



PREZYDENT MIASTA GLIWICE

BPM.1710.14.2019

Gliwice, ⁰⁴.11.2019 r.

nr kor. UM.900157.2019



**Pan
Daniel Kołodziej
Prezes
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach**
ul. Grabowa 3
40-172 Katowice

ul. Zwycięstwa 21
44-100 Gliwice
Tel. +48 32 231 30 41
Fax +48 32 231 27 25
boi@um.gliwice.pl
www.gliwice.eu

*Godziny pracy Urzędu
Miejskiego:
poniedziałek - środa:
8:00 - 16:00;
czwartek: 8:00 - 17:00;
piątek: 8:00 - 15:00*

Prezydent Miasta

ul. Zwycięstwa 21
44-100 Gliwice
Tel. +48 32 230 69 51
Fax +48 32 231 27 25
pm@um.gliwice.pl

Na podstawie art. 9 ust 1a ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych kontrolowany odmawia podpisania protokołu z kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Gliwice, przekazanego przez Inspektorów Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach w dniu 29 października 2019 r., w związku z zawartymi w protokole ustaleniami naruszającymi istniejący porządek prawny, poprzez błędną interpretację przepisów prawa.

I. Kwestionuję zapisy protokołu w zakresie oceny zgodności z prawem działań Miasta Gliwice:

- 1. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 76963 – strona 20, podatnik o kodzie nr 78433 – strona 22, podatnik o kodzie 223351 – strona 26, podatnik o kodzie 290315 – strona 27.**

Kontrolujący nie wskazali podstawy prawnej do sugerowanego kilkakrotnie, a wyrażonego wprost na str. 43 protokołu twierdzenia, iż cyt.: „to po stronie Gminy powinno nastąpić dążenie do wyjaśnienia czy faktycznie taki stan faktyczny jaki deklaruje podatnik jest zgodny z przesłankami wynikającymi z art. 7 ust 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, innymi słowy czy faktycznie podatnik nie podlega w zakresie infrastruktury kolejowej zwolnieniu...”

Brak jest podstawy prawnej, aby organ podatkowy kwestionował deklaracje podatników, którzy nie wykazują posiadanej infrastruktury kolejowej do zwolnienia z podatku od nieruchomości. Wskazywanie czy sugerowanie przez organy podatkowe podatnikom możliwości deklarowania zwolnienia, które nie jest oczywiste i automatyczne, a przy tym podatnik musi spełnić szereg przesłanek, nie ma żadnych podstaw prawnych.

W ramach czynności sprawdzających organ podatkowy weryfikuje deklaracje (informacje) przede wszystkim pod kątem formalnym, co wynika wprost z art. 272 pkt 2 Ordynacji podatkowej. Jeżeli organ ma wątpliwości, co do poprawności deklaracji, także pod kątem materialnym (np. powierzchnia budynku czy stawka jest inna niż

w latach poprzednich), powinien wezwać podatnika do złożenia wyjaśnień. Organ nie ma jednak obowiązku upewniać się, czy podatnik skorzystał z przysługujących mu zwolnień podatkowych. Preferencje te są wyjątkiem od zasady powszechności opodatkowania i korzystanie z nich zależne jest od: - woli podatnika, - spełnienia warunków formalnych do ich skorzystania (wykazanie zwolnienia w stosownej deklaracji). Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do absurdalnych sytuacji, w których organy musiałyby wzywać podatników do składania wyjaśnień w zakresie ustalenia czy nie chcą skorzystać z przysługującego im prawa i czy spełniają warunki do zwolnień, w odniesieniu do każdej deklaracji złożonej przez podatnika. Brak jest podstaw prawnych i obowiązków organów podatkowych w zakresie takich działań.

Obecnie w sądach administracyjnych toczą się liczne spory dotyczące prawa do zwolnień infrastruktury kolejowej. Aktualnie nic nie jest przesądzone i rozstrzygnięte, gdyż Naczelny Sąd Administracyjny będzie rozstrzygał kolejne skargi kasacyjne. Ponadto, co już podnoszono we wcześniejszych wyjaśnieniach, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa w odpowiedzi na interpelacje nr 10714 i 12066 wskazuje, iż infrastruktura kolejowa prywatna i nieczynna nie podlega zwolnieniu z podatku.

Kontrolujący w żadnym stopniu nie uprawdopodobnili, powołując się jedynie na informacje znajdujące się na stronach internetowych wskazanych podatników, iż posiadana przez nich infrastruktura kolejowa powinna podlegać zwolnieniu.

Argumentacja, iż być może gmina będzie musiała zwrócić nadpłaty za niezwolnioną obecnie infrastrukturę kolejową, oparta jest wyłącznie na domysłach kontrolujących.

Należy podkreślić, że kontrola RIO w zakresie realizacji poboru podatków i opłat lokalnych jest dokonywana w oparciu o kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym (art. 5 ust. 1 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych). Kontrolujący nie wskazali żadnego przepisu prawa, który zobowiązywałby organ podatkowy do działania z urzędu w sytuacji, gdy podatnik nie korzysta ze zwolnienia od podatku. Przy czym należy podkreślić, że zwolnienie infrastruktury kolejowej z podatku od nieruchomości wymaga spełnienia jednej z trzech dodatkowych przesłanek – zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych (w brzmieniu obowiązującym od 1.01.2017 r.): *Zwalnia się od podatku od nieruchomości grunty, budynki i budowle wchodzące w skład infrastruktury kolejowej w rozumieniu przepisów o transporcie kolejowym, która:*

- a) jest udostępniana przewoźnikom kolejowym lub
- b) jest wykorzystywana do przewozu osób lub
- c) tworzy linie kolejowe o szerokości torów większej niż 1435 mm.

Z powyższego przepisu wynika, że infrastruktura kolejowa nieczynna (z wyjątkiem szerokotorowej) nie podlega zwolnieniu. Podobnie jest w przypadku infrastruktury prywatnej. Zgodnie z art. 36 pkt 2 ustawy o transporcie kolejowym - przepisów art. 29-35 (o udostępnianiu

infrastruktury) nie stosuje się do infrastruktury kolejowej przeznaczonej do użytku właściciela w celu wykonywania przewozów rzeczy wyłącznie dla jego własnych potrzeb. Zatem infrastruktura prywatna nie jest udostępniana, w związku z czym nie podlega zwolnieniu na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

Organ podatkowy nie ma obowiązku działania z urzędu w kierunku zwolnienia z podatku od nieruchomości infrastruktury kolejowej i ustalania, czy zachodzi którakolwiek z w/w przesłanek. Organ podatkowy nie naruszył żadnego przepisu prawa. Kontrolujący nie wskazali żadnego przepisu prawa, który nakazywałby organowi podatkowemu działanie z urzędu.

Ewentualne ryzyko zwrotu podatku w sytuacji, gdyby podatnik wystąpił z korektą deklaracji może być rozpatrywane jedynie z uwzględnieniem kryterium celowości, które jednak nie ma zastosowania w zakresie poboru podatków i opłat lokalnych. Należy jednak podkreślić, że nawet gdyby podatnik wystąpił w przyszłości z korektą deklaracji i zażądał zwrotu nadpłaty, to i tak nie naraża to organu podatkowego na dodatkowe koszty, gdyż nadpłata zwrócona w terminie nie podlega oprocentowaniu na rzecz podatnika (art. 78 § 3 pkt 3 Ordynacji podatkowej). Zatem nawet z punktu widzenia kryterium celowości działanie organu podatkowego polegające na sprawdzaniu z urzędu czy podatnicy nie powinni skorzystać z ulgi podatkowej, należałoby uznać za błędne.

2. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 78433 – strona 24.

Kontrolujący dokonali nieprawidłowej interpretacji art. 1a ust. 1 pkt. 3 w związku z art. 1a ust. 2a pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

Powoływanie się przez kontrolującego na art. 1a ust. 2a pkt 3 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, zgodnie z którym nie zalicza się do związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej budynków mieszkalnych oraz gruntów związanych z tymi budynkami, nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie i stanowi nieprawidłową interpretację ww. przepisów.

Wynika to z faktu, iż stanowiący własność Spółki lokal objęty podatkiem jest wyodrębnionym w budynku mieszkalnym lokalem o funkcji niemieszkalnej, będącym w posiadaniu przedsiębiorcy, a zatem przypadający do lokalu udział w gruncie dzieli los prawny lokalu – jest prawem związanym z własnością lokalu (art. 3 ust. 1 ustawy o własności lokali). Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych: *Opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości podlegają następujące nieruchomości lub obiekty budowlane: [...] 2) budynki lub ich części.* Zatem przepis art. 1a ust. 2a pkt 1 należy interpretować łącznie z art. 2 ust. 1 pkt 2, co oznacza, że jeśli dana część budynku, stanowiąca lokal będący odrębną nieruchomością ma charakter niemieszkalny, jest traktowana jako przedmiot opodatkowania związany z prowadzoną działalnością

gospodarczą, w przypadku, gdy stanowi własność przedsiębiorcy. Przepis art. 1a ust. 2a pkt 1 nie może być interpretowany rozszerzająco w odmiennym stanie faktycznym.

Treść art. 1a ust. 2a pkt. 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych dotyczy m.in. budynków mieszkalnych, natomiast w tym stanie faktycznym mamy do czynienia z wyodrębnionym lokalem o funkcji niemieszkalnej, wprawdzie w budynku mieszkalnym, ale cały budynek mieszkalny nie stanowi własności Spółki, a tylko ten wyodrębniony lokal o funkcji niemieszkalnej.

3. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 290315 – strona 27 (zakres zaplecza kontenerowego od nr 423 nr inw. 236830 do nr 429 inw. 26834).

Kontrolujący błędnie, bez podstawy prawnej uznają, opierając się jedynie na wyroku NSA z 15.03.2016 II FSK 84/14, iż kontenery nie powinny podlegać opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości bowiem, jak przytoczyli kontrolujący nie są budynkiem i nie są budowlą. Opieranie się jedynie na tym wyroku, prowadzi do błędnej interpretacji przepisów ustawy o podatkach i opłatach lokalnych oraz Prawa budowlanego (art.3 pkt. 3, art.3 ust.5 Prawa Budowlanego, art. 1a ust. 1 pkt 2, art.1a ust.1 pkt.3 u.p.o.l.).

Przedmiotowe kontenery kwalifikowane są jako tymczasowe obiekty budowlane. Definicję tymczasowego obiektu budowlanego zawiera art. 3 pkt 5 Prawa budowlanego. Zgodnie z definicją, przez tymczasowy obiekt budowlany należy rozumieć obiekt budowlany przeznaczony do czasowego użytkowania w okresie krótszym od jego trwałości technicznej, przewidziany do przeniesienia w inne miejsce lub do rozbiórki, a także obiekt budowlany niepołączony trwale z gruntem, jak: strzelnice, kioski uliczne, pawilony sprzedaży ulicznej i wystawowe, przykrycia namiotowe i powłoki pneumatyczne, urządzenia rozrywkowe, barakowozy, obiekty kontenerowe.

Tymczasowy obiekt budowlany, o którym mowa w art. 3 pkt 5 Prawa budowlanego może być budowlą w rozumieniu art. 1a ust. 1 pkt 2 u.p.o.l., jeżeli jest budowlą wprost wymienioną w art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego lub w innych przepisach tej ustawy oraz załączniku do niej, stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami w rozumieniu art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego. Przedmiotowe kontenery spełniają powyższe kryteria, a w związku tym podlegają opodatkowaniu na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. Powyższe znajduje potwierdzenie w Uchwale NSA sygn. akt II FPS 11/13 z dnia 03.02.2014 r., wiążącej sądy administracyjne.

Dodatkowo należy podnieść, że kontener może być również kwalifikowany jako urządzenie budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 9 Prawa budowlanego, związane z obiektem budowlanym, które zapewnia możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem (art. 1a ust. 1 pkt 2 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych).

Kontrolujący nie wskazali podstawy prawnej (podatnik o kodzie 290315, który nie zadeklarował do zwolnienia infrastruktury

kolejowej), w zakresie twierdzenia, iż należy przyjąć, iż dana infrastruktura jest udostępniana. Cyt.: „(...) z dalszych informacji spółki wynika (informacje ze strony internetowej spółki), iż aktualnie kompleksową obsługą objęta jest bocznicą podatnika. Skoro infrastruktura kolejowa jest wykorzystywana przez licencjonowanego przewoźnika kolejowego, na podstawie umowy świadczenia usług w zakresie obsługi bocznic kolejowej podatnika, to należy przyjąć, że dana infrastruktura jest udostępniana”.

Jest to nadinterpretacja art. 7 ust.1 pkt.1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, dotyczącego zwolnienia z podatku od nieruchomości infrastruktury kolejowej.

Ponownie należy podkreślić, że kontrolujący nie wskazali podstawy prawnej obowiązku działania organu podatkowego z urzędu w sytuacji, gdy podatnik nie korzysta ze zwolnień od podatku.

4. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 78374 – strona 30.

Kontrolujący bezpodstawnie dokonał klasyfikacji obiektów jako budowli w świetle treści art.1a ust.1 pkt.1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

W wyjaśnieniach wydziału w zakresie opodatkowania zbiorników:

- zbiornika magazynowania wody do celów p-poż.,
- zbiornika przy magazynie J,
- zbiornika zapasu wody pożarowej,

jako budynków, wskazano na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13.12.2017 r., sygn. SK 48/15 oraz wskazano fakt zaklasyfikowania ich w ewidencji gruntów i budynków jako budynki.

Kontrolujący, kwestionując opodatkowanie tych obiektów, nie podali żadnych argumentów, w oparciu, o które twierdzą, iż zbiorniki te powinny być opodatkowane jako budowle. Powołali się jedynie się na art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane w którym wskazano, że przez budowlę należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury jak m.in. zbiorniki.

Mając na względzie przytoczony wcześniej wyrok oraz zapisy zawarte w ewidencji gruntów i budynków, uznanie przez kontrolujących przedmiotowych zbiorników za budowle jest bezpodstawne.

Odwołując się do wykładni językowej obiekty te spełniają wszystkie cechy budynków, o których mowa w art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l w związku z art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego, jeśli weźmie się pod uwagę, iż definicja budynku na gruncie przepisów u.p.o.l jest definicją legalną. Trybunał w przytoczonym powyżej wyroku nie zgodził się z orzeczeniem sądów administracyjnych, zgodnie z którym możliwe jest uznanie za budowlę obiektu budowlanego, który spełnia kryteria bycia budynkiem, przewidziane w art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l. W jego ocenie argument językowy odnosi się do definicji pojęcia budowli, zawartej zarówno w prawie budowlanym, jak i w ustawie o podatkach

i opłatach lokalnych, która wskazuje jednoznacznie, że budowlą jest obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury.

