje się pojęciem „działalności prawniczej”. W Załączniku do tego rozporządzenia wskazano, że zakres działalności prawniczej zdefiniowano w Podklasie 69.10.Z Działalność prawnicza (obejmuje ona m.in.: reprezentowanie interesów jednej strony przeciw drugiej stronie przed sądem lub innym ciałem orzekającym, prowadzone przez adwokatów, radców prawnych lub pod ich nadzorem (w tym np. doradztwo i reprezentowanie w sprawach cywilnych); doradztwo prawne i ogólne konsultacje, przygotowywanie dokumentów prawnych w m.in. zakresie: statutów, umów, pełnomocnictw) oraz działalność notariuszy, komorników, sędziów polubownych, rzeczników patentowych, radców prawnych, mediatorów sądowych.

W omawianym rozporządzeniu ustawodawca zdefiniował również, w podklasie 69.20.Z „działalność rachunkowo-księgową i doradztwo podatkowe”. Do tej kategorii działalności zaliczono m.in.: sporządzanie sprawozdań i bilansów finansowych; przygotowywanie dokumentów o dochodach osób i firm w celach podatkowych, a także doradztwo podatkowe i reprezentowanie klientów przed organami podatkowymi.

Kolejnym aktem prawnym pozwalającym zdefiniować zakres przedmiotowy usług prawniczych było w okresie objętym kontrolą rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie *Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU)*<sup>70</sup>. Przywołany akt prawny rozróżniał w Dziale 69 (Załącznik do rozporządzenia) usługi prawne, jak również usługi rachunkowo-księgowe i doradztwa podatkowego.

Aktem prawnym mającym wpływ na określenie zakresu usług prawniczych jest również ustawa o doradztwie podatkowym.

Zgodnie z art. 2 tej ustawy czynności doradztwa podatkowego obejmują:

- 1) udzielanie podatnikom, płatnikom i inkasentom, na ich zlecenie lub na ich rzecz, porad, opinii i wyjaśnień z zakresu ich obowiązków podatkowych i celnych oraz w sprawach egzekucji administracyjnej związanej z tymi obowiązkami;
- 2) prowadzenie, w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, ksiąg rachunkowych, ksiąg podatkowych i innych ewidencji do celów podatkowych oraz udzielanie im pomocy w tym zakresie;
- 3) sporządzanie, w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, zeznań i deklaracji podatkowych lub udzielanie im pomocy w tym zakresie;
- 4) 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.

#### **Wybrane zagadnienia z zakresu ustawy Pzp**

Zgodnie z art. 44 ust. 4 *Ufp* jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. W ustawie *Pzp* określone zostały kategorie zamawiających, do których należą m.in. jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych (w tym organy administracji rządowej, jednostki samorządu terytorialnego).

<sup>69</sup> Dz. U. z 2007 r. Nr 251, poz. 1885.

<sup>70</sup> Dz. U. z 2008 r., Nr 207, poz. 1293.

**Wyłączenia ze stosowania Pzp**

Zgodnie z art. 4 *Pzp*, ustawy tej nie stosuje się m.in. do zamówień, których przedmiotem są: umowy z zakresu prawa pracy, a także zamówienia i konkursy, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty: [a] 14.000 euro w brzmieniu ustawy obowiązującym od 11 czerwca 2007 r. do dnia 15 kwietnia 2014 r.; [b] 30.000 euro od dnia 16 kwietnia 2014 r.<sup>71</sup> (art. 4).

**Przygotowanie postępowania**

Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 *Pzp*). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 1 i 2 *Pzp*). Zamawiający powinien z należytą starannością ustalić wartość zamówienia, gdyż od niego zależy obowiązek stosowania ustawy *Pzp*. Podstawą zaś ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług. Zabronione jest dzielenie zamówienia lub zaniżanie jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 32 ust. 1 i 2 *Pzp*). Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęciem postępowania, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy i usługi (art. 35 ust. 1 z zastrzeżeniem ust. 2 *Pzp*).

