

Gmina Borne Sulinowo

*Burmistrz
Bornego Sulinowa*

*Aleja Niepodległości 6 78-449 Borne Sulinowo
tel. (094) 37 34 120 fax (094) 37 34 133
www.bornesulinowo.pl
bornesulinowo@bornesulinowo.pl*

Borne Sulinowo, dnia 2017-09-28

S.3020.55.2017.LŁ

**Kolegium Izby Obrachunkowej
w Szczecinie**

za pośrednictwem
Prezesa Regionalnej Izby
Obrachunkowej w Szczecinie

Na podstawie art. 9 ust. 3 i ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 561) **zgłaszam zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych** zawartych w wystąpieniu pokontrolnym – pismo Nr WK.0913.1324.9.K.2017 z dnia 12 września 2017 r. (data wpływu: 14.09.2017r.):

Z wniosku pokontrolnego Nr 2 w zakresie spraw budżetowych, sprawozdawczości i gospodarki finansowej wynika, że należy w sprawozdaniu Rb-Z o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji jednostki samorządu terytorialnego wykazywać dane w zakresie zobowiązań wymagalnych, kredytów i pożyczek oraz wyemitowanych papierów wartościowych na realizację programów, projektów lub zadań finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 z późn. zm.), zgodnie z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej oraz posiadaną dokumentacją źródłową.

Przedmiotowy wniosek jest niespójny ze stwierdzonymi w toku kontroli oraz przedstawionymi nieprawidłowościami w pkt 2 na stronie 2 wystąpienia pokontrolnego Prezesa RIO w Szczecinie Nr WK.0913.1324.9.K.2017 z dnia 12.09.2017r.

W toku kontroli stwierdzono, że kwartalne sprawozdanie Rb-Z było sporządzane **odrębnie** dla Urzędu Miejskiego oraz dla organu. Zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1773) w przypadku jednostki samorządu terytorialnego własne sprawozdanie jednostkowe obejmuje swym zakresem zarówno urząd będący jednostką budżetową, jak i jej organ.

Urząd Miejski w Bornem Sulinowie, ze względu na prowadzenie **oddzielnych ksiąg** dla organu i jednostki sporządzał oddzielne sprawozdania dla organu i jednostki. W sprawozdaniu Rb-Z **organu** były wykazywane udzielone poręczenia, kredyty i pożyczki, natomiast w sprawozdaniu Rb-Z **jednostki** ujmowane były zobowiązania wymagalne – **zgodnie z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej oraz posiadanej dokumentacji**

źródłowej. Zapewniało to porównywalność danych wykazanych w sprawozdaniach z danymi ewidencji księgowej.

Oba sprawozdania, wraz ze sprawozdaniami z pozostałych jednostek Gminy Borne Sulinowo, były następnie ujmowane w sprawozdaniu zbiorczym, w związku, z czym w sprawozdaniu Rb-Z przekazywanym do RIO wykazywane były kompletne dane.

W toku kontroli wykazano, że sporządzanie sprawozdań Rb-Z odrębnie dla Urzędu Miejskiego i organu wynikało z nieprawidłowej interpretacji obowiązujących w tym zakresie przepisów. W tym zakresie nie wnoszę zastrzeżeń.

Natomiast sposób sformułowania zaleceń w pkt. 2 na stronie 8 i 9 odnośnie sporządzania sprawozdania Rb-Z wskazuje, że w Urzędzie Miejskim w Bornem Sulinowie wykazywano dane **niezgodne z ewidencją księgową oraz posiadaną dokumentacją źródłową**, co nie ma żadnego związku z ustaleniami kontroli.

Z wniosku pokontrolnego Nr 3 w zakresie spraw budżetowych, sprawozdawczości i gospodarki finansowej wynika, że należy stosować do udzielanych zamówień publicznych trybu zamówienia z wolnej ręki wyłącznie z zastosowaniem przesłanek określonych przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Nie sposób zgodzić się, iż przy zawieraniu umowy z Wykonawcą nie zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tym samym nie został naruszony przepis art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., zwaną dalej: „p.z.p.” lub „PZP”).