Odnosząc się do wątpliwości kontrolujących w zakresie opodatkowania działki nr 182, działka nr 182 obręb: Port w 2018 roku nie podlegała zwolnieniu na podstawie art. 7 ust.1 pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. Wynika to z korekty deklaracji, złożonej przez Podatnika w dniu 05.02.2018 r.

Odnosząc się do wątpliwości dotyczących budowli objętych zwolnieniem wynikającym z art. 7 ust. pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych informuję, co następuje. Załącznik nr 1 do ustawy o transporcie kolejowym stanowi, że w skład infrastruktury kolejowej wchodzi następujące elementy, pod warunkiem, że tworzą część linii kolejowej, bocznic kolejowej lub innej drogi kolejowej, lub są przeznaczone do zarządzania nimi, obsługi przewozu osób lub rzeczy, lub ich utrzymania:

- 1) tory kolejowe, w tym rozjazdy i skrzyżowania torów, wchodzące w ich skład szyny, szyny żłobkowe, kierownice, odbojnice, prowadnice, zwrotnice, krzyżownice i inne elementy rozjazdów, podkłady kolejowe i przytwierdzenia, drobne elementy nawierzchni kolejowej, podsypka w tym tłuczeń i piasek;
- 2) obrotnice i przesuwnice;
- 3) podtorze, w szczególności nasypy i przekopy, systemy kanałów i rowów odwadniających, rowy murowane, ściany osłonowe, roślinność posadzona w celu ochrony skarp;
- 4) obiekty inżynieryjne: mosty, wiadukty, przepusty i inne konstrukcje mostowe, tunele, przejścia nad i pod torami, mury oporowe i umocnienia skarp;
- 5) nastawnie, urządzenia sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzenia zabezpieczające, sygnalizacyjne i łącznościowe na szlaku, w stacjach i stacjach rozrządowych, urządzenia służące do wytwarzania, przetwarzania i dystrybucji prądu elektrycznego do celów sygnalizacji i łączności; budynki, w których takie urządzenia lub instalacje się znajdują; przytorowe urządzenia kontroli bezpiecznej jazdy pociągów i wykrywania stanów awaryjnych w przejeżdżającym taborze; hamulce torowe; urządzenia do ogrzewania rozjazdów;
- 6) perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą dotarcie do nich pasażerom, pieszo lub pojazdem, z drogi publicznej lub dworca kolejowego;
- 7) rampy towarowe, w tym w terminalach towarowych, wraz z drogami dowozu i odwozu towarów do dróg publicznych;
- 8) drogi technologiczne i przejścia wzdłuż torów, mury ogradzające, żywopłoty, ogrodzenia, pasy przeciwpożarowe, zasłony odśnieżne;
- 9) przejazdy kolejowo-drogowe i przejścia w poziomie szyn, w tym urządzenia i systemy służące zapewnieniu bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego;

- 10) systemy oświetleniowe do celów ruchu kolejowego i bezpieczeństwa;
- 11) urządzenia przetwarzania i rozdziału energii elektrycznej na potrzeby zasilania trakcyjnego: podstacje, kable zasilające pomiędzy podstacjami i przewodami jezdnyymi, sieć trakcyjna wraz z konstrukcjami wsporczymi, trzecia szyna z konstrukcjami wsporczymi;
- 12) grunty, oznaczone jako działki ewidencyjne, na których znajdują się elementy wymienione w pkt 1-11.

Wskazane w protokole budowie, niezależnie od użytego przez podatnika nazewnictwa, mogą stanowić integralne części składowe elementów infrastruktury kolejowej, wymienionych w przytoczonym załączniku.

Nie ulega wątpliwości, że wskazane w protokole „odwodnienie /liniowe/ kanalizacja deszczowa” stanowi niezbędny element dróg, o którym mowa w pkt 7 załącznika i tworzy z nią całość pod względem technicznym i użytkowym. Potwierdzają to wyjaśnienia Podatnika, dotyczące części przedmiotów opodatkowania, podlegających zwolnieniu na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. Podatnik wskazał, że użyta nomenklatura może być myląca i nie wskazywać wprost, wbrew stanowi faktycznemu, że dany obiekt budowlany stanowi element infrastruktury.

W kwestii „toru nr 122” należy stwierdzić, że nie podlegał on zwolnieniu w 2018 r., co wynika z korekty deklaracji złożonej w dniu 05.02.2018 r. Podatnik wyjaśnił również, że „tor nr 123 jest ujęty w rejestrze infrastruktury i jest udostępniany publicznie”.

Ponownie należy podkreślić, że kontrolujący nie wskazali podstawy prawnej obowiązku działania organu podatkowego z urzędu w sytuacji, gdy podatnik nie korzysta ze zwolnień od podatku.

5. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 78332 – strona 37.

Kontrolujący w sposób niewłaściwy dokonał rozszerzającej interpretacji art. 1a ust. 1 pkt. 3 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych w związku z art. 2 ust. 3 pkt 4 ww. ustawy.

Kontrolowany nie zgadza się ze stanowiskiem kontrolujących, iż przedmiotowe odcinki dróg publicznych nie mogą być wyłączone z opodatkowania na podstawie art. 2 ust. 3 pkt 4 u.p.o.l w związku z faktem, iż ich właścicielem jest spółka. Stosownie do art. 2 ust. 3 pkt 4 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych nie podlegają opodatkowaniu grunty zajęte pod pasy drogowe dróg publicznych w rozumieniu przepisów o drogach publicznych oraz zlokalizowane w nich budowle - z wyjątkiem związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej innej niż utrzymanie dróg publicznych lub eksploatacji autostrad płatnych. Z konstrukcji tego przepisu należy wnioskować, że zastrzeżenie poczynione w jego końcowej części odnosi się zarówno do gruntów, jak i do budowli. W konsekwencji grunty stanowiące pasy

drogowe dróg publicznych, związane z prowadzeniem działalności gospodarczej w rozumieniu art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., podlegają opodatkowaniu. W analizowanym stanie faktycznym powstaje jednak zasadnicze pytanie, czy przez sam fakt, iż właścicielem gruntów jest spółka można przyjąć, że są one związane z prowadzeniem działalności gospodarczej? Jak wskazuje stan faktyczny, grunty te nie są przez spółkę wykorzystywane do działalności gospodarczej, a są ogólnodostępne – zatem nie są one związane z prowadzeniem jakiegokolwiek działalności gospodarczej przez właściciela. W takim przypadku należy rozważyć wskazówki wynikające z uzasadnienia wyroku TK z dnia 12 grudnia 2017 r. (SK 13/15). W kontekście przedsiębiorców osób fizycznych TK wyraził pogląd, że związek, o którym mowa w art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. zachodzi, gdy przedmiot opodatkowania posiadany przez przedsiębiorcę jest lub potencjalnie może być wykorzystywany do prowadzenia działalności gospodarczej. W naszej ocenie ten pogląd powinien być odnoszony również do innych podmiotów niż osoby fizyczne (zob. szerzej R. Dowgier, Związek nieruchomości z prowadzeniem działalności gospodarczej - glosa do wyroku TK z dnia 12 grudnia 2017 r. (SK 13/15), "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2018, Nr 3).

We wskazanym stanie faktycznym trudno jest wskazać jakikolwiek związek gruntów zajmowanych pod drogi publiczne z działalnością spółki. W konsekwencji należy zastosować do tego gruntu wskazane wyżej wyłączenie z opodatkowania.

6. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 235457 – strona 40.

Kontrolujący dokonał błędnej oceny stanu prawnego, wynikającego z treści art. 5 ust. 1 pkt. 2 lit. d ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

Stawka preferencyjna zgodnie z art 5 ust. 1 pkt 2 lit d ustawy o podatkach i opłatach lokalnych ma zastosowanie do budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, zajętych przez podmioty udzielające tych świadczeń.

W ocenie kontrolowanego obydwu budynki kwalifikują się do objęcia tą stawką, niezależnie od tego, iż budynek o nr 44 wykorzystywany był tylko w niewielkiej części.

Z wyjaśnień Spółki wynika, iż w budynku przy ul Kościuszki 44, znajdowała się przychodnia, apteka szpitalna, administracja szpitalna, natomiast w budynku przy ul. Kościuszki 46 stacja wymienników, zapewniających możliwość dostarczenia ciepłej wody użytkowej i ogrzewania oraz głowica telekomunikacyjna dla budynku przy ul. Kościuszki 44.

Bez wątplenia obydwu budynki były związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, zajętych przez podmiot udzielających tych świadczeń. Żaden z budynków nie był wykorzystywany na innego typu działalność gospodarczą. Pomieszczenia zajęte np. na administrację szpitala czy stację

wymienników zapewniających możliwość dostarczenia ciepłej wody użytkowej i ogrzewania kwalifikują się do objęcia tą stawką, co bezsprzecznie wynika z wykładni językowej przepisu.

Zastrzeżenia kontrolujących zasługiwałyby na aprobatę w sytuacji badania zajęcia przedmiotowych budynków na działalność gospodarczą w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych. Aktualny przepis mówi jednak o związku z prowadzeniem określonej działalności, które jest pojęciem szerszym od pojęcia zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej.

Warto wskazać, że przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie definiują w § 3 pkt 12 pomieszczenie techniczne przez które należy rozumieć *pomieszczenie przeznaczone dla urzędzeń służących do funkcjonowania i obsługi technicznej budynku*. Taki charakter miały pomieszczenia zlokalizowane w budynku przy ul. Kościuszki 46. Znajdowały się w nich urzędzenia służące do funkcjonowania i obsługi technicznej budynku przy ul. Kościuszki 44. Skoro urzędzenia te służyły do funkcjonowania budynku, w którym wykonywane były świadczenia lecznicze, to należy je kwalifikować, jako związane z udzielaniem tych świadczeń. Bez urzędzeń znajdujących się w budynku przy ul. Kościuszki 46 nie byłoby możliwe udzielanie świadczeń zdrowotnych w budynku przy ul. Kościuszki 44, a zatem związek pomieszczeń, w których znajdowały się urzędzenia z udzielaniem świadczeń zdrowotnych jest oczywisty.

Potwierdza to także orzecznictwo, pismo Ministerstwa Finansów z dnia 12.11.2015 r. znak sprawy PL-LS.834.112.2015 skierowane do Prezydenta Miasta Gliwice oraz literatura przedmiotu - L. Etel, Komentarz do art. 5 ustawy o podatku od nieruchomości - LEX:

„(...) Zasadnicza zmiana sprowadza się do tego, że niższa stawka może być stosowana nie tylko do budynków zajętych na udzielaniem świadczeń zdrowotnych, ale szerzej - do budynków związanych z udzielaniem tych świadczeń. Niższa stawka po wprowadzeniu zmian objęła dodatkowo te budynki i ich części, które nie były faktycznie na świadczenia zdrowotne zajmowane, ale pozostawały w związku z realizacją tych świadczeń (...)”.

Wyrok, na który powołuje się kontrolujący sygn. akt I SA/GI 85/1 nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż dotyczy budynku, który dopiero w wyniku przebudowy stanie się szpitalem, natomiast budynki przy ul. Kościuszki 44-46, były wykorzystywane przez Spółkę jako budynki składające się na sieć szpitalną. Spornym w sprawie jedynie może być fakt, iż kondygnacje wyższych pięter w budynku przy ul. Kościuszki 46 nie mogły być wykorzystywane do żadnych celów z uwagi na naruszenia stropów, jak wynika z aktualnych informacji, posiadanych przez kontrolowanego.

Cały budynek powinien być opodatkowany stawką preferencyjną, skoro jego część związana była z działalnością medyczną, poprzez zaopatrywanie drugiego budynku m.in. w ciepłą wodę użytkową.

7. Punkt III.1.3.1 Dochody z majątku Gminy Gliwice z tytułu najmu i dzierżawy, dzierżawca o numerze karty kontowej 79776, strona 50 i 51.

Kontrolujący, podważając ważność zapisów uchwały nr XXV/674/2004 Rady Miasta Gliwice z dnia 2 grudnia 2004 r. z późn.zm., naruszyli art. 87 ust. 2 Konstytucji zgodnie z którym: *Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego.* Ponadto naruszyli art. 18 ust 2 pkt 9 ustawy o samorządzie gminnym z dnia 8 marca 1990 r. oraz art. 37 ust 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997 r. poprzez błędną interpretację przepisów.

Uchwała nr XXV/674/2004 z dnia 2 grudnia 2004r. z późn.zm. jako akt prawa miejscowego była zgodnie z przepisami prawa przekazana do nadzoru prawnego wojewody i została opublikowana w poz. 6 w Dzienniku Urzędowym Województwa Katowickiego Nr 1 z dnia 6 stycznia 2005 roku.

Nadzór prawny wojewody nie dopatrył się w uchwale zapisów niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa zarówno w 2004 r., badając samą uchwałę o zasadach, jak i badając kolejne jej zmiany w latach 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2011 i 2019. Wojewoda nie zdecydował się również zaskarżyć uchwały po upływie przewidzianych ustawą terminów rozstrzygnięcia nadzorczego. W związku z powyższym uchwała obowiązuje. Kontrolujący są również związani postanowieniami tej uchwały. Stanowi ona akt prawa miejscowego, w związku z czym obowiązuje, dopóki nie zostanie uchylona albo dopóki nie zostanie stwierdzona jej nieważność w odpowiednim trybie. Do tego czasu korzysta z domniemania zgodności z prawem. Inspektorzy Regionalnej Izby Obrachunkowej nie mają prawa do indywidualnej oceny zgodności uchwały Rady Miasta z przepisami prawa. Co więcej, ze względu na przedmiot regulacji uchwała ta w ogóle nie podlega nadzorowi Regionalnej Izby Obrachunkowej, a organem nadzoru władnym do jej kwestionowania jest wojewoda. Zarzut naruszenia przez kontrolujących Konstytucji i w/w uchwały jest o tyle zasadny, że w zakresie dochodów z majątku Gminy, kontrola jest dokonywana z uwzględnieniem kryterium zgodności z prawem (art. 5 ust. 1 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych). Tymczasem kontrolujący kwestionują działania podjęte przez kontrolowanego, które były zgodne z prawem miejscowym.