**Tryb udzielenia zamówienia**

W art. 10 *Pzp* określony został zamknięty katalog trybów, w których zamawiający może udzielić zamówienia publicznego. Podstawowymi trybami są: przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. W uzasadnionych, określonych w ustawie przypadkach, ze względu na rodzaj, specyfikę i wartość przedmiotu zamówienia, zamawiający może korzystać z pozostałych sześciu trybów udzielania zamówienia, pod warunkiem wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Zamawiający, który powołuje się na ich wystąpienie musi być w stanie je udowodnić, a także wskazać podstawę prawną zastosowania trybu innego niż podstawowy.

**Ogłoszenie zamówienia**

Wszczęcie postępowania następuje z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenia opublikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej lub w inny sposób są podporządkowane zarówno pod względem czasu zamieszczenia, jak i treści, ogłoszeniom przekazanym Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, a zatem: nie powinny być one zamieszczane lub publikowane przed dniem zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w procedurze pełnej – przed dniem przekazania do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, przy czym znaczenie ma dzień przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Ustawa (Dział I, Rozdział 3 *Pzp*), precyzuje miejsca, w których ogłoszenie ma być opublikowane, oraz czas, jaki powinien upłynąć od publikacji do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. W zależności od zastosowanego trybu i wartości zamówienia

<sup>71</sup> Przepis zmieniony Ustawą z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2014 poz. 423), zmieniający ww. przepis z dniem 16 kwietnia 2014 r. Zwiększenie limitu kwotowego nastąpiło na mocy art. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Pomimo zwiększenia limitu kwotowego ustawa z dnia 14 marca 2014 r. zobowiązała jednocześnie do stosowania ustawy *Pzp* do: [1] postępowań o udzielenia zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy (art. 6 ust. 1); [2] umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem jej wejścia w życie (art. 6 ust. 2); [3] umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie ustawy w następstwie postępowań o udzielenia zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy (art. 6 ust. 3).

na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia właściwej publikacji ogłoszenia, którego zakres został sprecyzowany w odpowiednich przepisach regulujących postępowanie w danym trybie (Dział II, Rozdział 3 *Pzp*). W trybach przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego zamawiający jest obowiązany do wywieszania ogłoszeń w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym, zamieszczania ich na swojej stronie internetowej oraz publikacji w oficjalnych publikatorach przeznaczonych do tego celu.

### **Umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego**

Zasady dotyczące zawierania umów określono w Dziale IV *Pzp*. Do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli *Pzp* nie stanowi inaczej. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej (art. 139 ust. 1–2 *Pzp*). Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (należy mieć na uwadze, że w przypadku zamówienia z wolnej ręki wykonawca nie składa oferty). Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ (art. 140 *Pzp*). Stosownie do art. 144 ust. 1 *Pzp* zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany.

### **Wybrane zagadnienia dotyczące zlecenia usług prawniczych na podstawie *Pzp***

Jak wspomniano powyżej usługi prawnicze zostały zaliczone do kategorii usług niepriorytetowych na mocy *Rozporządzenia*. Taki sposób klasyfikacji ma istotne znaczenie, ponieważ dla tej kategorii usług ustawodawca zawarł w *Pzp* szczególne, tj. mniej restrykcyjne regulacje. Do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, nie stosuje się przepisów *Pzp* dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej (art. 5 ust. 1 *Pzp*). Stosownie zaś do art. 5 ust. 1a *Pzp*<sup>72</sup> (obowiązującego do dnia 18 października 2014 r.) zamówienia na usługi o charakterze niepriorytetowym (w tym prawnicze) mogły być udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki pod warunkiem wystąpienia zagrożenia, że skorzystanie z innego trybu mogłoby skutkować w szczególności, co najmniej jedną z następujących okoliczności: [1] naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków lub [2] naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań lub [3] poniesieniem straty w mieniu publicznym lub [4] uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Ponadto zgodnie z art. 5 ust. 1b *Pzp* 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.

<sup>72</sup> art. 5 ust. 1a uchylony przez art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232, ze zm.), która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r.



Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi o charakterze niepriorytetowym oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych *Pzp* łączyć innych zamówień z usługami o charakterze niepriorytetowym (art. 5 ust. 2 i 3 *Pzp*).