Na wstępie należy wskazać, iż przedmiotem umowy z dnia 25 lutego 2013 r. zawartej przez Zamawiającego było:

1. Świadczenie podstawowej usługi prawniczej polegającej na zastępstwie procesowym na podstawie udzielonego pełnomocnictwa procesowego, w postępowaniach o zwrot podatku od towarów i usług (VAT) oraz w innych powiązanych z nim postępowaniach,
2. Doradztwo prawne w zakresie zastępstwa procesowego, mające charakter pomocniczy wobec powyższej podstawowej usługi prawniczej, obejmującej analizę zasadności podniesienia przez Zamawiającego możliwych roszczeń ukierunkowanych na optymalizację rozliczeń VAT.

Zgodnie z art 5 ust. 1b p.z.p. w brzmieniu z dnia 25 lutego 2013 r. 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.

Usługi prawnicze wykonują zgodnie z przepisami radcowie prawni, adwokaci oraz ich spółki. Do usług prawniczych nie stosuje się niektórych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, zaś w przypadku usług zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru

trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z brzmieniem wskazanego przepisu art. 5 ust. 1b PZP.

Wyłączenie konieczności stosowania przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wynika niejako z natury, specyfiki zamawianych usług zastępstwa procesowego. Usługi polegające na zastępstwie procesowym i usługi doradcze w ramach tego zastępstwa wiążą się ze szczególną więzią pomiędzy klientem, w tym wypadku Zamawiającym i jego pełnomocnikiem. Ich relacje, stosunek opierają się na zaufaniu. Stąd wybór pełnomocnika odbywa się w trybie, który nie wymaga stosowania rygorystycznych reguł zamówień publicznych oraz z pominięciem przesłanek stosowania tego trybu.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że:

- a) wystąpienie pełnomocnika w imieniu mocodawcy z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego ma charakter postępowania, czym kwalifikuje się do uznania za zastępstwo procesowe przed innymi organami;
- b) usługa świadczona przez wykonawcę obejmowała doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego – tj. przede wszystkim oceny (w tym określenia ewentualnych ryzyk) zasadności możliwych do podniesienia roszczeń procesowych w zakresie VAT.

Należy wskazać, iż występowanie, jako pełnomocnik w postępowaniu podatkowym stanowi wykonywanie zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1b ustawy PZP.

Ważnym jest wskazanie na specyfikę postępowania podatkowego, które stanowiło przedmiot czynności zleconych w ramach umowy. Postępowanie podatkowe jest odmianą postępowania administracyjnego. Faktycznie wskazać należy, iż zarówno postępowanie administracyjne jak i podatkowe nie charakteryzują się kontradiktoryjnością. W tym miejscu podkreślić należy, że postępowanie karne de facto też nie cechuje się kontradiktoryjnością, tym niemniej nie oznacza to, że nie mamy do czynienia z typowym procesem, w ramach, którego występuje instytucja zastępstwa procesowego.

Z praktycznego punktu widzenia należy wskazać, że doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego nie musi się wiązać nawet z wystąpieniem formalnego sporu. Na pełnomocnikach profesjonalnych spoczywa, bowiem obowiązek poinformowania mocodawcy o niskim prawdopodobieństwie pozytywnego zakończenia danego postępowania. Sytuację taką normują przede wszystkim przepisy Kodeksów Etyki danej korporacji (np. adwokatów lub radców prawnych). W takiej sytuacji, efektem wykonania usługi doradztwa w zakresie zastępstwa procesowego może być rezygnacja z rozpoczęcia danego postępowania.

Powyższe stanowisko potwierdza również doktryna: *„Zamówienie może, więc obejmować czynności nie tylko samej reprezentacji przed właściwym organem, ale także przygotowania sprawy, wsparcia w toku procesu, oceny zasadności kontynuowania sporu, oceny zasadności zawarcia ugody itd.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Małgorzata Stachowiak, stan prawny 1 maja 2012 r.).

Mając na uwadze czynności podejmowane przez Wykonawcę, należy wskazać, że mieszczą się one w zakresie wskazanego powyżej katalogu czynności *doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego*. Odnosiły się one, bowiem przede wszystkim do oceny procesowej roszczeń Gminy z punktu widzenia planowanych działań, tj. w szczególności wszczęcia postępowania o wydanie interpretacji indywidualnej oraz potencjalnego kontynuowania sporu przed sądami administracyjnymi.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż tylko prawidłowe przeprowadzenie postępowania przed organami podatkowymi jest gwarancją uzyskania pozytywnego dla podatnika rozstrzygnięcia na etapie postępowania sądowo-administracyjnego.