Dodatkowo kontrolujący naruszyli art. 35 ust 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997 r. poprzez jego błędną interpretację.

Przywołany artykuł ustawy w żadnej części nie określa celu dla którego opisany w artykule wykaz jest sporządzany i podawany do publicznej wiadomości. Przyjmując w istocie, iż podstawowym celem publikacji wykazu jest postulat transparentności działań w zakresie gospodarowania nieruchomościami, już samo wywieszenie wykazu wypełnia ten postulat. Nie ma więc bezwzględnego nakazu, wynikającego z norm prawnych, aby wstrzymać się z zawarciem

umowy dzierżawy do czasu upłynięcia terminu 21 dni od publikacji wykazu. Kontrolujący nie trafnie, w odniesieniu do planowanych czynności zawierania umów dzierżawy, wskazują, iż celem wykazu jest „umożliwienie wszystkim zainteresowanym ubiegania się o nabycie praw do nieruchomości umieszczonych w wykazie”. Umowa miała być bowiem zawarta z konkretnym, już wcześniej ustalonym kontrahentem i jednocześnie nikomu innemu nie przysługiwało żadne prawo do zawarcia umowy. Dodać również należy, iż czynności oddania w dzierżawę nie pozbawiają nikogo, komu ewentualnie prawa lub roszczenia do nieruchomości przysługiwałyby, jego roszczeń.

Artykuł 34 powołanej ustawy przywołany w artykule 35 stanowi jedynie o przysługującym w terminie wywieszenia wykazu pierwszeństwie nabycia nieruchomości osobom uprawnionym. W żaden sposób nie można łączyć pierwszeństwa w nabyciu z rozstrzygnięciem dotyczącym dzierżawy nieruchomości. Wola zagospodarowania nieruchomości poprzez jej wydzierżawienie wyartykułowana w treści zarządzenia Prezydenta Miasta publikowanego w Biuletynie Informacji Publicznej pozostaje niezmienna do czasu zawarcia umowy dzierżawy, pozostając jednocześnie wiążąca dla osób wskazanych w zarządzeniu do jego wykonania.

Zatem zawarcie umowy dzierżawy w okresie wywieszenia wykazu nie narusza w żaden sposób przepisów prawa i nie pozbawia nikogo uprawnień wynikających z przepisów prawa.

8. Pkt III 1.3.2. Dochody z majątku Skarbu Państwa z tytułu najmu i dzierżawy, bezumowne korzystanie z nieruchomości (str. 83 i nast.)

Kontrolowany kwestionuje brak wycofania się przez kontrolujących z zarzutu nienależnego potrącenia przez kontrolowanego 20% z wpływów, osiągniętych w latach 2014-2017 z bezumownego korzystania z nieruchomości Skarbu Państwa. Zarzut ten został postawiony w piśmie kontrolujących z dnia 9.09.2019 r., skierowanym w toku kontroli do Naczelnika Wydziału Gospodarki Nieruchomościami i Naczelnika Wydziału Księgowości. W piśmie zawarte zostały: zapytanie o podstawę prawną pobierania przez Miasto Gliwice 25% wpływów w okresie od 2014 r. do sierpnia 2017 r. oraz jednocześnie (przed uzyskaniem odpowiedzi na to zapytanie) wskazany wyżej zarzut nienależnego potrącenia 20%. Zatem kontrolujący postawili kontrolowanemu zarzut działania z naruszeniem prawa przed uzyskaniem odpowiedzi na pytanie dotyczące podstawy prawnej tego działania.

Dla kontrolowanego fakt postawienia z góry przez kontrolujących zarzutu działania niezgodnego z prawem, zanim uzyskali oni wyjaśnienia, o które zwrócili się w piśmie z dnia 9.09.2019 r. oznacza, że kontrola w tym zakresie budzi wątpliwości, czy została przeprowadzona w sposób bezstronny i obiektywny. Postępowanie, polegające na kierowaniu się z góry założoną tezą, jest traktowane jako jeden z najpoważniejszych zrzutów pod adresem sądu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.02.2017 r. III KK 238/16). Analogicznie należy ocenić działanie organów kontroli. Wątpliwości kontrolowanego,

co do bezstronności w omawianym zakresie dodatkowo uzasadnia treść protokołu z kontroli, w której kontrolujący w ogóle nie odnieśli się do wyjaśnień kontrolowanego, poprzestając jedynie na przytoczeniu kilku przepisów prawa, mających zastosowanie przy pobieraniu i rozliczaniu dochodów Skarbu Państwa z tytułu gospodarowania nieruchomościami.

Kontrolowany odpowiedział na zadane pytania, wskazując podstawę prawną potrącania 25% z wpływów z bezumownego korzystania z nieruchomości – art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Kontrolowany wykazał, że jest to praktyka zgodna ze stanowiskiem Wojewody Śląskiego, prezentowanym od co najmniej kilku lat, w tym przez cały okres objęty kontrolą. Ponadto kontrolujący uzasadnił, że w sytuacji:

- 1) gdy korzystanie z nieruchomości Skarbu Państwa miało miejsce w okresie pomiędzy dwoma umowami najmu lub dzierżawy, czyli po wygaśnięciu poprzedniej okresowej umowy i przed zawarciem kolejnej
- 2) gdy po ujawnieniu faktu bezumownego korzystania z nieruchomości następowało zawarcie pierwszej umowy najmu lub dzierżawy

- wzajemne prawa i obowiązki właściciela nieruchomości i osoby korzystającej z nieruchomości są analogiczne, jak w przypadku najmu lub dzierżawy. Analogiczny jest również cel społeczno-gospodarczy takiego stosunku prawnego. Co istotne, orzecznictwo i doktryna prawnicza w taki sam sposób ocenia tą kwestię z punktu widzenia podatku VAT, którego przedmiotem nie jest wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z nieruchomości, a mimo tego, w drodze wykładni, podatek ten obciąża to świadczenie w sytuacji, gdy właściciel toleruje, że osoba trzecia korzysta z jego nieruchomości, a korzystający płaci za to korzystanie wynagrodzenie.

W wyroku z dnia 13.09.2011 r. (P 33/03) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: *„Ogólnie ujmując, wątpliwości interpretacyjne mogą być tolerowane w większym stopniu w prawie prywatnym (prawo cywilne, prawo rodzinne, prawo handlowe), a w mniejszym stopniu w prawie publicznym, przy czym w tym ostatnim wypadku rozróżnić należy między prawem administracyjnym, prawem podatkowym i prawem karnym, gdyż poziom wymaganej jednoznaczności i precyzji ulega podwyższeniu w każdej z kolejno wymienionych dziedzin prawa. Okoliczność ta jest konsekwencją odmiennego zakresu swobody interpretacyjnej w poszczególnych gałęziach prawa, wynikającego m.in. z różnego stopnia dopuszczalności posługiwania się w ich ramach funkcjonalnymi regułami wykładni w celu rozstrzygnięcia rozważanych wątpliwości.”* Ustawa o gospodarce nieruchomościami, ustawa o finansach publicznych czy ustawa o dochodach jednostek samorządu terytorialnego zawierają normy prawne z zakresu prawa administracyjnego. We wskazanym przez Trybunał Konstytucyjny porządku gałęzi prawa publicznego ze względu na stopień swobody interpretacji prawo administracyjne zostało sklasyfikowane przed prawem podatkowym. Skoro więc w prawie podatkowym za dopuszczalną została uznana (rozszerzająca) interpretacja ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którą wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z nieruchomości podlega temu podatkowi, to

tym bardziej w taki sam sposób winno się zinterpretować charakter prawny tego wynagrodzenia na gruncie prawa administracyjnego.

Kontrolowany w odpowiedzi na pismo z dnia 9.09.2019 r. poinformował również, że wobec pojawiających się odmiennych interpretacji tego zagadnienia zdecydował się na poddanie przedmiotowej sprawy pod ocenę przez sąd powszechny. W tym celu kontrolowany od miesiąca września 2017 r. odprowadzał na rachunek Wojewody Śląskiego dochody zawyżone o 20%, potrącając jedynie 5%. Pismem z dnia 4.09.2019 r. Wojewoda Śląski został wezwany do zwrotu nienależnie – zdaniem kontrolowanego – wpłaconej różnicy w kwocie 100.026,45 zł w terminie 30 dni. Pomimo upływu tego terminu powyższa kwota nie została zwrócona. Wojewoda Śląski nie udzielił również żadnej odpowiedzi na pismo z dnia 4.09.2019 r.

Kontrolowany informuje, że pozew o zapłatę powyższej kwoty zostanie złożony po 7.11.2019 r. W dniu tym bowiem wchodzi w życie ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, która wprowadza istotne zmiany w procedurze cywilnej, polegające w szczególności na możliwości bardziej optymalnej organizacji przebiegu postępowania, co ma skrócić czas rozpoznawania sprawy, przede wszystkim poprzez wprowadzenie obligatoryjnego posiedzenia przygotowawczego oraz obowiązku przygotowania planu rozprawy. Zgodnie z zamiarem ustawodawcy, po zmianie przepisów, sąd winien w dużo bardziej aktywny sposób próbować nakłonić strony do ugody. Kontrolowany zamierza skorzystać z nowych instytucji prawnych w sporze z Wojewodą Śląskim, stąd pozew zostanie złożony po 7.11.2019 r.

9. Pkt III.2.1.2. Świadczenie usług promocyjnych na rzecz Miasta Gliwice w związku z funkcjonowaniem obiektu oraz wydarzeniami organizowanymi w Arenie Gliwice w latach 2018 oraz 2019-2020.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 67 ust. 2 Prawa zamówień publicznych kontrolowany zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Prezes Urzędu nie przedstawił zastrzeżeń do przesłanek zastosowania tego trybu ani też nie podjął w sprawie żadnych działań zmierzających do unieważnienia umowy.

Ponadto należy podkreślić, że kwestia zlecenia z wolnej ręki promocji Miasta była również przedmiotem kontroli przez Regionalną Izbę Obrachunkową na przełomie 2011 i 2012 roku. Okoliczności zawarcia i wykonania umowy z Gliwickim Klubem Sportowym Piast zostały opisane na str. 38-51 protokołu z kontroli. W Wystąpieniu pokontrolnym z dnia 25 maja 2012 r. (WK-6100/47/11/12) Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach stwierdził m.in., że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Promocja miasta Gliwice podczas rozgrywek I ligi piłki nożnej” wartość zamówienia ustalono bez dochowania należytej staranności, a przede wszystkim udzielono zamówienia z wolnej ręki pomimo braku

zaistnienia przesłanek do zastosowania tego trybu (str. 9 wystąpienia pokontrolnego).

Ponadto zostało wszczęte postępowanie w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Orzeczeniem z dnia 20 grudnia 2012 r. (RKO/7101/113/12) Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach uznała osoby przeprowadzające postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz podpisujące umowę, za winne naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Orzeczeniem z dnia 24 października 2013 r. (BDF1/4900/15/19-20/13/RWPD-1768) Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych uchyliła orzeczenie z dnia 20 grudnia 2012 r. i uniewinniła obwinionych. W uzasadnieniu orzeczenia z dnia 24 października 2013 r. wskazano, że Skoro Miasto (...) podjęło wcześniejszą decyzję o promocji Miasta w trakcie rozgrywek I ligi piłkarskiej, to nie ulega wątpliwości, iż usługę taką w warunkach Miasta (...) mógł zrealizować wyłącznie klub sportowy (...), a zatem zastosowanie przy udzieleniu zamówienia publicznego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za w pełni zasadne. Analogiczne stanowisko zostało przyjęte w Orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 12 grudnia 2013 r. (BDF1/4900/81/86/13/RWPD-81367).

Należy podkreślić, że promocja gminy należy do jej ustawowych zadań własnych (art. 7 ust. 1 pkt 18 ustawy o samorządzie gminnym). W związku z tym kontrola RIO w tym zakresie jest dokonywana na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym (art. 5 ust. 1 ustawy o Regionalnych Izbach Obrachunkowych). Legalność - to "zgodność z obowiązującymi w badanym okresie przepisami konstytucji, ratyfikowanymi umów międzynarodowych, ustaw, rozporządzeń, aktów prawa miejscowego oraz przepisów wewnętrznych". Podstawę kontroli według tego kryterium stanowią więc zarówno źródła prawa powszechnie obowiązującego, wskazane w art. 87 Konstytucji, jak też niemające takiego charakteru akty wewnętrzne podejmowane w ramach kompetencji przez organy podmiotów kontrolowanych, dotyczące zwłaszcza ich organizacji i funkcjonowania (podziału kompetencji, przydzielenia zadań), a także prowadzenia gospodarki finansowej (w tym w szczególności uchwały i zarządzenia organów j.s.t. w sprawach budżetu). W uzupełnieniu tego katalogu należy dodać, że wzorcem przy badaniu legalności mogą również być zawarte umowy, wydane decyzje w sprawach indywidualnych oraz rozstrzygnięcia organów nadzoru administracyjnego, sądów itp. (Stec Mirosław, Babczuk Arkadiusz, Ciszewski Piotr, Cybulski Bogdan, Etel Leonard, Miemieć Wiesława, Mykowska Zofia, Paczocha Mirosław, Płażek Stefan, Renczyński Dariusz, Salachna Joanna, Srocki Stanisław, Trykozko Rafał, Witalec Waldemar, Wójcik Zbigniew K. i Wróbel Włodzimierz. Art. 5. W: Regionalne izby obrachunkowe. Charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy. Oficyna, 2010.).

W nawiązaniu do przytoczonego stanowiska, kontrolowany podnosi, że w protokole z kontroli, przeprowadzonej w 2019 roku, stawiane są zarzuty dotyczące promocji Miasta podczas działalności hali

widowiskowo-sportowej Arena Gliwice, analogiczne do zarzutów sformułowanych w protokole z kontroli, przeprowadzonej na przełomie 2011 i 2012 roku. Zarzuty te są stawiane, mimo iż Główna Komisja Orzekająca konsekwentnie uznaje tego rodzaju zarzuty za bezzasadne. W związku z tym zarzucam, że kontrolujący zobowiązani do oceny działań kontrolowanego pod względem zgodności z prawem, nie uwzględnili rozstrzygnięć organów nadzoru i zaprezentowanej w nich wykładni przepisów prawa.

