



# PREZYDENT MIASTA GLIWICE

BPM.1710.14.2019

Gliwice, 17.01.2020 r.

nr kor. UM.62727.2020



~~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](http://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 3 i 4 ustawy z 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych kontrolowany zgłasza zastrzeżenia do następujących wniosków ujętych w wystąpieniu pokontrolnym nr WK-610/22/4/19/20 z 3 stycznia 2020 r.

## Wniosek nr 1

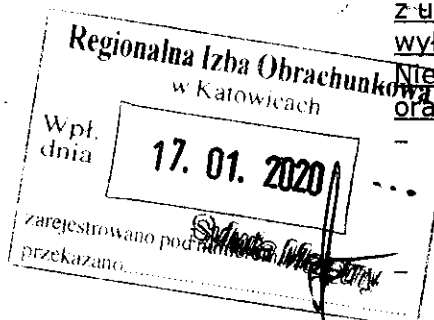
**Świadczenie usług promocyjnych na rzecz Miasta Gliwice w związku z funkcjonowaniem obiektu oraz wydarzeniami organizowanymi w Arenie Gliwice w latach 2018 oraz 2019-2020.**

Składam zarzut niewłaściwego zastosowania art. 67 ust.1 pkt 1 lit. b) w związku z art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 3 p.z.p., w wyniku uznania, że ustalony stan faktyczny nie wypełniał ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w szczególności podnosząc, że usługi będące przedmiotem obydwu zakwestionowanych postępowań o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki mają charakter standardowych usług promocyjnych, które są związane z funkcjonowaniem obiektu „Arena Gliwice” oraz organizacją w tym obiekcie imprez o charakterze rozrywkowo-artystycznym.

W wystąpieniu pokontrolnym została dokonana również błędna wykładnia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b p.z.p. w zakresie interpretacji pojęcia praw wyłącznych poprzez uznanie, że prawa wynikające z umowy poddzierżawy z dnia 25 kwietnia 2018 r. nie stanowią praw wyłącznych.

Niewłaściwie zastosowano art. 68 ust. 1 p.z.p., art. 66 ust. 2 pkt 2 oraz art. 32 ust. 1 poprzez uznanie, że:

- zamawiający miał obowiązek podania w zaproszeniu Wykonawcy do negocjacji planowanej liczby oraz skali wydarzeń w Arenie Gliwice w okresie świadczenia usług promocyjnych, tj. w latach 2018 oraz 2019-2020, podczas gdy jest to niemożliwe,
- zamawiający nie dokonał ustalenia z należytą starannością wartości szacunkowej zamówień i przyjął w tym celu niemożliwe do sprawdzenia wartości tych usług, które zostały zaoferowane przez wykonawcę, podczas gdy szacunkowa wartość zamówień została oparta o porównywalny rynkowy koszt promocji Miasta, a za



ostateczną wartość umowy uznano maksymalną wartość nominalną zobowiązania.

W związku z powyższymi zarzutami, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 67 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający 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.**

Zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest 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.

W wystąpieniu pokontrolnym został postawiony zarzut co do przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. 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 niniejszej sprawie 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

Trail.

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 jest zawarte w wystąpieniu pokontrolnym, 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 poddzierżawiającego 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. Naczelnicy Wydziałów 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 wyłączne 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 wyłączne 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).

Nie można zgodzić się z zarzutami sformułowanymi w wystąpieniu pokontrolnym, które nie uwzględniają istoty przedmiotowych zamówień publicznych oraz uwarunkowań faktycznych, w których były udzielane. To z kolei przekłada się na niewłaściwe zastosowanie i błędna wykładnię odpowiednich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy – istotą zamówienia, a zatem intencją zamawiającego, było zapewnienie kompleksowej promocji miasta w obiekcie (świadczenia stałe) oraz w związku z wydarzeniami tam organizowanymi (świadczenia zmienne); w czasie udzielenia zamówienia tylko jeden podmiot mógł faktycznie i obiektywnie zrealizować zadanie polegające na zapewnieniu promocji

na obiekcie (tylko on nim władał), a w szczególności podczas **wszystkich** wydarzeń tam organizowanych (tylko on mógł narzucić odpowiednie warunki wszystkim organizatorom); zastosowanie przepisów w sposób przedstawiony w wystąpieniu pokontrolnym uniemożliwia zrealizowanie takiego zamówienia. Jediną alternatywą (tylko teoretycznie) byłoby zawieranie odrębnych umów z wszystkimi organizatorami wydarzeń, co oznaczałoby kilkadziesiąt umów także w trybie tzw. „z wolnej ręki”, a zatem bez elementu konkurencyjności. Przede wszystkim jednak nie sposób założyć, że Miasto Gliwice, nie będąc w stanie wpływać na politykę wynajmu obiektu stosowaną przez poddzierżawcę, byłoby praktycznie w stanie dotrzeć do potencjalnych wykonawców częściowych, a tym bardziej każdego przekonać do współpracy. Ponadto, interpretacja wskazująca, że jako prawa wyłączne w przypadku przesłanki do udzielenia zamówienia w tym trybie mogłyby być uznane jedynie te, „*kiedy ochrony wymagają prawa autorskie i prawa pokrewne, do których zastosowanie ma ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1191 z późn. zm.) oraz prawa własności przemysłowej (czyli patenty, znaki towarowe, wzory przemysłowe i wzory użytkowe) na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2017 r. poz. 776 z późn. zm.)*”, nie znajduje podstawy w żadnym przepisie. W samym wystąpieniu pokontrolnym jest wskazane, że „*chodzi tu przede wszystkim o sytuacje [...]*” jw. Abstrahowanie od sytuacji faktycznej i istoty zamówienia powoduje, że przedstawiony w wystąpieniu pokontrolnym zarzut opiera się na zawężonej interpretacji przepisów. Zdaniem Miasta Gliwice przesłanka prawa wyłącznego była w tym przypadku zrealizowana poprzez wyłączne prawo poddzierżawcy do pobierania pożytków oraz jego faktyczną pozycję jedyne podmiotu, który mógł zaspokoić słuszny interes zamawiającego w postaci kompleksowej promocji miasta podczas wszystkich wydarzeń w Arenie Gliwice, co ze względu na wagę tej inwestycji dla samorządu było kluczowe by realizować zamierzenia stojące za decyzją o jej budowie.

- w odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 68 ust. 1, art. 66 ust. 2 pkt 2 oraz art. 33 ust. 1 ustawy – krytycznie należy się odnieść do zarzutu naruszenia przepisu art. 68 ust. 1. Tam bowiem, gdzie nie ma mowy o opisie przedmiotu zamówienia (jak, m.in. przy zamówieniach z wolnej ręki), nie można naruszyć przepisu, który do tego trybu zastosowania nie znajduje. Interpretacja przepisów dot. zakresu niezbędnych informacji do przeprowadzenia postępowania, które miałyby podać zamawiający wykonawcy w zaproszeniu również wskazuje na zupełnie niezrozumienie istoty zamówienia oraz specyfiki działalności obiektów typu Arena Gliwice. Wskazuje bowiem na oczekiwanie przedstawienia informacji, których ani zamawiający ani wykonawca nie posiadali oraz nie byłiby w stanie posiadać. W czasie udzielania zamówienia dotyczącego takiego okresu działalności Areny Gliwice nikt obiektywnie nie jest w stanie przewidzieć ani założyć, ile i jakie wydarzenia odbędą się lub powinny się odbyć. Oczekiwanie sytuacji przeciwnej jest więc oczekiwaniem niemożliwego dla obu stron zamówienia. W wystąpieniu pokontrolnym został wypaczony sens wyjaśnień złożonych w toku kontroli oraz przytoczony ich fragment rzekomo potwierdzający taką interpretację. Tymczasem zamawiający przekazał w zaproszeniu do negocjacji wszelkie niezbędne informacje,

tj. projekt umowy, który dokładnie wskazywał zakres świadczeń stałych oraz sposób konkretyzacji świadczeń związanych z wydarzeniami. To właśnie ze względu na niemożliwość przedstawienia kalendarza imprez założono w zamówieniu kwotę maksymalną z tytułu tzw. świadczeń eventowych, by w trakcie realizacji umowy zapewnić, że tylko za zaplanowane, zaakceptowane, a następnie wykonane świadczenia będzie przysługiwać wynagrodzenie wykonawcy. I rzeczywiście, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, wysokość wynagrodzenia w części świadczeń eventowych jest w pełni uzależniona od liczby wydarzeń oraz zakresu świadczeń promocyjnych z nimi związanych, co znajduje pełne odzwierciedlenie w konstrukcji umowy. Przyjęcie interpretacji przepisów przedstawionej w wystąpieniu pokontrolnym ponownie sprowadzałoby tę sytuację do absurdu – ponieważ nie ma obiektywnych możliwości przewidzenia przyszłości, to nie należałoby udzielać zamówienia, a co za tym idzie nie realizować żywotnych interesów jednostki samorządowej, co w konsekwencji stanowiłoby dla jej interesów istotny uszczerbek.