Od 19 października 2014 r. zamawiający może udzielić zamówienia na usługi o charakterze niepriorytetowym o wartości poniżej progów unijnych, zgodnie z określoną przez niego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 5a ust. 2–4 *Pzp*, tj. zapewniającą obiektywizm, przejrzystość i brak dyskryminacji.

### **Zamówienia w trybie z wolnej ręki**

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ust. 1 *Pzp*). Ze względu na możliwości wzięcia w nim udziału tylko jednego wykonawcy jest to tryb niekonkurencyjny.

W art. 67 ust. 1 *Pzp* określone przypadki, w których zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, niemniej jak wskazano powyżej, w przypadku części usług prawniczych nie muszą zostać spełnione przesłanki o których mowa w art. 67 ust. 1 *Pzp* – pod warunkiem wystąpienia innych okoliczności, o których mowa w art. 5 ust. 1a i 1b *Pzp*.

Stosownie do art. 68 *Pzp* wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający zobowiązany został do przekazania informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy lub wzorów umowy. 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 *Pzp*, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

### **Zamówienia, do których nie stosuje się Pzp**

Do udzielania zamówień publicznych, których wartość nie przekraczała progów określonych w art. 4 pkt 8 *Pzp* nie ma obowiązku stosowania *Pzp*. Powszechną praktyką jest wydawanie przez kierowników kontrolowanych jednostek przepisów wewnętrznych regulujących przebieg postępowania w sprawie tych zamówień. Niemniej w sytuacji gdy takie przepisy wewnętrzne nie zostały ustanowione, udzielanie zamówień podlega m.in. przepisowi art. 44 ust. 3 *Ufp*, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Ponadto nie ma przeciwskażeń, aby takie zamówienia zostały udzielone przez zamawiających w trybach określonych w Kodeksie cywilnym, tj. np. w trybie aukcji lub przetargu (art. 70<sup>1</sup>–70<sup>5</sup>) bądź negocjacji (art. 72–72<sup>1</sup>).

### **Ustawa o finansach publicznych**

Zgodnie z art. 44 ust. 1 *Ufp* wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w: ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego bądź planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Jak wspomniano powyżej wydatki publiczne powinny być dokonywane: [1] w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; [2] w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; [3] w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (art. 44 ust. 3 *Ufp*).

*Ufp* wprowadziła instytucję kontroli zarządczej, której zasady określono w Dziale I, Rozdział 6. Zgodnie z art. 68 ust. 1 *Ufp* kontrolę zarządczą w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Szczegółowe cele tej kontroli określono w ust. 2. Zapewnienie funkcjonowania adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej należy m.in. wójta (burmistrza, prezydenta miasta) oraz kierownika jednostki (art. 69 ust. 1 pkt 2 i 3 *ufp*).

### ***Ustawa o samorządzie gminnym***

Zgodnie z art. 26 ust. 1 w zw. z ust. 3 i 4 *Usg* organem wykonawczym gminy jest wójt (burmistrz, prezydent miasta). Do kompetencji wójta, stosownie do art. 31 tej ustawy, należy kierowanie bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentowanie jej na zewnątrz. Wójt wykonuje zadania przy pomocy urzędu gminy, którego organizację i zasady funkcjonowania określa w regulaminie organizacyjnym, nadanym w drodze zarządzenia. Wójt, będący jednocześnie kierownikiem urzędu, wykonuje uprawnienia zwierzchnika służbowego w stosunku do pracowników urzędu oraz kierowników gminnych jednostek organizacyjnych (art. 33 *Usg*).

Oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. Jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. W przypadku odmowy kontrasygnaty skarbnik gminy zobowiązany jest jednak do jej dokonania na pisemne polecenie zwierzchnika, przy czym zobowiązany jest powiadomić o tym fakcie radę gminy oraz regionalną izbę obrachunkową (art. 46 *Usg*).

Zgodnie z art. 60 *Usg* wójt również odpowiada za prawidłową gospodarkę finansową gminy i przysługuje mu wyłączne prawo m.in. do: [1] zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielonych przez radę gminy; [2] dokonywania wydatków budżetowych; [3] zgłaszania propozycji zmian w budżecie gminy, czy też [4] dysponowania rezerwami budżetu gminy.