Stwierdzenie kontrolujących o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie znajduje poparcia w ustaleniach faktycznych, opisanych w protokole kontroli. Przywołany przepis stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W protokole twierdzi się, że zaniechano podania w opisie przedmiotu zamówienia kluczowych informacji, dotyczących liczby i skali wydarzeń w Arenie Gliwice w okresie świadczenia usług promocyjnych w latach 2018 i 2019/2020, a co się z tym wiąże nie ustalono wartości każdego z tych zamówień z należytą starannością. Wartość każdego z zamówień ustalono – zdaniem kontrolujących – w oparciu o niemożliwe do sprawdzenia oraz wątpliwe wartości podane przez przyszłego wykonawcę.

Powyższy wniosek wynika z całkowitego niezrozumienia przez kontrolujących (i to pomimo udzielonych na piśmie wyjaśnień) konstrukcji oraz istoty umowy z wykonawcą. Co więcej - twierdzenia kontrolujących o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych są nie do obrony na płaszczyźnie normatywnej.

Opis przedmiotu zamówienia to sformułowane w języku prawa zamówień publicznych (art. 29 ust. 1 powołanej ustawy) oczekiwania zamawiającego. Stopień szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia jest uzależniony od trybu w jakim następuje udzielenie zamówienia. Inne są bowiem wymogi opisu w postępowaniach konkurencyjnych, gdzie muszą być one zrozumiałe dla wszystkich potencjalnych wykonawców i nie utrudniać uczciwej konkurencji między nimi (art. 29 ust. 2 tej ustawy), zaś inne (znacznie bardziej uproszczone) w trybach niekonkurencyjnych, zwłaszcza w zamówieniach z wolnej ręki. Przy tych ostatnich dla należytego przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia nie ma potrzeby stosowania tego samego stopnia szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia co w przypadku trybów konkurencyjnych. Wynika to z faktu, że ogólny przedmiot zamówienia (tu: promocja Miasta Gliwice poprzez imprezy organizowane na terenie dzierżawionej hali widowiskowo-sportowej Arena Gliwice) uszczegóławiany jest w trakcie negocjacji z wykonawcą.

Kontrolę przeprowadza się w sposób obiektywny. Jeżeli kontrolujący poszukują w orzecznictwie wsparcia dla swoich też powinni też (co świadczy o rzetelności kontroli) przynajmniej zasygnalizować wyrażone w orzecznictwie poglądy odmienne. Tymczasem w rozważaniach kontrolujących prowadzących do jednoznacznego wniosku o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych całkowicie pominięto tezę wyrażoną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku

z dnia 16 sierpnia 2016 r. (KIO 1352/16), w myśl, której na pierwszym etapie postępowania, prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ustawodawca nie wymaga, aby zamawiający posiadał opis przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem z art. 63 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia musi zawierać jedynie m.in. określenie przedmiotu zamówienia. Jest to inny element niż "opis przedmiotu zamówienia" w rozumieniu art. 29 i następnych Prawa zamówień publicznych. Postanowienia przyszłej specyfikacji, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia powinny być przedmiotem negocjacji. Pogląd ten w pełni można (i przede wszystkim należało w toku kontroli) zastosować do zamówień udzielanych z wolnej ręki. Także i w przypadku zamówień udzielanych z wolnej ręki nie pojawia się pojęcie opisu przedmiotu zamówienia. W to miejsce ustawodawca wymaga by wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazał informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Temu obowiązkowi zadośćuczyniono. Co więcej – rzadko się zdarza by w orzecznictwie wyrażano tak jednoznaczną tezę, jak w przypadku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2013 r. (KIO 1882/13), gdzie wyraźnie wskazano, iż w ramach trybu zamówienia z wolnej ręki nie znajdują wprost zastosowania przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w tym art. 29 i 30 Prawa zamówień publicznych. To ostatnie orzeczenie stanowi najlepszy komentarz krytyczny do tezy kontrolujących o rzekomym naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Równie krytycznie należy się odnieść do zarzutu kontrolujących naruszenia przepisu art. 68 ust. 1. Można bowiem naruszać albo jeden, albo drugi przepis. Nie można natomiast, w przypadku zamówień z wolnej ręki, naruszyć ich obu równocześnie. Tym samym zarzut kontrolujących uznać trzeba za wewnętrznie sprzeczny. Postawienie tak sformułowanego zarzutu świadczy najpełniej o niedostatecznej znajomości przez kontrolujących wzajemnych relacji pomiędzy tym przepisem, a przepisem art. 67 Prawa zamówień publicznych. Tam bowiem gdzie nie ma mowy o opisie przedmiotu zamówienia (jak, m.in. przy zamówieniach z wolnej ręki) nie można naruszyć przepisu art. 29 ust. 1 powołanej ustawy, który do tego trybu zastosowania nie znajduje. Można oczywiście kwestionować zastosowanie samego trybu (co kontrolujący czynią; o czym niżej) lecz nie można wówczas zarzucać naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy - Prawo zamówień publicznych niezbędne jest zaistnienie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które wprost uniemożliwiają powierzenie realizacji zamówienia innemu wykonawcy. Przepis ten nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Zamawiający powinien wykazać, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, dane usługi może wykonać tylko jeden wykonawca. Dopiero

w przypadku niezastąpienia takiej sytuacji lub braku wykazania jej wystąpienia, zamawiający winien podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym. Kontrolujący połączyli natomiast dwie odrębne przesłanki zamówienia z wolnej ręki oczekując, iż by zastosować zamówienie z wolnej ręki muszą być spełnione łącznie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i lit. b). Przepis ten wprowadza dwa odrębne przypadki zastosowania trybu z wolnej ręki, o ile w odniesieniu do każdej z nich nie istniało rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie był wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

Przedmiotem zamówienia publicznego było świadczenie usług promocyjnych na rzecz Miasta Gliwice w związku z funkcjonowaniem obiektu oraz wydarzeniami organizowanymi w Arenie Gliwice. Obiekt ten jest jedną z najważniejszych inwestycji samorządowych i stale buduje swoją markę jako obiekt miejski mający w nazwie Gliwice. Nie sposób zatem było dopatrzeć się rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, bowiem rezygnacja ze świadczenia usług promocji Miasta Gliwice w obiekcie znajdującym się na terenie Gliwic (i co najważniejsze – wybudowanym ze środków publicznych) na rzecz świadczenia usług promocji Miasta Gliwice w innym obiekcie np. Spodku w Katowicach trudno było uznać za rozsądne. Realizacja świadczeń promocyjnych w innych, podobnych obiektach nie wchodziła zatem w grę – co było i powinno dla wszystkich pozostawać oczywiste z punktu widzenia celowości. Skoro Miasto Gliwice podjęło tak kosztowną inwestycję jak budowa hali Arena Gliwice, to świadczenie usług promocyjnych miasta na tym obiekcie jest jedynym rozsądnym rozwiązaniem. Nie istniały i po dzień dzisiejszy nie istnieją rozwiązania równoważne, które odpowiadałyby rzeczywistym potrzebom kontrolowanego. Na rynku nie istnieje substytut tego zamówienia, który jednocześnie zaspakaja uzasadnione potrzeby kontrolowanego. Nie występują inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie w kształcie wymaganym przez kontrolowanego a kompleksowe wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe.

Zespół kontrolujący postawił zarzut co do przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazując, iż możliwe było zastosowanie przy jego udzieleniu trybów konkurencyjnych przewidzianych ustawą – Prawo zamówień publicznych. Wniosek taki oparto, jednakże na błędnych przesłankach wyjściowych. Otóż przyjęto, że przedmiotem zamówienia była promocja miasta jako usługa standardowa, która może być realizowana przez każdy rynkowy podmiot, profesjonalnie zajmujący się usługami promocyjnymi. Podmioty te – by realizować promocję miasta nie muszą dysponować szczególnymi walorami. Tymczasem w sprawie niniejszej chodziło o promocję miasta realizowaną wedle ściśle określonego (zgodnie z obowiązującymi przepisami) założenia, tj. podczas i w związku z organizacją wydarzeń organizowanych w Arenie Gliwice. By taką usługę realizować, potencjalni wykonawcy musieli posiadać możliwość i uprawnienie do organizacji wydarzeń w tym obiekcie, a takie wynika z tytułu prawnego do dysponowania nieruchomością. Nawet jeśli kontrolowany (jako zamawiający) przyjąłby zasadę promocji miasta przy organizacji każdego wydarzenia odrębnie, to i tak zastosowanie trybu konkurencyjnego nie byłoby możliwe. W takim przypadku

udzielenie zamówienia nastąpiłoby również w oparciu o przesłanki zamówienia z wolnej ręki. Należy przy tym podkreślić, że zawarcie kilkunastu umów zamiast jednej kompleksowej z pewnością nie byłoby racjonalne z punktu widzenia oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Każda taka umowa wymagałaby przeprowadzenia odrębnej procedury angażując pracowników administracji samorządowej oraz odpowiednie służby wykonawcy. Wbrew temu co twierdzi zespół kontrolujący usługi promocji miasta Gliwice w związku z funkcjonowaniem obiektu oraz wydarzeniami organizowanymi w Arenie Gliwice w latach: 2018 oraz 2019-2020 nie mogły zostać zrealizowane przez nieograniczony krąg podmiotów, krąg ten był w dacie udzielania zamówienia ściśle określony – do jednego wykonawcy poddzierżawiącego obiekt. Zaznaczyć jednocześnie należy, że umowa poddzierżawy została zawarta przez dwa odrębne od kontrolowanego podmioty, a zatem to nie kontrolowany doprowadził do stanu wyłączności poprzez zawarcie umowy. Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych oraz Kultury i Promocji Miasta w dniu wszczęcia postępowania, a tym bardziej w dniu jego rozstrzygnięcia, podejmowali decyzje w stanie faktycznym, na który nie mieli żadnego wcześniejszego wpływu oraz którego ważność w żaden sposób nie mogła być podważana. Prawo wyłączone wyklucza możliwość świadczenia usług w zakresie świadczeń stałych przez kogokolwiek poza dzierżawcą, bo tylko on dysponuje nieruchomością i jej przestrzeniami oraz usługami świadczonymi przez siebie w związku z działaniem obiektu (właśni pracownicy, własne kanały komunikacji elektronicznej). O ile usługi promocyjne mają charakter usług standardowych i mogą być świadczone przez różnych Wykonawców to jednak świadczenie ich na wskazanym obiekcie hali Arena Gliwice możliwe było przez jednego Wykonawcę – dzierżawcę, który posiada wyłączone prawo zarządzania nieruchomością w sposób zapewniający pobieranie pożytków. Zamówienie w zakresie świadczeń zmiennych miało i ma charakter usługi kompleksowej i taką mógł zapewnić tylko operator obiektu, dysponując swoim prawem do niego (organizując lub współorganizując wydarzenie, a także udostępniając obiekt podmiotom trzecim mógł narzucić określone obowiązki).

Budowanie kalendarza imprez na takich obiektach, jak hala widowiskowo-sportowa Arena Gliwice jest procesem złożonym i dynamicznym. Niektóre wydarzenia kontraktowane są z dużym wyprzedzeniem. W innych przypadkach organizatorzy rezerwują terminy w kilku obiektach i następnie prowadzą równoległe negocjacje z operatorami, nawet do czasu bezpośrednio przed ogłoszeniem sprzedaży. W części przypadków kształt imprezy czy jej artystyczny wymiar podlega modyfikacjom w trakcie przygotowań. Jeszcze inne możliwości pojawiają się z bardzo krótkim wyprzedzeniem lub ad hoc. W związku z tym trudno było narzucić operatorowi Areny Gliwice przedstawienia na etapie negocjacji warunków umowy planu imprez, a także konkretnych wyliczeń, które pozwoliłyby na zweryfikowanie zaproponowanej przez niego ceny w kontekście obowiązujących cen rynkowych za tego rodzaju standardowe usługi, związane z funkcjonowaniem obiektu widowiskowo-sportowego oraz organizacją imprez o charakterze rozrywkowo-artystycznym. Na marginesie należy tylko wspomnieć, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich może wymagać zamawiający od wykonawcy nie przewiduje żądania przedstawienia biznesplanu.

Jeśli chodzi o zarzut braku wskazania obligatoryjnego zakresu wydarzeń w Arenie Gliwice w okresie obowiązywania umowy z 2018 roku to kontrolowany wskazuje, że w momencie przystąpienia do negocjacji dysponował wiedzą o zakontraktowaniu dużych imprez obejmujących 6 dni promocyjnych (m.in. *Sensation White, Polska Noc Kabaretowa, Disney On Ice*). Szacując wartość zamówienia kontrolowany miał wiedzę, jaki jest porównywalny rynkowy koszt promocji Miasta podczas jednodniowego wydarzenia na obiekcie Areny – dla przykładu koszt promocji Miasta Gliwice w związku z wydarzeniem zorganizowanym w Arenie Gliwice 30 maja 2019 roku pod nazwą *A State of Trance 850* wyniósł 300 000,00 zł brutto. Przy czym w kwocie tej nie znajdowały się tzw. działania stałe, które kontrolowany uwzględnił przy szacowaniu wartości zamówienia na promocję Miasta. Kontrolowany nie zaprzecza, że jako wartość szacunkową zamówienia w 2018 roku przyjął kwotę wynikającą ze wstępnej wyceny działań promocyjnych Areny Operator Sp. z o.o. Kwota ta nie budziła wątpliwości kontrolowanego co do jej rynkowego poziomu. Kontrolowany w ramach opisu przedmiotu zamówienia przewidział dwie kategorie działań promocyjnych: stałych oraz prowadzonych podczas i w związku z wszystkimi wydarzeniami organizowanymi w Arenie Gliwice, o których mowa w § 1 ust 2 umowy. Zgodnie z warunkami określonymi w umowie, wartość 4.000.000,00 zł brutto uznano za maksymalną wartość nominalną zobowiązania. Kontrolowany nie mógł posłużyć się danymi historycznymi ze względu na fakt dopiero co rozpoczętej działalności Areny Gliwice, nie mógł też brać pod uwagę kosztów promocji innych miast na obiektach o podobnym charakterze, dla których ze względu na pozycję na rynku i markę ceny są nieprzystające do możliwości nowego obiektu. Dlatego też, co pominięte zostało w zastrzeżeniach kontrolujących, kontrolowany wynegocjował cenę 30% niższą niż zakładano w szacunku (2 800 000,00 zł brutto, w tym 900 000,00 zł brutto na działania stałe oraz 1 900 000,00 zł brutto na działania dodatkowe), co należy odczytać jako szczególną dbałość kontrolowanego o gospodarne wydatkowanie środków publicznych. Nieuzasadniony jest więc zarzut, że kontrolowany bezrefleksyjnie podszedł do ceny wskazanej pierwotnie przez Wykonawcę. Rynkowość wynegocjowanej ceny potwierdza też koszt promocji Miasta z tytułu świadczenia usług promocyjnych na rzecz Miasta Gliwice podczas *Gali Sztuk Walki* organizowanej w Gliwicach w dniu 10 listopada 2018 r. z udziałem Artura Szpilki, Mariusza Wacha, Ewy Piątkowskiej, Kamila Szeremety oraz Krzysztofa Głowackiego.