W odniesieniu do kwestii szacowania wartości zamówienia, interpretacja przepisów wskazująca na ich naruszenie przez zamawiającego ponownie jest przykładem odwrotnej logiki, niż zakładana przez ustawodawcę. Celem starannego ustalania wartości szacunkowej jest dobranie odpowiedniego trybu z ustawy, a zatem ewentualne naruszenia przepisów mogą doprowadzić do przyjęcia trybu niżej obwarowanego przez Ustawodawcę. Tutaj taka sytuacja nie miała miejsca, gdyż zamawiający przyjął maksymalne możliwe kwoty przed rozpoczęciem negocjacji, a co za tym idzie wyższe niż ostatecznie przyjęte w umowie, oraz takie, które wymuszały zastosowanie trybów zastrzeżonych dla najwyższych progów kwotowych w Prawie zamówień publicznych. Sam fakt obiektywnego braku możliwości szczegółowego szacowania wartości zamówienia z powodów, o których mowa powyżej, nie może stanowić zarzutu naruszenia przepisów ustawy. Zatem zamawiający ponad wszelką wątpliwość dokonał swoich czynności z należytą starannością, a twierdzenie odwrotne jest podyktowane brakiem zrozumienia istoty zamówienia i uwarunkowań, w których było ono udzielane.

Ponadto, dla ważności umowy oraz zasadności jej zawarcia nie miały znaczenia żadne z okoliczności przytoczonych w wystąpieniu pokontrolnym, a dotyczące okoliczności zawarcia i realizacji umów dzierżawy i poddzierżawy nieruchomości stanowiącej Arenę Gliwice. Należy zaznaczyć, że prawo wyłączne zostało wykazane na bazie zawartej i ważnej umowy poddzierżawy, a w związku z istotą zamówienia stanowiło dowód na brak możliwości zawarcia umowy o takim charakterze z innym podmiotem. Dodatkowo, jakiegokolwiek zmiany dotyczące umów dzierżawy/poddzierżawy, które skutkowałyby utratą możliwości dysponowania Areną Gliwice przez wykonawcę, a więc odpadnięcie przesłanki postępowania tzw. „z wolnej ręki”, powodowałyby obiektywny brak możliwości realizacji świadczeń promocyjnych, i to zarówno w części stałej, jak i eventowej. Zamówienie publiczne, poprzez warunki zawartej umowy, nie zakładało wypłaty żadnych środków finansowych bez prawidłowego wykazania faktycznej realizacji świadczeń.

Wbrew twierdzeniom zawartym w wystąpieniu pokontrolnym, na których oparta została kwalifikacja stanu faktycznego do naruszenia

przepisów, usługi będące przedmiotem omawianych zamówień publicznych nie są usługami standardowymi dostępnymi na rynku. Nie istnieje bowiem inny podmiot, który może zapewnić obecność promocyjną miasta na wszystkich wydarzeniach w Arenie Gliwice. Częstkowe i wybiórcze ich świadczenie nie stanowi równej alternatywy z punktu widzenia efektów dla zamawiającego. Fakt, że istnieje wiele podmiotów mogących świadczyć różnego rodzaju usługi promocyjne nie oznacza, że mogą to robić dowolnie w miejscu, które jest kluczowe dla zamawiającego, tj. w Arenie Gliwice. Tym bardziej nie stanowią dla zamawiającego alternatywy dostępne na rynku świadczenia w innych obiektach, ponieważ promocja Gliwic np. w krakowskiej lub łódzkiej arenie nie miałyby sensu, analogicznie jak w sprawie przytaczanej w uwagach do protokołu z kontroli, a dotyczącej podobnych jak obecnie zastrzeżeń RIO do umowy na promocję miasta Gliwice z Gliwickim Klubem Sportowym Piast Gliwice, gdzie wskazywano na absurdalność promocji Gliwic we współpracy z Górnikiem Zabrze czy Wisłą Kraków. Zatem stawiany zarzut wynika z niewłaściwej interpretacji przepisów w analizowanym stanie faktycznym. Podobnie nietrafiony jest argument, rzekomo dodatkowo wskazujący na brak podstaw do uznania wykonawcy za jedynego możliwego, oparty na możliwości uzyskania od poddzierżawcy, za pośrednictwem dzierżawcy nieodpłatnych licencji do utworów w postaci materiałów audiowizualnych, zdjęciowych lub drukowanych. Takie elementy mają walor jedynie archiwalny z punktu widzenia prowadzenia działalności promocyjnej i nie zastępują w żaden sposób świadczeń promocyjnych oferowanych przez wykonawcę. Również nietrafione jest odwołanie się do udzielenia wykonawcy licencji do wykorzystania logo, co jest jedynie uregulowaniem prawnie umożliwiającym wykorzystanie tego narzędzia, a nie stanowi żadnej przesłanki wyłączności, a zamawiający w swoich wyjaśnieniach nigdy tak nie twierdził.

**Prace serwisowe polegające na wykonaniu kontroli stanu technicznego obiektu pn.: Arena Gliwice, stanowiącego własność miasta Gliwice, do przeprowadzenia w latach 2018-2019-2020**

Składam zarzut niewłaściwego zastosowania art. 22 ust. 1a oraz art. 23 ust. 5 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez uznanie, że warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.3. SIWZ naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz wykonawców samodzielnie przystępujących do postępowania, podczas gdy warunek ten uzasadniony był charakterem zamówienia oraz koniecznością uzyskania rękojmi należytego wykonania umowy.

Zamawiający w pkt 8.3 SIWZ postawił warunek: *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 w budynku, o powierzchni dachu co najmniej 1.000 m<sup>2</sup>. W przypadku podmiotów występujących wspólnie, warunek w zakresie doświadczenia musi spełniać każdy podmiot.*

Błędnie zarzuca się, że doszło do naruszenia zasad konkurencji, gdyż wykonawca składający się z trzech członków konsorcjum, aby spełnić ww. warunek musiałby łącznie wykazać sześć wskazanych usług, tj. po dwie usługi przez każdy podmiot występujący wspólnie, przy czym wykonawca występujący samodzielnie spełniłby powyższy warunek wykazując jedynie dwie usługi. Zamawiający wskazuje, że odwrotny skutek można również wywieść w przypadku dopuszczenia do łączenia wymaganego doświadczenia, gdyż wykonawca składający się z dwóch członków konsorcjum, aby spełnić warunek, mógłby wykazać tylko jedną usługę wykonaną przez każdy podmiot, przy czym wykonawca występujący samodzielnie spełniłby warunek wykazując aż dwie usługi. Zamawiający podkreśla, że postawiony warunek jest zgodny z art. 23 ustawy Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca daje zamawiającemu uprawnienie do formułowania warunków udziału w postępowaniu zapewniających prawidłowe wykonanie zamówienia. Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może określić szczególnie, 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.