Z uwagi na powyższe uważam, że przy zawieraniu umowy z dnia 25 lutego 2013 r. zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto informuję, iż do momentu zakończenia czynności kontrolnych przez Inspektora RIO w Szczecinie Pana Marcina Binaś w dniu 23 czerwca 2017 roku moim pracownikom nie dano w/w kwestii do wyjaśnienia. Nie mieliśmy możliwości wcześniejszego ustosunkowania się do zapisów protokołu w przedmiotowej sprawie.

Z wniosku pokontrolnego Nr 4 w zakresie spraw budżetowych, sprawozdawczości i gospodarki finansowej wynika, że należy udzielać pracownikom urlopu wypoczynkowego w pełnym przysługującym im wymiarze zgodnie z przepisami ustawy Kodeks Pracy (Dz.U. z 2014 r. poz. 1502).

Zgodnie z powoływanym art. 168 kp urlopu niewykorzystanego w terminie ustalonym zgodnie z art. 163 należy pracownikowi udzielić najpóźniej do dnia 30 września następnego roku kalendarzowego; nie dotyczy to części urlopu udzielanego zgodnie z art. 167². Opisana w pkt 4 sytuacja nie uwzględnia brzmienia art. 171 kp, zgodnie, z którym w przypadku niewykorzystania przysługującego urlopu w całości lub w części

z powodu rozwiązania lub wygaśnięcia stosunku pracy pracownikowi przysługuje ekwiwalent pieniężny. Na tej podstawie w związku z upływem kadencji Burmistrza Bornego Sulinowa w 2014 r. i tym samym wygaśnięciem jego stosunku pracy wypłacono mu ekwiwalent za urlop w należnej wysokości. Podkreślić należy, że wypłacony ekwiwalent dotyczy urlopu za rok 2014, który gdyby nie upływ kadencji i wygaśnięcie stosunku pracy zostałyby wykorzystany do końca września 2015 r. zgodnie z obowiązującymi przepisami. Takie postępowanie było, zatem zgodne z obowiązującymi przepisami prawa pracy. Tym bardziej, że strony stosunku pracy nie postanowiły o wykorzystaniu urlopu w czasie pozostawania pracownika w stosunku pracy na podstawie kolejnej umowy o pracę. Zatem zarzut naruszenia art. 168 w zw. z art. 152 kp jest niezasadny w całości.

Z wniosku pokontrolnego Nr 1 w zakresie podatków, opłat i egzekucji należności gminnych wynika, że należy zaniechać udostępniania nieupoważnionym podmiotom danych objętych tajemnicą skarbową, zawartych w deklaracjach złożonych w sprawie opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

Organ udostępnił przedmiotowe dane zawarte w deklaracjach o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, Wykonawcy umowy, celem prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Wykonawca obowiązany był do przestrzegania przepisów dotyczących ochrony danych osobowych, w tym nieudostępniania danych osobowych osobom trzecim oraz do przestrzegania poufności informacji pozyskanych w związku z realizacją umowy, tj. odbiorem odpadów komunalnych. Wykonawca nie mógł wykorzystywać pozyskanych danych w żaden inny sposób, niż do wykonywania umowy.

Z wniosku pokontrolnego Nr 6 w zakresie podatków, opłat i egzekucji należności gminnych wynika, że należy umarzać zaległości z tytułu opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi wyłącznie w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podmiotu lub interesem publicznym.

Decyzja umarzająca zaległość w opłacie za gospodarowanie odpadami komunalnymi w wysokości 1 680,00 zł została wydana na podstawie art. 67a § 1 pkt. 3 w związku z art. 67b § 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2017 r. poz. 201 z późn. zm.).

Zgodnie z zapisami art. 67a § 1 pkt. 3 w/w ustawy, organ podatkowy na wniosek podatnika, z zastrzeżeniem art. 67b, w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym, może umorzyć w całości lub w części zaległości podatkowe, odsetki za zwłokę lub opłatę prolongacyjną. Zgodnie z art. 67 b § 1 pkt. 2, organ podatkowy na wniosek podatnika prowadzącego działalność gospodarczą może udzielać ulg w spłacie zobowiązań podatkowych, określonych w art. 67a, które stanowią pomoc de minimis – w zakresie i na zasadach określonych w bezpośrednio obowiązujących aktach prawa wspólnotowego dotyczących pomocy w ramach zasady de minimis.