Podobne założenia do powyższych przyjęto podczas ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w postępowaniu, w wyniku którego zawarto w dniu 14 stycznia 2019 roku umowę pomiędzy Miastem Gliwice a Arena Operator Sp. z o.o., obowiązującą w okresie od dnia jej zawarcia do dnia 15 listopada 2020 roku. Kontrolowany ponownie podkreśla, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona z dochowaniem należytej staranności. Kontrolowany podkreśla, że szacowany wzrost całkowitego kosztu promocji Miasta Gliwice w umowie zawartej 14 stycznia 2019 roku w stosunku do umowy

zawartej w dniu 29 czerwca 2018 roku ma związek z faktem, że pozycja Areny Gliwice na rynku obiektów widowiskowo-sportowych o podobnym charakterze zaczęła wzrastać, w związku z powyższym, pomimo że Wykonawca zobowiązany był do świadczenia tożsamyh usług promocyjnych, to wartość tych usług również wzrosła. Należy podkreślić, że kontrolowany wynegocjował cenę ponad 25% niższą niż zakładano w szacunku.

Przekazanie licencji do materiałów foto, audio itp., zawarte w umowach dzierżawy i poddzierżawy dotyczy materiałów dokumentujących działalność obiektu i nie ma nic wspólnego ze świadczeniami promocyjnymi, ponieważ (i to tylko w nieokreślonym zakresie posiadanych praw autorskich) nakazuje dzierżawcy udostępnić te treści pośrednio Zamawiającemu. Takie materiały jednak mogą być tylko substancją, służącą do przygotowania materiałów promocyjnych kontrolowanego, które następnie musiałyby być w określony sposób dystrybuowane (przez zew. świadczenia promocyjne). Co najważniejsze, wykorzystanie takich materiałów już po wydarzeniu ma znikomą wartość dla potencjalnych odbiorców, ponieważ opisywane wydarzenie już się odbyło i taki przekaz może mieć wyłącznie charakter pamiątkowy. W przekazach medialnych największe zasięgi i popularność mają tzw. newsy, a więc w przypadku wydarzeń informacje je zapowiadające. Z kolei licencja do logotypu miasta jest udzielana każdemu podmiotowi, który świadczy usługi promocyjne na rzecz miasta lub w inny sposób jest zobowiązany do jego umieszczania na materiałach; nie stanowi to nigdy przesłanki do świadczenia usług, a jedynie ma je umożliwić zgodnie z obowiązkiem.

Możliwość rozwiązania, wypowiedzenia czy odstąpienia od umów dzierżawy nie zapewniłaby wszczęcia procedury udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Miasto nie miało zresztą formalnoprawnej możliwości wymuszenia na dzierżawcy wypowiedzenia umowy poddzierżawy.

10.Pkt III.2.1.3. Menadżer projektu dla inwestycji p.n. „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium”, strona 155.

Kontrolujący błędnie wskazują, że zadanie dotyczące pełnienia przez PWiK Sp. z o.o. funkcji Menadżera Projektu było w latach 2013-2017 klasyfikowane jako przedsięwzięcie WPF i w związku z powyższym w latach 2018-2020 również powinno być wykazywane w wykazie przedsięwzięć. W żadnej z uchwał w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej, obowiązujących w latach 2013-2017 nie występowało odrębne przedsięwzięcie p.n. „Menadżer projektu dla inwestycji p.n. „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium””.

Czynności wykonywane przez Menadżera Projektu stanowiły w latach 2013-2017 część przedsięwzięcia „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo - sportowej Podium”. Zgodnie z zawartym Porozumieniem Technicznym z dnia 22.02.2013 r., w tym z Aneksem nr 2 IR.222.11-2.2013 z dnia 10.12.2015 r., Menadżer Projektu jako profesjonalny podmiot zarządzał realizacją

przedsięwzięcia „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo sportowej Podium”.

Czas realizacji obowiązków Menadżera Projektu wykracza poza okres realizacji inwestycji i obejmuje również okres gwarancji i rękojmi. Przy czym w trakcie budowy obiektu obowiązki Menadżera Projektu były stricte związane z procesem inwestycyjnym, który zakończył się w 2017 r.

Bezpośrednio po zakończeniu realizacji inwestycji nastąpił okres gwarancji i rękojmi, podczas którego obowiązki Menadżera Projektu sprowadzają się do usług związanych z „utrzymaniem” wcześniej zrealizowanego przedsięwzięcia. Z oczywistych względów w interesie kontrolowanego pożądanym było, aby obowiązki Menadżera Projektu zarówno w okresie realizacji inwestycji, jak i w okresie rękojmi i gwarancji pełnił ten sam podmiot. Stan taki gwarantowało zawarcie jednej umowy (porozumienia) obejmującego oba te okresy.

Zgodnie z art. 16g ust. 1, 3 i 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz art. 28 ust. 8 ustawy o rachunkowości do wartości początkowej środka trwałego mogą być zaliczone jedynie wydatki poniesione do zakończenia realizacji inwestycji, czyli do dnia przyjęcia środka trwałego do użytkowania. Natomiast wydatki ponoszone po zakończeniu realizacji inwestycji nie mogą być zaliczane do wartości początkowej. Wydatki te nie mogą być również kwalifikowane jako ulepszenie środka trwałego w rozumieniu art. 16g ust. 13 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, czy art. 31 ust. 1 ustawy o rachunkowości.

Zgodnie z art. 228 ust. 1 ustawy o finansach publicznych: *Uchwała w sprawie wieloletniej prognozy finansowej może zawierać upoważnienie dla zarządu jednostki samorządu terytorialnego do zaciągania zobowiązań:*

- 1) *związanych z realizacją zamieszczonych w niej przedsięwzięć;*
- 2) *z tytułu umów, których realizacja w roku budżetowym i w latach następnym jest niezbędna do zapewnienia ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy.*

Uchwały w sprawie WPF obowiązujące w latach, w których zostało podpisane porozumienie z Menadżerem Projektu oraz aneksy do niego (2013-2015), a także uchwały obowiązujące w latach kolejnych (2016-2019) zawierały oba wskazane wyżej upoważnienia wynikające z art. 228 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy. Porozumienie z Menadżerem Projektu w okresie 2013-2017 było „związane z realizacją przedsięwzięcia” p.n. „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium”. Natomiast po zakończeniu realizacji inwestycji porozumienie to „jest niezbędne do zapewnienia ciągłości działania”. W związku z tym przedmiotowe porozumienie zostało zawarte w oparciu o oba zakresy upoważnienia. Z przepisów nie wynika, że umowa zapewniająca ciągłość działania jednostki nie może być jednocześnie w pewnym okresie związana z realizacją przedsięwzięcia zamieszczonego w WPF. W konsekwencji płatności, wynikające z porozumienia, były przewidziane: w okresie realizacji inwestycji w załącznikach nr 2 do uchwał w sprawie WPF, a po zakończeniu realizacji inwestycji w załącznikach nr 1 – jako wydatki bieżące.

11.Pkt III.2.1.4. Zamówienie publiczne p.n. „Prace serwisowe polegające na wykonaniu kontroli stanu technicznego obiektu p.n. Arena Gliwice, stanowiącego własność miasta Gliwice, do przeprowadzenia w latach 2018-2019-2020”, strona 159.

Kontrolowany kwestionuje postawiony przez kontrolujących zarzut, że przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 Prawa zamówień publicznych zostały zastosowane w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny do charakteru zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem 8 pkt 3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia „O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali należycie co najmniej dwie usługi polegające na przeprowadzeniu kontroli okresowej w rozumieniu art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1202 z późn. zm.) w budynku o powierzchni dachu co najmniej 1000 m². W przypadku podmiotów występujących wspólnie, warunek w zakresie doświadczenia musi spełniać każdy podmiot.”

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przedmiotem zamówienia były prace serwisowe, polegające na wykonaniu kontroli stanu technicznego Areny Gliwice, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego. Zgodnie z tym przepisem: *Obiekty budowlane powinny być w czasie ich użytkowania poddawane przez właściciela lub zarządcę kontroli okresowej w zakresie, o którym mowa w pkt 1, co najmniej dwa razy w roku, w terminach do 31 maja oraz do 30 listopada, w przypadku budynków o powierzchni zabudowy przekraczającej 2000 m² oraz innych obiektów budowlanych o powierzchni dachu przekraczającej 1000 m²; osoba dokonująca kontroli jest obowiązana bezzwłocznie pisemnie zawiadomić organ nadzoru budowlanego o przeprowadzonej kontroli.* Określony w pkt 1 zakres kontroli obejmuje: *sprawdzenie stanu technicznego:*

- a) *elementów budynku, budowli i instalacji narażonych na szkodliwe wpływy atmosferyczne i niszczące działania czynników występujących podczas użytkowania obiektu,*
- b) *instalacji i urządzeń służących ochronie środowiska,*
- c) *instalacji gazowych oraz przewodów kominowych (dymowych, spalinowych i wentylacyjnych).*

Przedmiot zamówienia został opisany w SIWZ oraz w załączniku nr 5 do SIWZ. Z dokumentów tych jednoznacznie wynika, że zakres zamówienia pokrywał się z zakresem obowiązkowej kontroli wynikającym z art. 62 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego.

W protokole z kontroli na str. 163-164 został przytoczony fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 7.08.2014 r. (KIO 1495/14), w którym za uzasadnione uznano żądanie od wykonawców wykazania się

kilkukrotnym należywym wykonaniem danego rodzaju przedsięwzięcia. Jednokrotna poprawna realizacja danego zakresu prac czy usług może nie potwierdzać doświadczenia wykonawcy i być wynikiem przypadku.

W przedmiotowym zamówieniu jego zakres pokrywał się w całości z zakresem usług, których uprzednie co najmniej dwukrotne należyte wykonanie (na rzecz innych podmiotów) stanowiło warunek udziału w postępowaniu. Gdyby kontrolowany nie postawił warunku, zgodnie z którym obowiązek wykazania co najmniej dwóch usług dotyczył również każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wówczas ofertę mogłoby złożyć konsorcjum, w którym każdy z uczestników posiadałby w swoim dorobku jedynie jedną taką usługę. W takim przypadku zamówienie mogłoby zostać udzielone konsorcjum złożonemu z podmiotów, które jednokrotnie, przypadkowo, należycie wykonały po jednej usłudze.

Kontrolujący sugerują, że kontrolowany mógł w SIWZ zamieścić zastrzeżenia co do warunków realizacji zamówienia, np. poprzez postawienie warunku równego udziału w realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty, albo że określone części zamówienia członkowie konsorcjum muszą wykonać wspólnie, bądź ma je wykonać ten członek konsorcjum, który posiada wymagane uprawnienia i doświadczenie. Sugestia ta nie uwzględnia jednak, że w niniejszym przypadku zakres zamawianych usług pokrywa się w całości z zakresem usług wymaganych jako doświadczenie wykonawcy. Zatem przedmiotu zamówienia nie da się podzielić tak, żeby część usług wykonał wykonawca posiadający wymagane doświadczenie, a pozostałą część drugi i ewentualny kolejny wykonawca w ramach konsorcjum. Dla tego drugiego i ewentualnie kolejnych wykonawców nie pozostaje bowiem nic do wykonania, gdyż całość zamówienia zawiera się w zakresie obowiązkowej kontroli wynikającym z art. 62 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego. Z powyższego wynika, że kontrolowany nie mógł zapewnić sobie wykonania zamawianych usług przez podmiot doświadczony poprzez określenie warunków realizacji zamówienia w oparciu o art. 23 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Mógł to osiągnąć jedynie poprzez szczególny opis warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 23 ust. 5 tej ustawy.

W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2019 r. (KIO 269/19), w którym zostało stwierdzone (...), że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady wystarczające jest wykazanie łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a nie przez każdego z członków konsorcjum lub w inny sposób, np. przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum). Zastosowanie ww. zasady może jednak okazać się nieuzasadnione w konkretnych okolicznościach danego postępowania. W tych przypadkach, gdy jest to uzasadnione charakterem zamówienia, zamawiający uprawniony jest do zastosowania regulacji art. 23 ust. 5 ustawy pzp, tj. może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Korzystając z ww. uprawnienia zamawiający obowiązany jest do przestrzegania zasady proporcjonalności. Uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo, takie szczególne określenie spełnienia przez konsorcjum warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (w ramach warunku zdolności technicznej lub zawodowej) może wystąpić np. w sytuacji, gdy z uwagi na przedmiot zamówienia konieczne jest posiadanie doświadczenia zdobytego w wyniku wielokrotnego wykonania określonych czynności (...).

Wyrok KIO z dnia 21 maja 2018 r. (KIO 910/18):

(...) Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Uprawnienie to ma służyć uzyskaniu rękojmi należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia (...).

Kontrolowany w toku przeprowadzonej kontroli uzasadnił wymóg posiadania doświadczenia z uwagi na wyjątkowy charakter obiektu podlegającego kontroli. Kontrolowany przedstawił charakterystykę tego obiektu. Protokół z kontroli zawiera cytaty z wyjaśnień złożonych przez kontrolowanego w tym zakresie. Sformułowany przez zamawiającego warunek, narzucający wykonawcom występującym wspólnie taki sposób jego wykazania, że każdy z wykonawców występujących wspólnie będzie musiał wykazać się całością doświadczenia (nie podlegającą sumowaniu), miał na celu bezpieczeństwo użytkowników obiektu, jak również charakter zamówienia cechujący się brakiem możliwości rozłączenia wykonania składników kontroli, a co za tym idzie posiadanym doświadczeniem wykonawcy. Należy dodać, że w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uwzględnić przede wszystkim cel, w jakim dany warunek był przez zamawiającego postawiony. Sumowanie niepełnej wiedzy i doświadczenia kilku podmiotów w celu uzyskania wymaganego przez zamawiającego pułapu stanowi zagrożenie dla prawidłowej realizacji inwestycji i nie gwarantuje wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań, zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia i jego zakresem, a także stopniem złożoności. W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny oraz w powiązaniu do przedmiotu zamówienia.