W toku przeprowadzonej kontroli został uzasadniony wymóg posiadania doświadczenia z uwagi na wyjątkowy charakter obiektu podlegającego kontroli. Zamawiający przedstawił charakterystykę tego obiektu. 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 posiadany doświadczeniem wykonawcy. Należy dodać, że w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uwzględnić przede wszystkim cel, w jakim dany warunek był przez zamawiającego postawiony. Sumowanie 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 z przedmiotem 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.

## **Wniosek nr 2**

Składam zarzut dokonania błędnej wykładni art. 212 ust. 2 pkt 1, art. 211 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansach publicznych w związku z art. 69 ust. 1 Prawa bankowego i art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa stwierdzenie zawarte w wystąpieniu pokontrolnym 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. Przywołany w tym miejscu art. 211 ust. 2 ustawy o finansach publicznych nie może znaleźć zastosowania, z uwagi na fakt, iż 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 i tylko on 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 powołuje się w wystąpieniu, 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., który wskazuje, iż 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 i charakter tego kredytu. Z żadnego przepisu nie wynika natomiast, że umowa umożliwiająca zaciągnięcie takiego kredytu musi być zawierana wyłącznie na okres roku budżetowego.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na szczególny charakter instrumentu jakim jest kredyt na pokrycie przejściowego deficytu (kredyt odnawialny). Stanowi on jeden z elementów bankowej obsługi budżetu, o której mowa w art. 264 ust. 1 ustawy o finansach publicznych i jest 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, której legalność nie jest w żaden sposób kwestionowana. W związku z powyższym nawet bez zawierania umowy o kredyt odnawialny Miasto miałoby możliwość zaciągnięcia kredytu na pokrycie przejściowego deficytu. 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 umów o kredyty i pożyczki (art. 142 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Dodatkowo ponownie 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. Wynika to wprost z definicji umowy kredytu zawartej w art. 69 ust. 1 Prawa bankowego, zgodnie z którym: *Przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, **zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu** wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu*. Tak więc zobowiązaniem kredytobiorcy jest zwrot kwoty wykorzystanego kredytu, a nie zwrot potencjalnej, przyznanej w umowie kwoty kredytu. Dopóki kredytobiorca nie wykorzysta kwoty kredytu, nie powstaje jego zobowiązanie do zwrotu kwoty kredytu. Taki wniosek wynika również z treści art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: *Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić*. Jest oczywiste, że dopóki kredytobiorca nie wykorzysta kwoty kredytu, dopóty bank (wierzyciel) nie może żądać od kredytobiorcy (dłużnika) świadczenia w postaci zwrotu pożyczonej kwoty wraz z odsetkami. Zatem w wystąpieniu pokontrolnym dokonuje się błędnej interpretacji art. 212 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, przyjmując że „zaciągnięciem kredytu” jest czynność

podpisania umowy, podczas gdy jest to chwila wykorzystania kredytu, czyli jego uruchomienia.

W związku z powyższym 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 każdym z badanych lat Rada Miasta w uchwałach budżetowych przyznawała Prezydentowi Miasta stosowne upoważnienie. Na mocy tego upoważnienia możliwe było uruchamianie kredytu w danym roku, przy czym zgodnie z zobowiązaniem Miasta zapisanym w umowie ostateczna spłata wykorzystanych w danym roku kwot następowała do dnia 31 grudnia danego roku. Natomiast bez tego upoważnienia w danym roku kredyt odnawialny nie mógłby zostać zaciągnięty.

Z przepisu art. 264 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wynika, że: *Bankową obsługę budżetu jednostki samorządu terytorialnego wykonuje bank wybrany na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych.* Zgodnie z art. 142 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: *Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty, przy czym z ust. 4 pkt 3 wynika, że w przypadku umów rachunku bankowego jest to okres 5 lat.* Jednocześnie Prawo zamówień publicznych w art. 5b pkt 2 zakazuje dzielenia zamówień. Miasto Gliwice skorzystało z możliwości zawarcia umowy o bankową obsługę budżetu na okres 5 lat i jest to działanie korzystne, dzięki któremu unika się corocznych przetargów. W konsekwencji Miasto Gliwice nie mogło – bez narażenia się na zarzut sprzecznego z prawem dzielenia zamówienia – ograniczyć jednego z elementów tego zamówienia, tj. umowy o kredyt na sfinansowanie przejściowego deficytu do jednego roku.

Co więcej, 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, co byłoby sprzeczne z zasadą uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

W związku z powyższym wniosek nr 2 jest bezzasadny, gdyż wszystkie zobowiązania z tytułu kredytów są zaciągane w granicach obowiązujących upoważnień. W związku z zawarciem umowy o bankową obsługę budżetu na okres 5 lat, realizacja tego wniosku powodowałaby albo naruszenie Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne dzielenie części zamówienia w zakresie zamówienia na kredyt na pokrycie przejściowego deficytu albo naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych poprzez dokonywanie wydatków w sposób niecelowy i nieoszczędny.

Odmierna ocena wynika z błędnej wykładni przepisów, polegającej na sprzecznym z Prawem bankowym i Kodeksem cywilnym utożsamieniu chwili zawarcia umowy o kredyt w rachunku bieżącym z zaciągnięciem

zobowiązania, podczas gdy zaciągnięcie zobowiązania następuje z chwilą wykorzystania kredytu.

### **Wniosek nr 3**

Składam zarzut niewłaściwego zastosowania art. 226 ust. 4 ustawy o finansach publicznych, poprzez zaliczenie do czasu realizacji przedsięwzięcia okresu gwarancji i rękojmi, a także art. 228 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 226 ust. 3 pkt 4 ustawy o finansach publicznych, poprzez przyjęcie iż nie jest możliwe, aby jedna umowa mogła być zawarta w oparciu o oba upoważnienia organu stanowiącego, w sytuacji gdy dotyczy ona okresu realizacji przedsięwzięcia oraz okresu gwarancji i rękojmi przypadającego bezpośrednio po okresie realizacji.

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 pożądane 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.

Ustawowa definicja przedsięwzięcia została zawarta w art. 226 ust. 4 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z tym przepisem: *Przez przedsięwzięcia, o których mowa w ust. 3, należy rozumieć wieloletnie programy, projekty lub zadania, w tym związane z:*

- 1) *programami finansowanymi z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3;*
- 2) *umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym.*

Użyte w tym przepisie sformułowania nie zostały zdefiniowane w ustawie o finansach publicznych. Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego (<https://sjp.pwn.pl/>):

- program to «plan zamierzonych czynności, przedsięwzięć itp.»
- projekt to «plan działania»
- zadanie to «to, co należy wykonać».

Należy jednak zauważyć, że w ustawie z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 w art. 2 pkt 18 zdefiniowano projekt, którym jest *przedsięwzięcie zmierzające do osiągnięcia założonego celu określonego wskaźnikami, z określonym początkiem i końcem realizacji, zgłoszone do objęcia albo objęte*

współfinansowaniem UE jednego z funduszy strukturalnych albo Funduszu Spójności w ramach programu operacyjnego. Końcem realizacji projektu jest data poniesienia ostatniego wydatku kwalifikowalnego w projekcie. Oznacza to, że okres ewentualnej gwarancji lub rękojmi przypada po realizacji projektu. W konsekwencji należy przyjąć, że okres ten nie może być zaliczony do okresu realizacji danego projektu (przedsięwzięcia), a zatem wydatki ponoszone w tym czasie nie są wydatkami na realizację przedsięwzięcia.