Organ wydając przedmiotowe rozstrzygnięcie **uznał, że w przypadku wnioskodawców wystąpiły przesłanki, które należy uznać, jako „ważny interes podatnika”**, a niedające się rozstrzygnąć wątpliwości dotyczące prawidłowej merytoryki postępowania Referatu Środowiska, rozstrzygnąć na korzyść podatnika.

Z wniosku pokontrolnego Nr 2 w zakresie gospodarki mieniem i ewidencji obrotu składnikami majątkowymi wynika, że należy korzystać z możliwości nieodpłatnego obciążania nieruchomości stanowiących własność Gminy wyłącznie na rzecz Skarbu Państwa lub innych jednostek samorządu terytorialnego.

W dniu 10 lipca 2013r Gmina Borne Sulinowo zawarła umowę nr GN.680,11,2013. ML o oddaniu na okres 3 lat na rzecz stowarzyszenia części z nieruchomości dz. nr 10/5 obręb Borne 05.

W/w umowa umożliwiła bezpłatne korzystanie z nieruchomości z możliwością pobierania pożytków.

Zarzut dotyczy sprzeczności umowy z art. 14 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami, wskutek czego zaniechano poboru należnego gminie czynszu dzierżawnego w łącznej kwocie 245 366 zł, czym naruszono art. 42 ust 5 ustawy o finansach publicznych.

Z powyższymi zarzutami nie można się zgodzić z uwagi na następujące okoliczności:

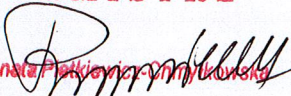
Art. 14 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami, który stanowi cyt.: „*Nieruchomości stanowiące własność Skarbu Państwa mogą być nieodpłatnie obciążane na rzecz jednostek samorządu terytorialnego ograniczonymi prawami rzeczowymi. Nieruchomości stanowiące własność jednostek samorządu terytorialnego mogą być nieodpłatnie obciążane na rzecz Skarbu Państwa lub innych jednostek samorządu terytorialnego ograniczonymi prawami rzeczowymi.*” nie powinien mieć w przedmiotowym przypadku zastosowania.

Zawarta w/w umowa jak sam kontrolujący z ramienia RIO stwierdził miała de facto charakter umowy użyczenia. Umowy użyczenia nie mieszczą się w katalogu ograniczonych praw rzeczowych. Kodeks cywilny wymienia następujące ograniczone prawa rzeczowe: użytkowanie, służebność, zastaw, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz hipotekę. Katalog tych praw jest zamknięty.

W przedmiotowym wypadku ograniczone prawo rzeczowe nie powstało, zatem nie można wywodzić z tego zaniechań i naruszeń. Należy dopowiedzieć także to, że jedną z form udostępniania nieruchomości gminnych jest jej użyczenie. Gmina, podobnie jak i każdy inny właściciel, może oddać nieruchomość stanowiącą jej własność w użyczenie innemu podmiotowi. Udostępnianie nieruchomości gminnych w drodze użyczenia, w przeciwieństwie do innych typowych form obrotu nieruchomościami gminnymi, takich jak dzierżawa czy najem, nie zostało objęte wprost szczególnym reżimem prawnym ustawy o gospodarce nieruchomościami, czy też ustawy o samorządzie gminnym. Sądy i przedstawiciele doktryny skłaniają się do opowiedzenia za przyjęciem, że wobec milczenia ustawodawcy użyczenie objęte jest ogólnymi regułami gospodarowania nieruchomościami gminnymi. Zatem zawieranie umów użyczenia nieruchomości gminnych należy do czynności zwykłego zarządu, a tym samym stanowi czynność prawną leżącą w wyłącznej gestii organu wykonawczego.

Po przeanalizowaniu protokołu pokontrolnego i zgłoszeniu przeze mnie wyżej wymienionych zastrzeżeń mam nadzieję, że uznana zostanie ich zasadność a Kolegium Izby pozytywnie ustosunkuje się do moich argumentów.

BURMISTRZ


mgr Renata Piekarczyk-Ogrybalska

Do wiadomości:

Dariusz Artur Czerniawski

Przewodniczący Rady Miejskiej w Bornem Sulinowie