Grono potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie nie zostało ograniczone. Co istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i dla zachowania zasady proporcjonalności - do upływu terminu składania ofert Zamawiający otrzymał oferty 6 wykonawców. Ponadto brak zapytań dotyczących powyższego warunku na etapie postępowania przetargowego może wskazywać, że warunek został określony jasno

i precyzyjnie oraz nie budził u potencjalnych wykonawców żadnych wątpliwości ani zastrzeżeń.

Należy zauważyć, że proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia oznacza jego adekwatność także w odniesieniu do zakresu przedmiotowego. Okoliczność, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu oznacza, że o zamówienie nie mogą ubiegać się wszystkie podmioty działające na rynku nie oznacza, że winien on być traktowany jako utrudnienie uczciwej konkurencji jak również nie oznacza, że jego wprowadzenie wykracza poza realizację celu, któremu ma służyć, tj. dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy dają rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.08.2018 r. KIO 1481/18).

W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia w sposób nieograniczający konkurencji i umożliwiający udział w postępowaniu wykonawcom, którzy w istocie byli w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością.

Zamawiający nie ograniczając obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi nie zawęził możliwości wykonania zamówienia z wykorzystaniem podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający umożliwił tym samym wszystkim potencjalnym wykonawcom powołanie się na potencjał podmiotów trzecich. W ten sposób Zamawiający nie tylko nie ograniczył, ale wręcz rozszerzył krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogli się ubiegać o zamówienie.

Zamawiający na każdym etapie postępowania miał na względzie zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz jawności, a także zasadę przejrzystości. W toku całego postępowania Zamawiający stosował tylko środki adekwatne do zamierzonego celu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia było nie tylko uzasadnione charakterem zamówienia, ale również konieczne dla uzyskania rękojmi należytego wykonania usługi.

Rezygnacja z tak sformułowanego warunku mogło doprowadzić do naruszenia art. 22 ust 1a oraz art. 22d ust. 1 poprzez niezapewnienie wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia i na odpowiednim poziomie jakości.

W odniesieniu do „Wykazu usług”, (o którym mowa w pkt 2.1.4 protokołu kontroli, str. 167 - 168) złożonego przez Wykonawcę, tj. BNI SILESIA Adam Codogni (pismo z dnia 19.11.2018 r., nr kor. UM.897256.2018 przesłane przez Wykonawcę w dniu 20.11.2018 r.) informuję, iż wyjaśnienia w tej sprawie zostały złożone do RIO pismem z dnia 26.09.2019 r. (nr kor. UM.789204.2019) wraz z brakującym dokumentem, tj. „Wykazem usług”, który złożył BNI SILESIA Adam Codogni w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W piśmie zostały wyjaśnione okoliczności braku ww. wykazu, tj. przypadkowe rozpięcie i przełożenie go do segregatora

z dokumentami przetargowymi, dotyczącymi innego postępowania, związanego z Areną Gliwice.

12.Pkt. III.2.2.1 „Przetarg nieograniczony na roboty budowlane w zadaniu inwestycyjnym p.n. Zagospodarowanie terenu pomiędzy ul. Kujawską a ul. Akademicką przy hali OSiR” w 2017 r.”, strona 168.

Kontrolujący dokonali błędnej wykładni art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) w kontekście zawarcia przez Miasto Gliwice:

- aneksu nr 2 – w związku z postanowieniem § 13 ust. 1 pkt 1 ww. umowy,

- aneksu nr 3 – w związku z art. 140 ust 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych

do umowy nr IR.272.47.2017 CRU: 2267/17 z dnia 02.08.2017 r.

Po pierwsze pragnę podkreślić, iż zgodnie z Protokołem kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Gliwice przeprowadzonej w dniach od 30 listopada 2015 r. do 12 lutego 2016 r. przez kontrolerów Regionalnej Izby Obrachunkowej, była sprawdzana realizacja umowy nr IR.272.28.2014 CRU: 7460/14 z dnia 15.05.2014r. pn. „Zespół Szkół Ogólnokształcących nr 13 w Gliwicach ul. Gomułki 16A – termomodernizacja i modernizacja budynku”.

Kontrolujący przeprowadzili kontrolę realizacji ww. umowy nie stwierdzając żadnych uchybień Miasta Gliwice w tym zakresie. Kontroli było poddane również zawarcie aneksu do ww. umowy zmieniającego termin jej realizacji z dnia 30.09.2014 r. na 15.11.2014r. Podstawą powyższej zmiany było późniejsze niż planowane, zawarcie umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego. Jednocześnie zarówno wzór umowy, jak i sama umowa przewidywała kary umowne za opóźnienie np. w przekazaniu przedmiotu umowy, na co obecnie kontrolujący zwrócili uwagę. Nie została wówczas zakwestionowana możliwość zmiany terminu wykonania umowy, w sytuacji, gdy wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność w postaci kar umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę.

W związku z powyższym kontrolowany zwraca uwagę, iż przeprowadzane przez RIO kontrole i wynikające z nich uwagi i zastrzeżenia, w tym odnoszące się do realizacji umów o zamówienia publiczne, stanowią wykładnię dla Zamawiającego w zakresie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tym bardziej mając na uwadze zapisy art. 1 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 561, z późn. zm.) o treści: „Izby w zakresie objętym nadzorem i kontrolą prowadzą działalność informacyjną, instruktażową oraz szkoleniową. (...)”. Kontrolowany dostrzega, że po dacie poprzedniej kontroli zmianie uległa treść art. 144 Prawa zamówień publicznych, lecz zmiana w analizowanym zakresie (obecny

art. 144 ust. 1 pzp) miała przede wszystkim charakter redakcyjny i porządkujący. W związku z tym zaprezentowana przez kontrolerów podczas poprzedniej kontroli interpretacja pozostaje aktualna.

Wbrew stanowisku kontrolujących, warunek zmiany umowy o treści: „Zamawiający określa następujące warunki, w jakich przewiduje możliwość dokonania zmian zawartej umowy:

1) konieczność zmiany terminu umownego oraz harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego (bez zmiany wynagrodzenia) z powodu:

(...)

b) wyjątkowo niesprzyjających warunków fizycznych bądź atmosferycznych; Zamawiający ma na uwadze warunki atmosferyczne odbiegające od typowych mających wpływ na niemożność prowadzenia robót budowlanych jak: długotrwałe intensywne opady trwające powyżej 3 dni, powódź (czas niezbędny na ustąpienie wody z zalanego terenu i możliwość kontynuacji lub rozpoczęcia robót), wczesny okres zimy, opady śniegu, niskie temperatury, które zgodnie ze szczegółową specyfikacją techniczną uniemożliwiają prowadzenie robót.”

nie jest „ogólnikową klauzulą zmiany umowy”.

W powyższej klauzuli jest zapis wyraźnie wskazujący, że za długotrwałe opady uznaje się opady trwające powyżej 3 dni. Ponadto za czynnik uniemożliwiający wykonywanie robót uznane zostały opady śniegu. Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę, że warunki atmosferyczne i fizyczne zostały powiązane wprost ze szczegółowymi specyfikacjami technicznymi, będącymi opisem przedmiotu zamówienia, a jednocześnie załącznikiem do SIWZ i tym samym załącznikiem do umowy.

Należy podkreślić, że obowiązujące przepisy posługują się pojęciem „intensywnych opadów atmosferycznych” – np. art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej, zawierający definicję katastrofy naturalnej, którą jest zdarzenie związane z działaniem sił natury, w szczególności wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe występowanie ekstremalnych temperatur, osuwiska ziemi, pożary, susze, powodzie, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, masowe występowanie szkodników, chorób roślin lub zwierząt albo chorób zakaźnych ludzi albo też działanie innego żywiołu. Również Prawo budowlane posługuje się tym pojęciem w art. 61 pkt 2, zgodnie z którym: *Właściciel lub zarządca obiektu budowlanego jest obowiązany zapewnić, dochowując należytej staranności, bezpieczne użytkowanie obiektu w razie wystąpienia czynników zewnętrznych oddziałujących na obiekt, związanych z działaniem człowieka lub sił natury, takich jak: wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, osuwiska ziemi, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, pożary lub powodzie, w wyniku których następuje uszkodzenie obiektu budowlanego lub bezpośrednie zagrożenie takim uszkodzeniem, mogące spowodować zagrożenie życia lub zdrowia ludzi, bezpieczeństwa mienia lub środowiska.* Znamienne jest, że żaden

przepis prawa nie zawiera definicji „intensywnych opadów atmosferycznych”. Jest to o tyle zrozumiałe, że stopień intensywności opadów zależy od ich skutku.

W przedmiotowym zamówieniu treść obowiązków wykonawcy jest w znacznej części opisana w dokumentacji technicznej, w szczególności w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. W tych przypadkach, w których warunki atmosferyczne uniemożliwiają lub utrudniają wykonywanie robót zostało to wprost zapisane. Odpowiednie zapisy są następujące:

- ST-2 - str. 6 - wymagania dla wilgotności gruntu w czasie jego zagęszczania: „*Wilgotność gruntu w czasie jego zagęszczania powinna być zbliżona do wilgotności optymalnej*”, przy czym należy wyjaśnić, że wilgotność optymalna to taka, przy której w ustalonych (normowych) warunkach ubijania można osiągnąć maksymalne zagęszczenie gruntu, a badanie wilgotności optymalnej jest przeprowadzane za pomocą aparatu Proctora,
- ST-5 - str. 9 wskaźnik zagęszczenia koryta: „*Wskaźnik zagęszczenia koryta nie powinien być mniejszy niż 0,97 według normalnej metody Proctora*”,
- ST-9 - str. 7 i 9 - wymagania temperaturowe i wilgotnościowe dla robót malarskich elewacyjnych:
 - „*Roboty malarskie powinny być wykonywane w temperaturze nie niższej niż +5°C i nie wyższej niż +25°C*”,
 - „*Roboty malarskie można rozpocząć jeśli wilgotność podłoża przewidzianych pod malowanie nie jest większa niż podano poniżej:*

L.p.	Rodzaj farby	Największa wilgotność podłoża, w %masy
1	Farby dyspersyjne, na spoiwach żywicznych rozcieńczalnych wodą	4
2	Farby, na spoiwach żywicznych rozpuszczalnikowych	3
3	Farby na spoiwach mineralnych bez lub z dodatkami modyfikującymi w postaci suchych mieszanek rozcieńczalnych wodą lub w postaci ciekłej	6
4	Farby na spoiwach mineralno - organicznych	4

- *Prace malarskie na podłożach stalowych prowadzić należy przy wilgotności względnej powietrza nie większej niż 80%*
- ST-14 - str. 7-8 w zakresie robót dekarskich:
 - „*Prace z użyciem pap asfaltowych zgrzewalnych można prowadzić w temperaturze nie niższej niż: 0°C w przypadku pap modyfikowanych SBS, +5°C w przypadku pap oksydowanych;*
 - *Nie należy prowadzić prac dekarskich w przypadku mokrej powierzchni dachu, jej oblodzenia, podczas opadów atmosferycznych oraz przy silnym deszczu*”.

i wraz z każdorazowym odwołaniem do Specyfikacji Ogólnej, która zawiera zapis „Prace budowlano – montażowe wykonać zgodnie z „Warunkami technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlano – Montażowych” obowiązującymi normami i przepisami” wskazują w jakich warunkach atmosferycznych i pogodowych oraz innych uwarunkowaniach technicznych (zagęszczenia gruntu) nie można prowadzić robót budowlanych. Jednocześnie kontrolujący nie zanegowali żadnego z przedstawionych w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 07.10.2019 r. nawiązań do ww. specyfikacji technicznych.

Nie można również zgodzić się z tezą kontrolerów, iż „Zmiana terminu mogła mieć zatem wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, jak również na wynik niniejszego postępowania”.

Wprowadzone zmiany umowy wynikające z:

- wyjątkowo niesprzyjających warunków fizycznych bądź atmosferycznych,
- siły wyższej,
- zmian wynikających z konieczności wykonania robót niezwiązanych bezpośrednio z przedmiotem umowy i nieprzewidywalnych, których brak wykonania uniemożliwia lub utrudnia prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy

były niezależne od Wykonawcy, nie dotyczyły jego właściwości i nie podważały jego oświadczenia złożonego w ofercie przetargowej. Na etapie prowadzenia postępowania przetargowego powody ww. zmian nie były znane ani Zamawiającemu, ani żadnemu z Wykonawców. Okoliczności mają charakter obiektywny i mogły dotyczyć każdego z potencjalnych Wykonawców.

Kontrolowany nie może zgodzić się również z tezą „iż gdyby Wykonawcy wiedzieli o utożsamianiu przez Zamawiającego w toku realizacji przedmiotu umowy zastrzeżonych w umowie kar umownych na zasadzie opóźnienia - ze zwłoką Wykonawcy, to mogłoby to mieć wpływ na zwiększenie potencjalnego kręgu podmiotów [wykonawców] w tymże postępowaniu” – wyroki sądów powszechnych przywołane w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 07.10.2019r., jak i linia orzecznictwa w tym zakresie, w przypadku podmiotów profesjonalnych, a za takie uważa się Wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, winny być im znane. Z praktyki sądowej oraz z przebiegu postępowań o udzielenie zamówienia wyraźnie wynika, iż tak właśnie jest. Należy podkreślić, iż wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie tego rodzaju zamówień korzystają z szerokiej obsługi prawnej, o czym świadczą zadawane w toku postępowań pytania do SIWZ, w szczególności w zakresie możliwości zmiany sformułowań z „opóźnienia” na „zwłokę”. W ocenie kontrolowanego sformułowanie „opóźnienie” o wiele lepiej zabezpiecza interesy Zamawiającego w zakresie terminowości realizacji umowy.