Powyższe wnioski wynikające z interpretacji przepisów ustawy o finansach publicznych są zbieżne z przepisami podatkowymi i księgowymi. 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 następujących 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.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że w trakcie procesu inwestycyjnego zachodzi konieczność zaciągania różnego typu zobowiązań np. związanych z oddaniem gruntu w użytkowanie. Wydatki ponoszone w ramach takich umów w trakcie trwania inwestycji zaliczane są do wartości początkowej środka trwałego i muszą zostać ujęte w ramach limitów wydatków w poszczególnych latach. W kolejnych okresach nie ma już takiej możliwości, a ponoszone wydatki mają charakter bieżący. Z uwagi na swój charakter umowy te

Tout

są wieloletnie (np. 100 lat) lub zawierane na czas nieokreślony. Uznając wykładnię zawartą w wystąpieniu pokontrolnym, przedsięwzięcia, w ramach których są zawierane nigdy nie mogłyby zostać zakończone, a limity wydatków powinny być wykazywane w nieskończoność, co jest niemożliwe do zrealizowania.

Istotnym argumentem przemawiającym za stanowiskiem, że wydatki ponoszone w okresie gwarancji i rękojmi zrealizowanego przedsięwzięcia nie stanowią wydatków związanych z jego realizacją jest możliwość określenia przez radę gminy wysokości sumy, do której wójt może samodzielnie zaciągać zobowiązania – na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 10 ustawy o samorządzie gminnym. W wyroku z dnia 26 kwietnia 2012 r. (V SA/Wa 630/12) WSA w Warszawie przedstawił następującą interpretację odnośnie podstaw zaciągania zobowiązań wykraczających poza rok budżetowy: *Zgodnie z art. 51 ust. 1 u.s.g, art. 211 ust. 4-5 oraz art. 214 pkt 3 u.f.p. podstawą prowadzenia przez gminę gospodarki finansowej w danym roku budżetowym jest uchwała budżetowa, która określa budżet gminy oraz plany przychodów i kosztów samorządowych zakładów budżetowych. Mając powyższe na uwadze wójt gminy zgodnie z art. 46 ust. 1 u.f.p. może zaciągać w danym roku budżetowym jedynie zobowiązania do sfinansowania w danym roku budżetowym, tj. płatne w danym roku budżetowym oraz w wysokości wynikającej z planu wydatków budżetu gminy lub planu kosztów zakładu budżetowego (zobowiązania jednoroczne).*

*W przypadku konieczności lub celowości zawarcia przez wójta zobowiązań przekraczających rok budżetowy, tj. płatnych w następnych latach budżetowych (zobowiązania wieloletnie), a więc nie ujętych w uchwale budżetowej oraz nieujętych w wieloletniej prognozie finansowej gminy wójt gminy obowiązany jest uzyskać upoważnienie rady gminy, o którym mowa w art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. e i pkt 10 u.s.g. lub też w przypadku umów, których realizacja w roku budżetowym i w latach następnych jest niezbędna do zapewnienia ciągłości działania jednostki (np. zakładu budżetowego) i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy upoważnienie, o którym mowa w art. 228 ust. 1 pkt 2 u.f.p.*

*Przepis art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. "e" u.s.g. dotyczy upoważnienia rady do zaciągania zobowiązania przekraczającego rok budżetowy, którego przedmiotem jest określona inwestycja lub remont nieujęta w załączniku do uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej j.s.t., czyli inwestycji i remontów finansowanych przez zakład budżetowy. W zakresie zaciągania pozostałych zobowiązań przekraczających rok budżetowy ma zastosowanie art. 18 ust. 2 pkt 10 u.s.g.*

*Art. 18 ust. 2 pkt 10 u.s.g. przewiduje możliwość udzielenia wójtowi przez radę gminy upoważnienia do samodzielnego zaciągania zobowiązań w roku budżetowym, których suma nie przekroczy kwoty określonej przez radę gminy. Powyższe oznacza, że wójt w ramach kwoty określonej przez radę samodzielnie decyduje o zaciągnięciu zobowiązań, przedmiocie zobowiązań, ich wysokości i skutkach finansowych na kolejne lata budżetowe, a także o tym z jakich środków zastaną one pokryte.*

*Upoważnienie wynikające z art. 18 ust. 2 pkt 10 u.s.g. niewątpliwie zwiększa kompetencje wójta w zakresie prowadzenia gospodarki*

Tout.

*finansowej gminy, a tym samym kompetencje wójta dotyczące szeroko rozumianego gospodarowania mieniem komunalnym, w związku z możliwością samodzielnego zaciągania zobowiązań finansowych przekraczających rok budżetowy. Jedynym ograniczeniem samodzielności wójta jest określenie przez radę łącznej kwoty zaciągniętych zobowiązań.*

Przedmiotem stawianego w niniejszej sprawie zarzutu nie jest kwestia zaciągnięcia zobowiązania bez upoważnienia, jednakże z przytoczonego fragmentu uzasadnienia wyroku wynika, że upoważnienie udzielane na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 10 ustawy o samorządzie gminnym ma zbliżony charakter do upoważnienia z art. 228 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

W tym miejscu zwracam uwagę, że w każdym z badanych lat Prezydent Miasta dysponował na mocy obowiązujących w tych latach uchwał budżetowych upoważnieniem omawianym powyżej, a udzielanym na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 10 ustawy o samorządzie gminnym. Wydatki na czynności wykonywane przez Menadżera Projektu ponoszone w okresie gwarancji i rękojmi mieściły się w tych limitach. Stanowi to dodatkowy argument za kwalifikacją tych wydatków, jako niewchodzących w zakres realizacji przedsięwzięcia.

#### **Wniosek nr 4**

Składam zarzut naruszenia art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, w związku z art. 23 ust. 1 pkt 5 i art. 25 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami poprzez ich błędną interpretację polegającą na przyjęciu, że czynności podejmowane przez kontrolowanego, zmierzające do wyjaśnienia statusu prawnego nieruchomości nie były czynnościami związanymi z naliczaniem należności za udostępnianie nieruchomości. Należy przyjąć, że zanim zostanie naliczona opłata za korzystanie z nieruchomości właściwy organ musi sprawdzić, czy w ogóle ma miejsce korzystanie z nieruchomości.

W tym kontekście, nie jest prawdą, że zaniechano podjęcia działań mających na celu ustalenie, naliczenie oraz wyegzekwowanie należności od podmiotu, który „korzystał bezumownie” z nieruchomości o numerze geodezyjnym nr 75 obręb Łabędy. Pismem z dnia 27 lutego 2018 r. ustalono i naliczono na rzecz Skarbu Państwa opłatę za bezumowne korzystanie z działki nr 75 za okres od 20 lutego 2012 r. do 28 lutego 2018 r.

Tytuł do korzystania z przedmiotowej nieruchomości przez ZM Bumar Łabędy S.A. nie był jednoznaczny. Przedmiotowa działka znajdowała się w księdze wieczystej, gdzie w rubryce właściciel widniał wpis *Skarb Państwa - Kombinat Urządzeń Mechanicznych Bumar Łabędy.* Przez lata sam taki wpis, stosownie do zapisów par. 4 rozporządzenia RM z dnia 10 lutego 1998 r. w sprawie przepisów wykonawczych dotyczących uwłaszczenia osób prawnych nieruchomościami będącymi dotychczas w ich zarządzie lub użytkowaniu, pozwalał na uzyskanie przez przedsiębiorstwo decyzji uwłaszczeniowej potwierdzającej nabycie „z mocy prawa” prawa użytkowania wieczystego. W celu przymuszenia Spółki do uzyskania decyzji w trybie art. 200 ustawy o gospodarce nieruchomościami, w dniu 14 lutego 2012 r. zostało do niej wystosowane pismo wzywające do przedłożenia dokumentów potwierdzających prawo zarządu na dzień 05.12.1990 r. W tym miejscu

Tau.

należy zaznaczyć, że pismo do Spółki z 14.02.2012 r. nie informowało o wszczęciu postępowania administracyjnego w trybie art. 200 ustawy o gospodarce nieruchomościami, gdyż tutaj organem właściwym jest wojewoda, a jedynie o wszczęciu sprawy mającej na celu wyjaśnienie tytułu do korzystania z przedmiotowej nieruchomości. ZM Bumar Łabędy S.A. konsekwentnie twierdziły, że na dzień 05.12.1990 r. posiadały prawo zarządu, a okoliczność ta może być zbadana jedynie w toku postępowania administracyjnego wszczynanego „z urzędu” przez wojewodę. Prezydent wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej nie jest tutaj w żadnym względzie organem właściwym do kwestionowania twierdzeń Spółki. Fakt nabycia przez Spółkę z mocy prawa użytkowania wieczystego z dniem 05.12.1990 r. powoduje bowiem, że ma ona tytuł prawny do korzystania z nieruchomości, a więc nie może ona być traktowana jako posiadacz korzystający z nieruchomości bezumownie.