### ***Ustawa o samorządzie województwa***

Organem wykonawczym samorządu województwa jest zarząd województwa, który wykonuje zadania należące do samorządu województwa, niezastrzeżone na rzecz sejmiku województwa i wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych. Do zadań zarządu województwa należy w m.in. wykonywanie uchwał sejmiku województwa; gospodarowanie mieniem województwa, w tym wykonywanie praw z akcji i udziałów posiadanych przez województwo; przygotowywanie projektu i wykonywanie budżetu województwa; uchwalanie regulaminu organizacyjnego urzędu marszałkowskiego. Zasady i tryb działania zarządu województwa określa statut województwa (art. 41).

Marszałek województwa organizuje pracę zarządu województwa i urzędu marszałkowskiego, kieruje bieżącymi sprawami województwa oraz reprezentuje województwo na zewnątrz. Ponadto jest kierownikiem urzędu marszałkowskiego, zwierzchnikiem służbowym pracowników tego urzędu i kierowników wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych (art. 43).

Czynność prawna, z której wynika zobowiązanie pieniężne, wymaga do jej skuteczności kontrasygnaty głównego księgowego budżetu województwa lub osoby przez niego upoważnionej. Główny księgowy budżetu województwa, który odmówi kontrasygnaty, dokonuje jej jednak na pisemne polecenie marszałka województwa, informując równocześnie o tym sejmik województwa

oraz regionalną izbę obrachunkową. Zarząd województwa może upoważnić pracowników urzędu marszałkowskiego do składania oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności województwa (art. 57).

Za prawidłowe wykonanie budżetu województwa odpowiada zarząd województwa (organ wykonawczy), któremu przysługuje wyłączne prawo m.in. do zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielanych przez sejmik województwa, czy też dokonywania wydatków budżetowych (art. 70 w zw. z art. 31).

#### ***Ustawa o administracja rządowej w województwie***

Wojewoda wykonuje zadania przy pomocy urzędu wojewódzkiego, któremu nadaje statut podlegający zatwierdzeniu przez Prezesa Rady Ministrów (art. 13 i 15 przywołanej ustawy). Prawidłowe funkcjonowanie urzędu wojewódzkiego zapewnia dyrektor generalny urzędu wojewódzkiego. Stosownie do art. 25 ust. 4 ustawy o *służbie cywilnej* do kompetencji dyrektora generalnego urzędu należy m.in. ustalanie regulaminu organizacyjnego komórek organizacyjnych oraz ustalanie regulaminu pracy, gospodarowanie mieniem urzędu, w tym zlecenie usług i dokonywanie zakupów dla urzędu oraz zapewnienie prowadzenia ewidencji majątku urzędu, wykonywanie kompetencji kierownika zamawiającego w rozumieniu *Pzp*.

#### ***Ustawa o podatku od towarów i usług (ustawa o VAT)***

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju (przedmiot opodatkowania). Stosownie do dalszych regulacji tej ustawy przez dostawę towarów należy rozumieć (co do zasady) przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel, zaś przez świadczenie usług rozumie się (co do zasady) każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów (art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy o VAT).

Dostawa towarów i świadczenie usług podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT o ile są wykonywane przez podatników tego podatku. Stosownie do art. 15 ust. 1 i 2 omawianej ustawy podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności, przy czym działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody. Działalność gospodarcza obejmuje w szczególności czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych. W konsekwencji, o ile kontrolowana jednostka wykonuje samodzielnie działalność gospodarczą (w rozumieniu definicji przywołanej powyżej), staje się podatnikiem podatku od towarów i usług.

Przepis art. 86 ust. 1 przyznaje podatnikom podatku VAT (o których mowa w przywołanym już art. 15) prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego w zakresie, w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych (z określonymi ustawowo wyłączeniami). W przypadku gdy kwota podatku naliczonego, o której mowa w art. 86 ust. 2 ustawy o VAT, jest w okresie rozliczeniowym wyższa od kwoty podatku należnego, podatnik ma prawo do obniżenia o tę różnicę kwoty podatku należnego za następne okresy lub do zwrotu różnicy na rachunek bankowy (art. 87 ust. 1 ustawy o VAT).



**Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych**

Stosownie do przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>73</sup>, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest m.in.:

- a) niewykonanie w terminie zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych, w tym obowiązku zwrotu należności celnej, podatku, nadpłaty lub nienależnie opłaconych składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, którego skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub opłat albo oprocentowanie tych należności (art. 16 z wyjątkami określonymi w tym przepisie).
- b) niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych m.in.: (i) opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję; (ii) ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości; (iii) opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia; (iv) określenie kryteriów oceny ofert; (v) nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia; (vi) niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym działania wskazane powyżej nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych jeżeli: zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych lub nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 i 1a).

- c) udzielenie zamówienia publicznego:
  - 1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych;
  - 2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę (art. 17 ust. 1b).
- d) naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ppkt b) i c) powyżej, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 c).
- e) zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 6).
- f) niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych, jeżeli miało ono m.in. wpływ na: (i) dokonanie wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w planie finansowym jednostki; (ii) zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych; (iii) udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 18c).

<sup>73</sup> Dz. U. z 2013 r. poz. 168.

### 5.3. Wykaz aktów prawnych dotyczących kontrolowanej działalności

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
2. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L z 2004 r. Nr 134, poz. 114 ze zm.).
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., str. 65).
4. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o *finansach publicznych* (Dz. U z 2013 r. poz. 885, ze zm.).
5. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U z 2015 r. poz. 2164).
6. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (Dz. U. z 2016 r. poz. 380, ze zm.).
7. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o *odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* (Dz. U. z 2013 r. poz. 168).
8. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o *samorządzie gminnym* (Dz. U. z 2016 r. poz. 446).
9. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o *samorządzie powiatowym* (Dz. U. z 2016 r. poz. 814).
10. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o *samorządzie województwa* (Dz. U. z 2016 r. poz. 486).
11. Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o *województwie i administracji rządowej w województwie* (Dz. U. z 2015 r. poz. 525, ze zm.).
12. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o *podatku od towarów i usług* (Dz. U. z 2016 r. poz. 710, ze zm.).
13. Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o *doradztwie podatkowym* (Dz. U. z 2016 r., poz. 794).
14. Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o *pracownikach samorządowych* (Dz. U. z 2016 r. poz. 902).
15. Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o *służbie cywilnej* (Dz. U. z 2014 r. poz. 1111, ze zm.).
16. Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o *radcach prawnych* (Dz. U. z 2016 r. poz. 233).
17. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w *sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich* (Dz. U. Nr 224, poz. 1795).
18. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w *sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej* (Dz. U. Nr 282, poz. 1649, od dnia 4 grudnia 2012 r. Dz. U. z 2012 r. poz. 1360).
19. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w *sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej* (Dz. U. poz. 1735, od 29 grudnia 2015 r. Dz. U. z 2015 r. poz. 2263).
20. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w *sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych* (Dz. U. Nr 224, poz. 1796).
21. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w *sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych* (Dz. UNr 282, poz. 1650).

22. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1692).
23. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).
24. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).
25. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1053, ze zm.).
26. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. Nr 251, poz. 1885, ze zm.).
27. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2008 r. Nr 207, poz. 1293, ze zm.). Akt ten został uchylony z dniem 1 stycznia 2016 r. Obecnie obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2015 r. poz. 1676).

#### 5.4. Wykaz organów, którym przekazano Informację o wynikach kontroli

1. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej
2. Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej
3. Marszałek Senatu Rzeczypospolitej Polskiej
4. Prezes Rady Ministrów
5. Prezes Trybunału Konstytucyjnego
6. Rzecznik Praw Obywatelskich
7. Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji
8. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
9. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
10. Szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego
11. Komisja Administracji i Spraw Wewnętrznych Sejmu RP
12. Komisja ds. Kontroli Państwowej Sejmu RP
13. Komisja Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej Senatu RP
14. Wojewoda Dolnośląski
15. Marszałek Województwa Dolnośląskiego
16. Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu
17. Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych
18. Prezydenci: Wrocławia, Jeleniej Góry, Legnicy i Wałbrzycha
19. Burmistrzowie i wójtowie miast i gmin województwa dolnośląskiego