Kontrolujący wskazali, iż „aneksem nr 3 termin realizacji przedmiotu umowy został przedłużony łącznie o 21 dni (...)” i dalej „tymczasem zgodnie ze stanem faktycznym, Zamawiający na mocy aneksu nr 3 do umowy, przedłużył termin realizacji przedmiotu umowy jedynie

o kolejne 13 dni". Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 07.10.2019 r. Zamawiający w sposób jednoznaczny odniósł się do powyższego:

„Jednocześnie w odniesieniu do powyższych punktów (i) do (iii) wyjaśniamy, że przy ustalaniu okresu wydłużenia terminu zakończenia przedmiotu umowy należnego Wykonawcy Zamawiający brał pod uwagę możliwą równoczesność realizacji prac, w szczególności w zakresie prac wskazanych w pkt (ii) i stąd dla ww. asortymentu wnioszek Wydziału IR z dnia 21.11.2017r. o zgodę na przesunięcie terminu zakończenia prac na dzień 03.12.2017r. dotyczył okresu 9 – dniowego, a nie jak wynika z obliczeń arytmetycznych okresu 18 – dniowego. Brak jest bowiem uzasadnienia faktycznego i technicznego dla li tylko podejścia arytmetycznego dla przedmiotowej sprawy.”

Wobec zmiany terminu wykonania prac, rozważania dotyczące kar umownych oraz różnicy między opóźnieniem a zwłoką są bezprzedmiotowe. Ostatecznie bowiem Wykonawca wykonał roboty w terminie.

Odnosząc się do protokołu pokontrolnego przywołane w uzasadnieniach kontrolerów RIO wyroki sądowe nie dotyczą podkreślanego w dokumencie związku pomiędzy karą za opóźnieniem, a możliwością zmiany umowy, a jedynie do kwestii definiowania pojęć „zwłoka” i „opóźnienie”. Kontrolujący nie wskazali żadnych przepisów prawa ani też linii orzeczniczej sądów zakazujących zmianę umowy w zakresie terminu jej realizacji przy istnieniu w umowie kar za opóźnienie w realizacji umowy. Z tego powodu nie można zgodzić się ze wskazywaniem przez kontrolujących, że wprowadzenie do katalogu kar umownych - kar za opóźnienie wyklucza de facto możliwość zmiany umowy w zakresie terminu jej realizacji.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. kara umowna jest zastrzegana celem naprawienia szkody na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie wiąże się zarówno z opóźnieniem, jak i ze zwłoką. Przy czym nie dochodzi do nienależytego wykonania w sytuacji, gdy za zgodą stron umowy doszło do przedłużenia terminu jej realizacji. W opisywanym przypadku doszło do zmiany terminu realizacji umowy. Okoliczności uzasadniające zmianę terminu nie budzą wątpliwości. Podkreślenia wymaga, iż postanowienia umów w zakresie kar umownych nie stanowią nowego (dodatkowego) źródła dochodów, ale są ułatwieniem w dochodzeniu ewentualnego odszkodowania. Kontrolujący nie wskazali na ewentualne szkody w mieniu Zamawiającego w związku z przebiegiem realizacji umowy czy stosowania kwestionowanych zapisów.

Prawidłowość wykonania zobowiązania przez Wykonawcę należy oceniać przez pryzmat treści umowy obowiązującej po zawarciu aneksu, który dokonał zmiany treści obowiązków stron w zakresie terminu realizacji. Stanowi on dwustronne oświadczenie stron umowy i nie można wywodzić obowiązku naliczania kar umownych bez uwzględnienia jego treści.

Należy podkreślić, że postanowienia umowy, będącej przedmiotem analizy mają charakter standardowy i są wykorzystywane w zdecydowanej większości umów, zawieranych przez kontrolowanego. Z uwagi na powszechny charakter były już wielokrotnie przedmiotem

badania przez organy nadzoru w innych postępowaniach. Żaden z tych organów nie wniósł do przedmiotowych postanowień jakichkolwiek uwag. Postanowienia nie były również kwestionowane przez wykonawców przed Krajową Izbą Odwoławczą.

13. Pkt III.3.1. Przychody i rozchody budżetu, Zobowiązania z tytułu kredytów i pożyczek, strona 206.

Kontrolujący dokonali błędnej wykładni art. 262 ust. 1 i 2 oraz art. 212 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, zarzucając: 1) brak możliwości udzielenia pełnomocnictwa do podpisania umowy o kredyt odnawialny złotowy, a także 2) brak upoważnienia dla Prezydenta Miasta do zawarcia powyższej umowy na okres dłuższy niż rok budżetowy.

Ad 1)

Zgodnie z wskazanym powyżej przepisem czynności prawnych polegających na zaciąganiu kredytów i pożyczek, innych zobowiązań zaliczanych do tytułu dłużnego, o którym mowa w art. 72 ust. 1 pkt 2, oraz udzielaniu pożyczek, poręczeń i gwarancji, a także emisji papierów wartościowych w gminie dokonuje wójt, burmistrz, prezydent miasta. Wbrew twierdzeniom kontrolujących przepis nie zawiera nakazu osobistego dokonywania czynności w postaci zawarcia umowy kredytu.

Wynika to z następujących okoliczności.

- Przytoczony przepis dotyczy „dokonywania” czynności, a nie składania oświadczenia woli o zawarciu umowy. Trzeba podkreślić, że czym innym jest decydowanie o dokonaniu danej czynności, a czym innym wyrażenie woli w imieniu osoby prawnej (jaką jest jednostka samorządu terytorialnego). Ustawa o samorządzie gminnym odróżnia te dwie sfery, co wynika z analizy przepisów dających wójtowi prawo do powierzania prowadzenia spraw gminy oraz upoważnień do jej reprezentowania. Zgodnie z art. 33 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym: *Wójt może **powierzyć prowadzenie określonych spraw gminy** w swoim imieniu zastępcy wójta lub sekretarzowi gminy.* Natomiast zgodnie z art. 46 ust. 1 tej ustawy: ***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.*** Z przytoczonych przepisów wynika wyraźna różnica między „prowadzeniem spraw” gminy, a składaniem „oświadczeń woli w imieniu gminy”. W tym kontekście przepis art. 262 ustawy o finansach publicznych dotyczy „prowadzenia spraw”, czyli decydowania o „dokonaniu” czynności prawnej. Oznacza to, że decyzje o zawarciu umowy kredytu (czy dokonaniu innej czynności prawnej wymienionej w art. 262 ust. 1) podejmuje w gminie wyłącznie wójt (burmistrz, prezydent) i nie może „powierzyć” „dokonywania” tych czynności innej osobie. Nie oznacza to jednak, że wójt musi osobiście złożyć oświadczenie woli w imieniu gminy. Może udzielić pełnomocnictwa innej osobie do złożenia takiego

oświadczenia woli. Pełnomocnik nie „dokonuje” danej czynności prawnej, ale jedynie reprezentuje gminę przy tej czynności.

- Przytoczony przepis odnosi się wyłącznie do czynności prawnych, a więc sfery regulowanej przepisami Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 95 k.c. z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. Zarówno ustawa, jak i właściwość czynności prawnej nie wyłącza możliwości jej dokonywania za pośrednictwem pełnomocnika. W przepisie art. 262 ustawy o finansach publicznych brak jest zakazu działania przez pełnomocnika, takiego jak np. w regulacji art. 944 § 2 k.c. Nie ma również nakazu osobistego działania przez wójta (burmistrza, prezydenta).
- Należy zwrócić również uwagę na regulacje dotyczące reprezentacji gminy. Zgodnie z art. 46 ust. 1 u.s.g. 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. W cytowanym przepisie również znajduje się sformułowanie, iż czynności dokonuje wójt. Nie oznacza to jednak, iż każdej czynności musi dokonywać osobiście. W przepisach ustawy o samorządzie gminnym brak jest specjalnego przepisu o możliwości działania wójta za pośrednictwem pełnomocnika, a mimo to nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt prawnej dopuszczalności udzielenia przez wójta pełnomocnictwa do dokonywania czynności prawnych w imieniu gminy.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2003 r. III CZP 63/03, publ. LEGALIS 59187: *Przepisy ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591) w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta (Dz.U. z 2002 r. Nr 113, poz. 984) nie wyłączają możliwości złożenia oświadczenia woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem, przez pełnomocnika gminy ustanowionego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta);*

- Brak uzasadnienia dla osobistego dokonywania wskazanych w art. 262 u.f.p. czynności. Wykładnia zgodnie z którą tylko piastun organu może dokonać czynności wskazanej w tym przepisie, nie ma racjonalnego uzasadnienia. Przy tego rodzaju wykładni czynność w postaci zaciągnięcia kredytu np. na 100,00 zł, wymagałaby osobistego działania wójta (burmistrza, prezydenta), a np. zawarcie umowy, związanej z realizacją robót budowlanych o wartości kilkuset milionów byłaby możliwa za pośrednictwem pełnomocnika.

Art. 262 ust. 2 u.f.p. należy odczytywać jako normę kompetencyjną, powierzającą kwestie związane z dokonywaniem czynności w postaci zawarcia umowy kredytu organowi wykonawczemu, z wyłączeniem organu stanowiącego. Wskazuje na to m.in. orzecznictwo Regionalnych Izb Obrachunkowych:

- uchwała Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 25 października 2018 r. KI-411/216/18, publ. LEGALIS: 1972184:

Gmina może udzielać pożyczek spółkom gminnym. Jednak decyzja o udzieleniu przez gminę konkretnej pożyczki - należy do wyłącznych kompetencji organu wykonawczego gminy. Powyższa konkluzja oznacza, że Rada Gminy W. nie może w tego rodzaju decyzjach zastępować Wójta, ani wyznaczać Wójtowi essentialie do przyszłej (konkretnej) umowy, w której Gmina udzieli pożyczki.

- uchwała Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 6 lipca 2010 r. 0102-126/10, LEGALIS: *W przepisie art. 262 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.), wymieniono podmioty mogące dokonywać czynności prawnych polegających na zaciąganiu kredytów i pożyczek, poręczeń i gwarancji, a także emisji papierów wartościowych. Ponadto art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) stanowi, że wójtowi gminy przysługuje wyłączne prawo zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków w ramach upoważnień udzielonych przez radę gminy. Żaden przepis prawa nie daje organowi stanowiącemu jednostki samorządu terytorialnego uprawnienia do zamieszczania w treści uchwał zapisów o wyrażeniu zgody na zawarcie przez burmistrza umowy o dofinansowanie określonego przedsięwzięcia oraz do wystawienia weksla "in blanco" i podpisania deklaracji do weksla.*

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż sam kredyt odnawialny stanowi element umowy o bankową obsługę budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 264 ust. 2 u.f.p. bankową obsługę budżetu jednostki samorządu terytorialnego wykonuje bank wybrany na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Zasady wykonywania obsługi bankowej określa umowa zawarta między zarządem jednostki samorządu terytorialnego a bankiem. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują ograniczeń w zakresie reprezentacji w zawieraniu umów przez jednostki samorządu terytorialnego.

Ad 2)

Kredyt odnawialny stanowi, jak już wcześniej wskazano jeden z elementów bankowej obsługi budżetu, o której mowa w art. 264 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Kredyt ten jest przeznaczony jedynie na pokrycie występującego w ciągu roku przejściowego deficytu budżetu. W każdym roku budżetowym musi zostać spłacony do 31 grudnia. Jest to więc specyficzny instrument, ściśle powiązany z rachunkiem budżetu Miasta. Zgodnie z zawartą umową na bankową obsługę budżetu miasta z ING Bank Śląski S.A. kredyt ten jest jednym z jej elementów. Zawarta umowa o kredyt odnawialny nr 882/2016/00001162/00 stanowi wyłącznie uzupełnienie zapisów umowy głównej – na bankową obsługę budżetu miasta Gliwice (nr BZP.271.2.2016 CRU: 2791/16). Nie ma znaczenia liczba podpisanych dokumentów, ale przesądzający jest fakt, iż wszystkie prawa i obowiązki Banku i Miasta wynikają z jednej czynności prawnej – umowy o bankową obsługę budżetu. Zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy o finansach publicznych Miasto Gliwice wybrało bank na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Dają one możliwość zawarcia umów, których przedmiotem jest prowadzenie

rachunków bankowych na okres 5 lat oraz kredyty i pożyczki (art. 142 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Należy podkreślić, że samo zawarcie umowy o kredyt odnawialny w pakiecie z innymi czynnościami w ramach bankowej obsługi budżetu nie jest równoznaczne z zaciągnięciem tego kredytu. Kredyt ten bowiem jest zaciągany w momencie, w którym następuje faktyczne wykorzystanie części lub całości przyznanego limitu, a nie w chwili podpisania umowy. W związku z tym Prezydent Miasta nie musiał posiadać upoważnienia do samego podpisania umowy o bankową obsługę budżetu, której elementem jest kredyt odnawialny. Upoważnienie takie stanowi jedynie warunek możliwości wykorzystania przez Miasto Gliwice tego limitu w danym roku budżetowym. W tym zakresie w kolejnych latach Rada Miasta w uchwałach budżetowych przyznawała Prezydentowi Miasta stosowne upoważnienie. Bez tego upoważnienia kredyt odnawialny nie mógłby w danym roku zostać wykorzystany.

Nieprawdziwe jest również stwierdzenie kontrolujących, iż „Zawarte w uchwałach budżetowych upoważnienia do zaciągania zobowiązań z tytułu kredytów, pożyczek oraz emitowania papierów wartościowych dla Prezydenta Miasta wygasają z upływem roku, na który została podjęta uchwała.”. Zgodnie z art. 212 ust. 2 pkt 1 u.f.p. w uchwale budżetowej organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może upoważnić zarząd do zaciągania kredytów i pożyczek oraz emitowania papierów wartościowych, o których mowa w art. 89 ust. 1 i art. 90 u.f.p. Z żadnego przepisu nie wynika jednak, iż moc upoważnienia, o którym mowa w powołanym przepisie ma charakter jednoroczny. Kontrolujący słusznie zwracają uwagę, iż budżet jest uchwalany na rok budżetowy, tyle że budżet to nie cała uchwała budżetowa. Jak wynika z art. 211 ust. 1 u.f.p. budżet jednostki samorządu terytorialnego jest rocznym planem dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów tej jednostki. Zgodnie z ust. 2 art. 211 u.f.p. przepisu budżet jest uchwalany na rok. Z kolei, zgodnie z ust. 5 art. 211 u.f.p. uchwała budżetowa składa się z budżetu jednostki samorządu terytorialnego oraz załączników.

W świetle powołanego przepisu "roczność", na którą powołują się kontrolujący należy odnosić do planu dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów tej jednostki, a nie do pozostałych elementów uchwały budżetowej. Dotyczy to w szczególności upoważnień do zaciągania kredytów.