W związku z brakiem możliwości wyegzekwowania od ZM Bumar Łabędy S.A. dokumentów, na podstawie których formułują swoje stwierdzenia w zakresie nabycia prawa użytkowania wieczystego w trybie art. 200 ustawy o gospodarce nieruchomościami podjęto działania mające na celu wyegzekwowanie od wojewody jednoznacznego stanowiska w sprawie komunalizacji. Nieruchomości, które na dzień 27.05.1990 r. stanowiły własność Skarbu Państwa i nie były obciążone prawem zarządu, stawały się z mocy prawa własnością gminy. Potwierdzenie komunalizacji następuje w drodze decyzji wydawanej „z urzędu” przez wojewodę i tylko ten organ ma ustawową delegację do badania przesłanek komunalizacji. W miarę prowadzonego przez wojewodę postępowania komunalizacyjnego uzyskano przekonanie, że zmierza ono w kierunku decyzji pozytywnej i naliczono Spółce opłatę za korzystanie z nieruchomości - pismo z 27 lutego 2018 r. Celem zabezpieczenia interesów gminy dokonano naliczenia opłaty za bezumowne korzystanie. Decyzja komunalizacyjna wydana została dopiero w dniu 18 lipca 2019 r. Tym samym należy stwierdzić, że działka nr 75 obręb Łabędy nigdy nie była w zasobie nieruchomości Skarbu Państwa, gdyż stosownie do art. 229 ustawy o gospodarce nieruchomościami w zasobie nieruchomości Skarbu Państwa nie ewidencjonuje się nieruchomości, które na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 maja 1990 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych stały się, z mocy prawa, z dniem 27 maja 1990 r. własnością gmin, lecz co do których nie zostały wydane ostateczne decyzje potwierdzające nabycie własności.

Po wcześniejszym naliczeniu opłaty za korzystanie z nieruchomości, w dniu 25.06.2018 r. skierowano do Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa wnioski o wszczęcie postępowania o zapłatę tych należności. Uzyskany został nakaz zapłaty. Na skutek zgłoszonego sprzeciwu na wniosek ZM Bumar Łabędy S.A. podjęto rozmowy mające na celu zawarcie ugody. Uzgodniono treść ugody, która została przesłana do PG Skarbu Państwa.

Po uprawomocnieniu się decyzji komunalizacyjnej, Gmina wstąpiła w prowadzone postępowanie (pismo z dnia 20.12.2019 r.) podtrzymując żądanie zapłaty oraz warunki ugody ustalone wcześniej ze Skarbem Państwa. Postępowanie jest w toku.

Reasumując nie można zgodzić się z wnioskiem nr 4, zgodnie z którym należy podjąć działania mające na celu naliczenie i wyegzekwowanie należności od ZM Bumar Łabędy S.A. Udzielone wyjaśnienia jednoznacznie wskazują, że pomimo „zbiegu” dwóch stanów prawnych, które mogły nastąpić z mocy prawa, działania te zostały podjęte a postępowanie sądowe jest w toku.

#### **Wniosek nr 5**

Zarzut nieprawidłowego potrącania dochodu z wpływów z bezumownego korzystania z nieruchomości Skarbu Państwa jest niezasadny. Składam zarzut dokonania błędnej wykładni art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz błędnego zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego.

Ponadto formułując wniosek pokontrolny w omawianym zakresie, błędnie nie zastosowano przepisu § 4 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie siedzib i zasięgu terytorialnego regionalnych izb obrachunkowych oraz szczegółowej organizacji izb, liczby członków kolegium i trybu postępowania. Zgodnie z tym przepisem: *Działalność kontrolna powinna być połączona z instruktażem w zakresie prawidłowej interpretacji przepisów prawnych i ich stosowania w praktyce.* W wystąpieniu nie tylko nie odniesiono się do wykładni w/w przepisów zaprezentowanej przez kontrolowanego, ale zignorowano również fakt, że w taki sam sposób, jak kontrolowany, przepis art. 23 ust. 3 interpretuje inny organ nadzoru – Wojewoda Śląski. W tej sytuacji aby zadośćuczynić obowiązkowi „instruktażu w zakresie prawidłowej interpretacji przepisów” RIO winna była przedstawić uzasadnienie prawne, dlaczego wykładnia prawa prezentowana w toku kontroli przez kontrolowanego oraz od wielu lat przez Wojewodę Śląskiego jest nieprawidłowa.

Zarówno w toku kontroli, jak i w piśmie z 4.11.2019 r. (BPM.1710.14.2019) zawierającym odmowę podpisania protokołu kontroli, kontrolowany wskazywał, że pobieranie 25% dochodu ze wpływów z bezumownego korzystania było zgodne ze stanowiskiem Wojewody Śląskiego, prezentowanym corocznie w pismach kierowanych do wszystkich starostów i prezydentów miast na prawach powiatu w województwie śląskim. Wystąpienie pokontrolne w ogóle nie zawiera odniesienia się do tej okoliczności.

W zakresie gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa Prezydent Miasta Gliwice podlega nadzorowi Wojewody Śląskiego. Natomiast Regionalna Izba Obrachunkowa sprawuje nadzór w zakresie spraw finansowych. Ponieważ w zakresie gospodarowania nieruchomościami mieści się również naliczanie i pobieranie opłat należnych Skarbowi Państwa, nadzór w tym zakresie wchodzi w zakres kompetencji obu organów nadzoru. Sytuacja, w której dwa organy nadzoru prezentują odmienne stanowisko jest dla kontrolowanego nie do przyjęcia. W niniejszej sprawie interpretacja przepisu art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami prezentowana przez Wojewodę Śląskiego została oceniona przez RIO jako nieprawidłowa.

W ocenie kontrolowanego, przed skierowaniem wystąpienia pokontrolnego zawierającego zarzuty wobec kontrolowanego, rozbieżności z drugim organem nadzoru – Wojewodą Śląskim winny

Tau.



zostać wyjaśnione. Regionalna Izba Obrachunkowa nadzoruje i kontroluje całokształt spraw finansowych Miasta Gliwice. Wojewoda Śląski nadzoruje wycinek spraw finansowych, dotyczący rozliczeń wpływów osiągniętych przez Miasto Gliwice z gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa. Zatem zakres kompetencji Wojewody Śląskiego ma charakter szczególny wobec ogólnej kompetencji RIO. Z ogólnych reguł wykładni prawa wynika, że przepis szczególny wyłącza stosowanie przepisu ogólnego. Przenosząc tą regułę w realia niniejszej sprawy należałoby przyjąć, że interpretacja przepisu prezentowana przez organ nadzorujący szczegółowo sprawy finansowe gospodarki nieruchomościami wyłącza odmienną interpretację organu nadzorującego ogólnie wszystkie sprawy finansowe Miasta Gliwice.

W ocenie kontrolowanego, w wystąpieniu pokontrolnym nie powinno się arbitralnie narzucać własnego sposobu interpretacji przepisu, bez podjęcia próby uzgodnienia stanowisk z drugim organem nadzoru. Ponadto w wystąpieniu pokontrolnym nie tylko pominięty został fakt odmiennej interpretacji przepisów przez Wojewodę, ale nie odniesiono się w ogóle do szeregu argumentów podanych przez kontrolowanego w toku kontroli i w piśmie z dnia 4.11.2019 r., które przemawiają za uznaniem stanowiska Wojewody za prawidłowe.

Kontrolowany w toku kontroli 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. Przedmiotem opodatkowania nie jest bezumowne korzystanie z nieruchomości, a mimo tego, w drodze wykładni, podatek ten obciąża to świadczenie płacone przez osobę bezumownie korzystającą z nieruchomości w sytuacji gdy właściciel toleruje, że osoba ta korzysta z jego nieruchomości, a korzystający płaci za to korzystanie wynagrodzenie stanowiące ekwiwalent czynszu. Tak właśnie jest w wymienionych wyżej dwu przypadkach.

Od opisanych wyżej przypadków należy odróżnić sytuacje, w których pobierane jest odszkodowanie za bezumowne korzystanie z nieruchomości, nie podlegające podatkowi VAT, a które ma miejsce wówczas gdy strony nie dążą do zawarcia umowy. Dotyczy to np. okresu korzystania z nieruchomości w czasie postępowania windykacyjnego, a także w sytuacji gdy po ujawnieniu faktu korzystania z nieruchomości nie nastąpiło zawarcie umowy. W tym przypadku kontrolowany potrącał 5% od uzyskanego wpływu.

Należy wskazać, że takiego samego rozróżnienia dokonuje Wojewoda Śląski, który w piśmie z dnia 27.05.2019 r. (NWII.7582.5.69.2019) wysłanym do wszystkich starostów i prezydentów miast na prawach powiatu w województwie śląskim, zwrócił się z prośbą, aby od opłat za bezumowne korzystanie z nieruchomości potrącane było 5% (a nie

25%) uzyskanej wpłaty. Pismo to zostało podpisane przez I Wicewojewodę Pana Jana Chrzęszcza, który podpisał również jedno z pism dotyczących rocznego sprawozdania (za rok 2015), w którym od dochodów z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości przewidziano 25% potrącenie. Zdaniem kontrolowanego z przywołanych pism Wojewody Śląskiego wynika, że dokonuje on takiego samego rozróżnienia przypadków bezumownego korzystania z nieruchomości, jak kontrolowany i w zależności od danego przypadku przyjmuje 25% lub 5% stawkę dochodu.

Kontrolowany podnosi, że możliwość potrącania udziału z dochodów pobieranych za gospodarowanie nieruchomościami została wprowadzona ustawą z dnia 7 stycznia 2000 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz innych ustaw. Wówczas wprowadzono do art. 23 ust. 3 w brzmieniu:

*3. Od wpływów osiągniętych ze: sprzedaży, opłat z tytułu trwałego zarządu, użytkowania, użytkowania wieczystego, czynszu dzierżawnego i najmu - nieruchomości Skarbu Państwa, o których mowa w ust. 1, potrąca się 5% środków, które stanowią dochód powiatu, na którego terenie znajdują się te nieruchomości.*

Kolejną ustawą z dnia z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego zmieniono wysokość opodatkowania na 25%. W uzasadnieniu projektu ustawy zamieszczono dwa fragmenty dotyczące tej zmiany:

*1. Zmiany w grupie dochodów własnych:*

*1. Nowym dochodem własnym gminy, powiatu i województwa będzie 5% dochód uzyskiwany w związku z realizacją zadań z zakresu administracji rządowej oraz innych zadań zleconych ustawami - pozostawienie części dochodów z tego tytułu powinno wpłynąć na zainteresowanie ze strony jednostek samorządu terytorialnego pozyskiwaniem wpływów z tego tytułu.*

*2. Zwiększeniu ulegną dochody powiatu z tytułu gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa z 5% (obecnie) na 25%.*

*[...]*

*W art. 63 wprowadzono zmiany w ustawie o gospodarce nieruchomościami związane ze zwiększeniem dochodów powiatów z tytułu gospodarki nieruchomościami Skarbu Państwa z 5% do 25%.*

Z przytoczonego fragmentu uzasadnienia wynika jednoznacznie, że celem wprowadzanej zmiany było objęcie 25% stawką wszystkich dochodów z tytułu gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa. Kolejna zmiana wynika z ustawy z dnia 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Wówczas dopisano prawo do potrąceń z odsetek oraz doprecyzowano zapis o użytkowaniu wieczystym. W uzasadnieniu do projektu ustawy napisano, że:

*W ust. 3 ww. art. 23 proponuje się uściślenie przepisu dotyczącego dodatkowego dochodu budżetu powiatu z tytułu gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa. W związku z pojawiającymi się wątpliwościami doprecyzowano, że 25% wpływów osiągniętych z opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa oddanych w użytkowanie wieczyste, a także wpływów osiągniętych z tytułu odsetek za nieterminowe wnoszenie należności wymienionych w art. 23 ust. 3, również stanowi dochód powiatu, na obszarze którego położone są przedmiotowe nieruchomości. Powyższa zmiana nie*

Tcah.

*powinna powodować zmian w budżecie Skarbu Państwa oraz w budżetach powiatów.*

Z powyższego wynika, że zamiarem ustawodawcy jest, aby 25% udział w dochodach Skarbu Państwa obejmował wszystkie tytuły, na podstawie których są one pobierane. Przy czym nowelizacja dokonana w 2007 roku została potraktowana jako doprecyzowująca regulację, a nie zmieniająca dotychczasowy stan prawny. Świadczy o tym ostatnie zacytowane zdanie, w którym stwierdzono, że nowelizacja nie spowoduje zmian w budżetach Skarbu Państwa i powiatów.

Zakres czynności składających się na gospodarowanie zasobem nieruchomości Skarbu Państwa został określony w art. 23 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. W literaturze wskazuje się, że: *Analiza orzecznictwa pozwala przyjąć, że dochody własne powiatów i miast na prawach powiatu, o których mowa w przepisie art. 23 ust. 3 ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami, należy uznać nie za ryczałtowe pokrycie kosztów związanych z zarządzaniem nieruchomościami Skarbu Państwa, lecz za ryczałtowe wynagrodzenie za podejmowane czynności polegające na zarządzaniu tymi nieruchomościami za Skarb Państwa.* (Kamila Żmuda-Matan, „Dochody własne powiatów i miast na prawach powiatu z tytułu realizacji zadań zleconych z zakresu gospodarowania nieruchomościami Skarbu Państwa” *Finanse Komunalne* 4/2017). W tym kontekście nie ma znaczenia, czy formalnie obowiązuje umowa, czy ma miejsce okres bezumownego korzystania z nieruchomości. Skoro kontrolowany wykonuje takie same czynności w obu przypadkach, należne mu jest takie samo „ryczałtowe wynagrodzenie”.

Kontrolowany w 2017 roku dostrzegł że w omawianym zakresie istnieją odmienne sposoby interpretacji przepisów, a więc że kwestia wysokości dochodu od wpływów z bezumownego korzystania może budzić wątpliwości. Należy wskazać, że w wyroku z dnia 13.09.2011 r. (P33/03) Trybunał Konstytucyjny orzekł, 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 skierowane w toku kontroli pismo z dnia 9.09.2019 r. poinformował, 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. W związku z tym w dniu 4.12.2019 r. został skierowany przeciwko Skarbowi Państwa do Sądu Okręgowego w Katowicach pozew o zapłatę ww. kwoty.

Kontrolowany informuje, że podjął już czynności zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych i ustalenia, czy istnieją podstawy do zwrotu potrąconych dochodów, kierując do Sądu Okręgowego w Katowicach pozew przeciwko Skarbowi Państwa. Wykładnię przepisów prawa dokonaną przez Sąd w tej sprawie, dotyczącej okresu od sierpnia 2017 r., kontrolowany zastosuje również do rozliczeń dotyczących okresu 2014 - sierpień 2017 r.