Na wyłączenie spod zasady roczności upoważnień wskazują również:

- treść samego przepisu i upoważnienia; zarówno z jednego i drugiego nie wynika, iż upoważnienia są udzielane na okres jednego roku budżetowego; Rada Miasta nie ograniczyła limitu czasowego obowiązywania upoważnień, sam przepis nie zawiera w tym zakresie ograniczeń;
- należy zwrócić również uwagę na inne przepisy związane z zasadą roczności budżetu. I tak np. art. 263 ust. 1 u.f.p. niezrealizowane kwoty wydatków budżetu jednostki samorządu terytorialnego wygasają, z zastrzeżeniem ust. 2 i 4, z upływem roku

budżetowego. Ustawodawca nie dokonał takiego zapisu w przypadku upoważnień,

- upoważnienie dotyczy kredytu zaciąganego na pokrycie występującego w ciągu roku przejściowego deficytu; przepis wskazuje jedynie cel tego kredytu. Z żadnego przepisu nie wynika, że taki kredyt musi być zaciągany wyłącznie na podstawie umowy zawieranej na okres roku budżetowego.

Kontrolowany podnosi również, że zamówienie usługi bankowej w postaci kredytu odnawialnego w pakiecie czynności składających się na bankową obsługę budżetu stanowi przejaw realizacji zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. W sytuacji, gdyby umowa kredytu na sfinansowanie przejściowego deficytu miała być zawierana odrębnie co roku w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, wówczas koszt jego obsługi byłby wyższy niż kredytu zamówionego razem z innymi czynnościami składającymi się na bankową obsługę budżetu.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zaciągnięcie kredytu na pokrycie przejściowego deficytu było przedmiotem badania w trakcie kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Gliwice, przeprowadzonej w dniach od 30 listopada 2015 r. do 12 lutego 2016 r. przez kontrolerów Regionalnej Izby Obrachunkowej i nie stwierdzono w tym zakresie żadnych nieprawidłowości.

14. Punkt IV.1.1. Sprzedaż nieruchomości, pkt 7) sprzedaż w drodze bezprzetargowej nieruchomości o numerach geodezyjnych działek: 487, 488, 489, 496/2, 500/1, 502/1, strona 219.

Kontrolujący naruszyli art. 37 ust 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997 r. poprzez błędną interpretację tego przepisu.

Przywołany artykuł ustawy w żadnej części nie określa, aby bezwzględnie wszystkie wybudowane obiekty musiały być wybudowane na podstawie pozwolenia na budowę. Na działkach nr 488, 489, 496/2 zlokalizowana jest hala stalowa, która była wybudowana na podstawie pozwolenia na budowę nr AU-7351/386/99 z dnia 10.06.1999 r., na działce nr 500/1 zlokalizowana jest wiata o konstrukcji stalowej nad istniejącym placem manewrowym, wybudowana na podstawie pozwolenia na budowę nr AB-7353/95/2009 z dnia 29.01.2009 r. Oznacza to spełnienie dla przedmiotowej nieruchomości wymagań z ww. przepisu. Natomiast dla budynku gospodarczego zlokalizowanego na części działek nr 496/2 i 500/1 i małej wiaty zlokalizowanej na działce nr 487 nie zostały wydane pozwolenia na budowę. Ponadto kwestionowany tryb zbycia działki nr 502/1 jest prawidłowy, bowiem działka zabudowana była miejscami postojowymi oraz drogą dojazdową.

Prawidłowość przyjętego trybu zbycia potwierdza także uchwała nr XI/263/2015 dnia 19 listopada 2015 r. w której Rada Miasta Gliwice wyraziła zgodę na zwolnienie z obowiązku zbycia w drodze przetargu

nieruchomości, obejmujących działki nr 487, 488, 489, 496/2, 500/1, 502/1, obręb Kolej. Uchwała ta nie została zakwestionowana przez Wojewodę Śląskiego w ramach nadzoru prawnego, pozostaje więc w obrocie prawnym.

Istotne jest również to, że umowa została zawarta w formie aktu notarialnego. Zgodnie z art. 81 Prawa o notariacie: *Notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem.* Zgodnie z art. 81a: *Odmowę dokonania czynności notarialnej notariusz stwierdza w protokole. Do protokołu nie stosuje się przepisów art. 92 § 1 pkt 7 i 8 oraz art. 94 § 1.* Gdyby więc umowa była sprzeczna z prawem notariusz odmówiłby jej spisania, a zamiast aktu notarialnego sporządziłby protokół.

II. Kwestionuję zapisy protokołu w zakresie prawidłowości ustalenia stanu faktycznego:

1. Pkt III.1.2.1 Podatek od nieruchomości, podatnik o kodzie 93754 – strona 42.

Z analizy dokumentacji wynika, iż uwagi kontrolujących dotyczą innego podatnika o kodzie 89430 a nie wskazanego w protokole tj. o kodzie 93754.

Załącznik nr 1 do ustawy o transporcie kolejowym stanowi, że w skład infrastruktury kolejowej wchodzi następujące elementy, pod warunkiem, że tworzą część linii kolejowej, bocznic kolejowej lub innej drogi kolejowej, lub są przeznaczone do zarządzania nimi, obsługi przewozu osób lub rzeczy, lub ich utrzymania:

- 1) tory kolejowe, w tym rozjazdy i skrzyżowania torów, wchodzące w ich skład szyny, szyny żłobkowe, kierownice, odbojnice, prowadnice, zwrotnice, krzyżownice i inne elementy rozjazdów, podkłady kolejowe i przytwierdzenia, drobne elementy nawierzchni kolejowej, podsypka w tym tłuczeń i piasek;
- 2) obrotnice i przesuwnice;
- 3) podtorze, w szczególności nasypy i przekopy, systemy kanałów i rowów odwadniających, rowy murowane, ściany osłonowe, roślinność posadzona w celu ochrony skarp;
- 4) obiekty inżynierskie: mosty, wiadukty, przepusty i inne konstrukcje mostowe, tunele, przejścia nad i pod torami, mury oporowe i umocnienia skarp;
- 5) nastawnie, urządzenia sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzenia zabezpieczające, sygnalizacyjne i łącznościowe na szlaku, w stacjach i stacjach rozrządowych, urządzenia służące do wytwarzania, przetwarzania i dystrybucji prądu elektrycznego do celów sygnalizacji i łączności; budynki, w których takie urządzenia lub instalacje się znajdują; przytorowe urządzenia kontroli bezpiecznej jazdy pociągów i wykrywania stanów awaryjnych

w przejeżdżającym taborze; hamulce torowe; urządzenia do ogrzewania rozjazdów;

- 6) perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą dotarcie do nich pasażerom, pieszo lub pojazdem, z drogi publicznej lub dworca kolejowego;
- 7) rampy towarowe, w tym w terminalach towarowych, wraz z drogami dowozu i odwozu towarów do dróg publicznych; drogi technologiczne i przejścia wzdłuż torów, mury ogradzające, żywopłoty, ogrodzenia, pasy przeciwpożarowe, zastony odśnieżne;
- 8) przejazdy kolejowo-drogowe i przejścia w poziomie szyn, w tym urządzenia i systemy służące zapewnieniu bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego;
- 9) systemy oświetleniowe do celów ruchu kolejowego i bezpieczeństwa;
- 10) urządzenia przetwarzania i rozdziału energii elektrycznej na potrzeby zasilania trakcyjnego: podstacje, kable zasilające pomiędzy podstacjami i przewodami jezdnyymi, sieć trakcyjna wraz z konstrukcjami wsporczymi, trzecia szyna z konstrukcjami wsporczymi;
- 11) grunty, oznaczone jako działki ewidencyjne, na których znajdują się elementy wymienione w pkt 1-11.

Podatnik udzielił organowi podatkowi następujących wyjaśnień:

- a) budowle stanowiące oświetlenie zewnętrzne służą celom ruchu kolejowego i bezpieczeństwa, tym samym stanowią element infrastruktury kolejowej wymieniony w pkt 10 załącznika,
- b) sieci wodociągowe, kanalizacyjne i deszczowe stanowią element budynku nastawni, tym samym stanowią element infrastruktury kolejowej wymieniony w pkt 10 załącznika,
- c) wiadukt jest przedmiotem dzierżawy i jest wykorzystywany komercyjnie.

Podatnik jest największym w Polsce zarządcą infrastruktury kolejowej i z pewnością czynnie uczestniczył w pracach ustawodawczych wprowadzających zwolnienie z art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych w dzisiejszym brzmieniu. Nie ulega wątpliwości, że podatnik posiada wiedzę niezbędną do prawidłowej oceny, które obiekty budowlane zaliczają się do infrastruktury kolejowej w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym.

2. Pkt III.1.3.2. Dochody z majątku Skarbu Państwa z tytułu najmu i dzierżawy, strona 89.

Kontrolujący błędnie ustalili stan faktyczny wskazując, iż „rozliczanie dochodów Skarbu Państwa należało do zadań pracowników Wydziału Budżetu i Analiz. Nadzór w tym zakresie sprawował Naczelnik tego Wydziału.”

Wydział Budżetu i Analiz nie rozlicza dochodów Skarbu Państwa w zakresie opisanym w protokole. W ramach realizowanego przedsięwzięcia "Ewidencja, nadzór i rozliczanie dochodów Skarbu Państwa" wykonuje wyłącznie następujące czynności:

- a) weryfikację formalno-rachunkową sporządzanych przez wydziały i jednostki organizacyjne dokumentów z realizacji dochodów Skarbu Państwa w zakresie uregulowanym zarządzeniem organizacyjnym w sprawie planowania i realizacji harmonogramu dochodów, wydatków i rozchodów oraz zasad przepływu środków pieniężnych;
- b) przekazywanie dochodów Skarbu Państwa na rachunek bankowy Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego oraz na rachunek budżetu miasta w ustalonych terminach;
- c) przygotowywanie informacji dla ŚUW o dochodach Skarbu Państwa osiągniętych w ramach działu 700, rozdziału 70005 w oparciu o dane z wydziałów merytorycznych;
- d) bieżące prowadzenie ewidencji przekazywanych dochodów Skarbu Państw.

Powyższe zostało uregulowane w zakresie czynności pracownika realizującego to przedsięwzięcie.

Wydział Budżetu i Analiz jest odpowiedzialny za terminowe przekazywanie dochodów Skarbu Państwa z wydzielonego rachunku przy mieście na rachunek bankowy Wojewody Śląskiego. Jednostki organizacyjne przekazują zrealizowane dochody Skarbu Państwa na wydzielony rachunek bankowy przy mieście oraz przekazują do Wydziału Budżetu i Analiz informację o zrealizowanych dochodach Skarbu Państwa w danym okresie (klasyfikacja budżetowa tych dochodów oraz podział na dochody należne Wojewodzie i miastu), to jednostki organizacyjne wykonują czynności związane z naliczaniem potrącenia 5% lub 25%.

Przykład przekazywanej przez jednostki organizacyjne informacji:
Kwota zrealizowanych dochodów w okresie od 11.01.2019 r. do 20.01.2019 r. w klasyfikacji 700.70005.0750 – dochody z najmu i dzierżawy wynosi 100.000,00 zł. Z tego 75% kwoty jest należne Wojewodzie 75.000,00 zł i 25% jest należne miastu tj. 25.000,00 zł.

Weryfikacja formalno-rachunkowa pracownika Wydziału Budżetu i Analiz polega na sprawdzeniu kwoty wpływu na konto bankowe przy mieście z kwotą wykazaną w otrzymanej od jednostek organizacyjnych informacji, przeliczeniu podanej kwoty na odpowiednie procenty wg podanego przez jednostkę udziału, dzieląc kwotę na dochody dla Wojewody i dla miasta. Dodatkowo informuję, iż, Wydział Budżetu i Analiz nie weryfikuje podpisanych umów na najem czy dzierżawę ani też dokonanych wpłat z ich tytułów, a jedynie bazuje na otrzymanych danych z jednostek organizacyjnych.

Wydział Budżetu i Analiz dokonuje przelewów zrealizowanych dochodów ze wszystkich jednostek organizacyjnych, a w ślad za tym co kwartał sporządza zbiorcze sprawozdanie Rb-27ZZ, uzgadniając (po zakończonym kwartale) z Wydziałem Finansów i Budżetu Śląskiego

Urzędu Wojewódzkiego przekazane kwoty w danych klasyfikacjach budżetowych.

Podkreślenia wymaga, iż w okresie kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej, nie wystąpiono do Wydziału Budżetu i Analiz z żadnym zapytaniem z zakresu opisywanego w pkt 1.3.2 protokołu, co umożliwiłoby wyjaśnienie sprawy jeszcze podczas kontroli.

III. Omyłki pisarskie:

- Str. 9 - jest „Szpital Miejski w Gliwicach nr 4 Sp. z o.o.”, powinno być „Szpital Miejski nr 4 w Gliwicach Sp. z o.o.”.
- Str. 9 - wskazano 6 spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, powinno być 5 spółek z o.o. i 1 spółka akcyjna tj. Przedsiębiorstwo Ulic i Mostów S.A.
- Str. 9 - jest „Śląska Sieć Metropolitalna Sp. z o.o.”, powinno być „Śląska Sieć Metropolitalna Sp. z o.o.”
- Str. 9 nieprawidłowe dane dot. wysokości procentowego udziału miasta Gliwice w wymienionych spółkach (wg stanu na 31.12.2018 r.) tj.:
 - GAPR Sp. z o.o. jest 79,12%, powinno być 81,75%,
 - PWiK Sp. z o.o. jest 91,36%, powinno być 91,10%,
 - Technopark Sp. z o.o. jest 57,83%, powinno być 63,84%,
 - Szpital Miejski nr 4 w Gliwicach Sp. z o.o. jest 99,92%, powinno być 99,93%.
- Str. 17 i 18 pomyłka w rozdziale - jest „756621”, powinno być „75621”.
- Str. 105 w tabelach dotyczących realizacji zadań wynikających z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w kolumnie „Wydatki planowane rozdz. 90002” w poszczególnych latach wpisano rozdziały 85153 i 85154.
- Str. 109 trzeci wiersz, pomyłka w dacie, powinno być „13 grudnia 2018 r.”.
- Str. 156, siedemnasty wiersz, jest „spowoduje obciążenie służb Urzędu Miejskiego w Gliwicach”, powinno być „spowoduje odciążenie służb Urzędu Miejskiego w Gliwicach”.
- Str. 170 przedostatni wiersz, jest „Termin składania ofert na dzień 26.06.2017 r. do godz. 11:00”, powinno być „Termin składania ofert na dzień 26.06.2017 r. do godz. 10:00”.

Z poważaniem

p.o. Prezydent Miasta

Janusz Męszyński

Skarbnik Miasta

Ryszard Reszka