#### **Wniosek nr 6**

Składam zarzut naruszenia art. 23 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy o gospodarce nieruchomościami poprzez jego błędne zastosowanie.

Zgodnie bowiem z art. 21 tej ustawy: *Do zasobu nieruchomości Skarbu Państwa należą nieruchomości, które stanowią przedmiot własności Skarbu Państwa i nie zostały oddane w użytkowanie wieczyste, oraz nieruchomości będące przedmiotem użytkowania wieczystego Skarbu Państwa.* Zatem gospodarowanie nimi nie odbywa się na podstawie art. 23 ustawy o gospodarce nieruchomościami.

Ponadto naruszony został art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, w związku z art. 8 i art. 3 ust. 2 i 3 ustawy o transporcie kolejowym przyjmując, że wobec niejasnej i nieprecyzyjnej zmiany przepisów regulujących status infrastruktury nieczynnej i prywatnej, które weszły w życie w 2017 roku podjęcie działań w 2019 roku, a więc przed ewentualnym przedawnieniem roszczeń było spóźnione.

Działania w zakresie ustalenia i naliczenia opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego były realizowane zarówno przed, jak i w trakcie trwania kontroli. Z uwagi na brak precyzyjnych rozwiązań prawnych i niejednorodność orzecznictwa w zakresie sposobu ustalenia opłat rocznych w zaistniałym stanie faktycznym działania mające na celu wyegzekwowanie ustalonych i naliczonych należności zostały podjęte dwutorowo. Mianowicie w przypadku braku wpłat w wyznaczonych terminach złożono pozwy o zapłatę i jednocześnie wysłano wypowiedzenia dotychczasowej opłaty w trybie ustawy o gospodarce nieruchomościami. Na skutek złożonych przez użytkowników wieczystych wniosków uruchomione zostały postępowania przed Samorządowym Kolegium Odwoławczym.

Takt.

Poniższa tabela obrazuje harmonogram podjętych działań :

Nr działki	Ustalenie i wezwanie do zapłaty	Data odbioru	Data złożenia pozwu o zapłatę	Wypowiedzenie dotychczasowej opłaty w trybie ugn/dokonana wpłata
42	17-09-2019	20-09-2019		Wpłata z dnia 30-09-2019- PLK
373/8 373/10	17-09-2019	20-09-2019		Wpłata 30-09-2019- PLK
449/1	17-09-2019	20-09-2019	06.12.2019	
1003/1	17-09-2019	20-09-2019		PKP Energetyka – wpłata 17-10-2019
753/12	17-09-2019	20-09-2019		PKP Energetyka- wpłata 16-10-2019
132 368/6 368/7 368/10 410/2 410/3	17-09-2019	20-09-2019	17.10.2019	15-10-2019
422/2	20-09-2019	25-09-2019	22.10.2019	15-10-2019
653	20-09-2019	25-09-2019	22.10.2019	15-10-2019
13	20-09-2019	25-09-2019	17.10.2019	15-10-2019
14	20-09-2019	25-09-2019	22.10.2019	15-10-2019
16	20-09-2019	25-09-2019	23.10.2019	15-10-2019
146	20-09-2019	25-09-2019	23.10.2019	15-10-2019
120/1	20-09-2019	25-09-2019	22.10.2019	11-10-2019
425 427	20-09-2019	25-09-2019	17.10.2019	11-10-2019
778	20-09-2019	25-09-2019	22.10.2019	11-10-2019
757/1 764/2	17-10-2019	21-10-2019	26.11.2019	17-10-2019

#### **Wniosek nr 7, 8 i 9**

Składam zarzut naruszenia art. 91 ustawy o samorządzie gminnym w związku art. 2 ust. 1 i art. 11 ust. 1 ustawy o Regionalnych Izbach Obrachunkowych poprzez próbę obejścia tych przepisów i formułowanie wniosków dotyczących zmiany uchwały Rady Miasta oraz występowania o wydanie uchwał przez Radę Miasta w sytuacji, gdy organem uprawnionym do stwierdzenia nieważności obowiązującej uchwały z dnia 2.12.2004 r. lub do wystąpienia do sądu administracyjnego o stwierdzenie jej nieważności jest Wojewoda. Ponadto naruszony został art. 94 Konstytucji poprzez jego niezastosowanie. Zgodnie z tym przepisem: Organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej, na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie, ustanawiają akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze działania tych

organów. Zasady i tryb wydawania aktów prawa miejscowego określa ustawa. Zatem dopóki obowiązuje uchwała Rady Miasta z 2.12.2004 r. brak jest podstaw do występowania o indywidualną zgodę tego organu (co jest nakazane we wniosku nr 8).

Przepis art. 12 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie wskazuje że, Wojewoda sprawuje nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego i ich związków na zasadach określonych w odrębnych ustawach.

Natomiast art. 91 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym stwierdza, że o nieważności uchwały lub zarządzenia w całości lub w części orzeka organ nadzoru w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia doręczenia uchwały lub zarządzenia, w trybie określonym w art. 90 tejże ustawy.

Organ nadzoru przed realizacją obowiązku wynikającego z ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych przeprowadził badanie aktu prawa miejscowego tj. uchwały nr XXV/674/2004 z dnia 2 grudnia 2004 r. z późniejszymi zmianami pod kątem zgodności z prawem.

Nadzór wojewody, jako nadzór administracyjny ma charakter decyzji jednostronnych i władczych. W ramach sprawowanego nadzoru wojewoda eliminuje z obrotu prawnego akty prawne organów samorządu sprzeczne z obowiązującym prawem, a w sytuacji nieistotnych naruszeń prawa rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody stwierdza jedynie taką niezgodność.

Czynności podjęte przez organ nadzoru, jedynie w myśl przepisów ustawy o samorządzie gminnym, uprawniony do stwierdzenia nieważności uchwały jako sprzecznej z prawem, a w szczególności brak działań określonych w art. 93 ustawy o samorządzie gminnym jednoznacznie potwierdzają, że uchwała nr XXV/674/2004 z dnia 2 grudnia 2004 r. z późniejszymi zmianami, jest zgodna z prawem i może być wykonana. Stwierdzić nieważność uchwały może jedynie sąd administracyjny.

### **Wniosek nr 10**

Część 1 - Informacja w wykazie dotycząca aktualizacji opłat.

Składam zarzut naruszenia art. 35 ust. 2 pkt 10 ustawy o gospodarce nieruchomościami poprzez jego błędna wykładnię. Przepis ten wymienia elementy, jakie należy zamieścić w wykazie, przy czym posługuje się określeniem „odpowiednio”, co oznacza, że nie wszystkie one muszą się znaleźć w każdym wykazie. Pojęcie „aktualizacji opłat” dotyczy jedynie opłaty za użytkowanie wieczyste i nie odnosi się do czynszu dzierżawnego, co wprost wynika z treści art. 77 ustawy.

Art. 35 ust 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997 r. wprost wskazuje, że w wykazie określa się dane niezbędne odpowiednio do czynności zamierzonej w zakresie zadysponowania nieruchomością gminną.

Zapisy ustawy o gospodarce nieruchomościami w art. 77 ustalają ramy zasad aktualizacji opłaty, o której mowa w art. 35 ust. 2 pkt 10. Zatem informacja odnosząca się do ustalonych, w ramach ustawowych ograniczeń, zasad aktualizacji opłaty, dotyczy czynności określonych w art. 77 ustawy i winna być zamieszczana jedynie w wykazach dotyczących oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste. Przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny definiują istotę

dzierżawy. W umowach zawieranych na okres dłuższy niż 3 lata strony zachowując zasadę swobody kształtowania treści zawieranych umów zgodziły się wprowadzić możliwość zmiany i waloryzacji, a nie aktualizacji, stawki czynszu dzierżawnego na zasadach przewidzianych w treści umowy.

#### Część 2 - Zawieranie umów w okresie wywieszenia wykazu.

Składam zarzut błędnej interpretacji przepisów art. 35 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997r. Artykuł ten w żadnej części nie określa celu dla jakiego opisany w artykule wykaz jest sporządzany i podawany do publicznej wiadomości. Błędna interpretacja przepisów art. 35 ust 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami wskazująca jakoby celem sporządzenia i podania do publicznej wiadomości wykazu nieruchomości było umożliwienie wszystkim zainteresowanym ubiegania się o nabycie praw do nieruchomości umieszczonych w wykazie, nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Art. 34 ustawy przywołany w art. 35 stanowi jedynie o przysługującym w terminie wywieszenia wykazu pierwszeństwie nabycia 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 publikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej pozostaje niezmienna do czasu zawarcia umowy dzierżawy pozostając jednocześnie wiążącą dla osób wskazanych w zarządzeniu do jego wykonania.

#### **Wniosek nr 11**

Składam zarzut naruszenia art. 37 ust. 3 pkt 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przy bezprzetargowej sprzedaży nieruchomości warunk zabudowania na podstawie pozwolenia na budowę musi być spełniony wobec wszystkich działek składających się na daną nieruchomość i wszystkich obiektów budowlanych. Z przepisu tego nie wynika, że jest konieczne aby wszystkie działki były zabudowane, a w przypadku zabudowy, aby na wszystkie obiekty dzierżawca uzyskał pozwolenie na budowę. W kontrolowanej sprawie część nieruchomości była zabudowana halą i wiatą, wybudowanymi na podstawie pozwolenia na budowę, przy czym z gospodarczego punktu widzenia są to najistotniejsze obiekty na tej nieruchomości. Bezzasadnie zatem kwestionowana jest również zabudowa działki 502/1 miejscami postojowymi i drogą dojazdową. Należy zaznaczyć, że przez nieruchomość w niniejszej sprawie należy rozumieć cały kompleks działek, niezależnie od tego, w ilu księgach wieczystych działki te figurują (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 21 maja 2015 r. I ACa 320/15).

W nawiązaniu do powyższego, w związku z wnioskiem, aby wzmocnić nadzór nad pracownikami w zakresie przygotowania i prowadzenia postępowań na sprzedaż nieruchomości w trybie bezprzetargowym, informuję iż wszystkie czynności były wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Brak jest zatem podstaw do formułowania wniosku o wzmocnienie nadzoru nad pracownikami w opisanym zakresie.

TAM.

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.

Również w niniejszej sprawie naruszono art. 91 ustawy o samorządzie gminnym w związku art. 2 ust. 1 i art. 11 ust. 1 ustawy o Regionalnych Izbach Obrachunkowych poprzez próbę obejścia tych przepisów i kwestionowanie czynności prawnej dokonanej w oparciu o prawidłowo podjętą uchwałę Rady Miasta, co do której właściwy organ nadzoru nie stwierdził nieważności.

### **Wniosek nr 12**

Składam zarzut dokonania niewłaściwej wykładni art. 24 ust. 1 i 25 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami prowadzącej do wniosku, iż jednostka samorządu terytorialnego może gospodarować wyłącznie nieruchomościami wchodzącymi w skład gminnego zasobu nieruchomości.

Nakaz zaprzestania wydzierżawiania nieruchomości niepublicznych uniemożliwi gminie wykonywanie samoistnego posiadania nieruchomości, a w dalszej konsekwencji ich zasiadywania.

Tymczasem przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami w zakresie gospodarowania nieruchomościami stanowiącymi własność Skarbu Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego są wyłącznie przepisami szczególnymi w stosunku do ogólnych norm prawa cywilnego regulujących stosunki prawne w zakresie nieruchomości.

Jest oczywistym, iż organy samorządu terytorialnego, które gospodarują mieniem publicznym (zasób nieruchomości gminy i Skarbu Państwa) muszą podlegać szczególnym rygorom, które zawarte zostały w ustawie o gospodarce nieruchomościami. Jednak w dalszym ciągu podmioty publiczne zobowiązane są do stosowania przepisów prawa cywilnego jako norm ogólnych.

Natomiast jeśli gmina weszła w posiadanie nieruchomości, której nie jest właścicielem to prawidłowa wykładnia art. 24 i 25 ustawy o gospodarce nieruchomościami prowadzi do wniosku, iż nie jest zobligowana do stosowania przepisów działu II tej ustawy – skoro nieruchomość nie wchodzi do gminnego zasobu nieruchomości.

Zatem w miejsce niemających zastosowania przepisów szczególnych, organ publiczny stosuje przepisy prawa cywilnego, w szczególności dotyczące wykonywania prawa własności, posiadania samoistnego, ochrony tego posiadania oraz zasiedzenia tego rodzaju nieruchomości. W konsekwencji posiadacz samoistny nieruchomości zachowując się jak właściciel może wydzierżawić taką nieruchomość.

W pewnych sytuacjach jest to jedyny przejaw aktywności samoistnego posiadacza, który pozwoli w przyszłości zasiedzieć nieruchomość (udowodnić posiadanie przed sądem).

Należy zauważyć, iż normy konstytucyjne oraz normy prawa cywilnego nie wprowadzają żadnych ograniczeń i nie różnicują w tym zakresie sytuacji prawnej organów publicznych gospodarujących nieruchomościami w stosunku do innych podmiotów prawa, które mogą korzystać z cudzych nieruchomości w sposób prowadzący do ich ewentualnego zasiedzenia.



Co więcej, istnieje bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego, który rozpatrywał kwestie samoistnego posiadania przez podmioty publiczne i nigdy nie powziął wątpliwości co do tego, czy podmioty te mogą korzystać z cudzych nieruchomości jak właściciele, a jedynie rozważana była dopuszczalność zasiedzenia ze względu na sposób objęcia nieruchomości przez podmiot publiczny we władanie (w zakresie imperium i dominium) ewentualnie ze względu na rodzaj nieruchomości (np. drogi publiczne).

Należy zauważyć, iż gminy są posiadaczami samoistnymi nieruchomości zabudowanych kamienicami czynszowymi, w których wynajmują lokale mieszkalne jako samoistni posiadacze. Wywodzenie z przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami zakazu korzystania i czerpania korzyści z tego rodzaju nieruchomości nie daje się pogodzić z brzmieniem ustawowej definicji mieszkaniowego zasobu gminy zawartej w ustawie z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy, zgodnie z którą w skład tego zasobu wchodzi również znajdujące się w samoistnym posiadaniu gminy lokale.

Najczęściej tego rodzaju lokale znajdują się w budynkach będących w samoistnym posiadaniu gminy (wraz z gruntami). Do racjonalnego gospodarowania tego rodzaju lokalami i całymi nieruchomościami wymagane jest również wydzierżawianie ich części (ogrody przydomowe, garaże, lokale użytkowe).

Poza tym należy podkreślić, iż wydzierżawianie przez gminy nieruchomości niepublicznych służy przede wszystkim regulacji ich stanu prawnego. Gmina Gliwice nie pozbawia właścicieli, jakimkolwiek bezprawnym działaniem, władztwa nad nieruchomością, ale obejmuje we władztwo nieruchomości przez właścicieli porzucone, o nieuregulowanym stanie prawnym, najczęściej bez ksiąg wieczystych. Zasiedzenie nieruchomości na skutek wieloletniego władania nad nieruchomością (czego przejawem jest ich dzierżawa) jest często jedynym sposobem regulacji ich stanu prawnego.

Na taki sposób regulacji stanu prawnego nieruchomości wskazuje sam ustawodawca, który ustawą z dnia 7 września 2007 r. o ujawnieniu w księgach wieczystych prawa własności nieruchomości Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1460) zobligował starostów oraz gminy do składania do właściwych sądów wniosków o stwierdzenie nabycia z mocy prawa własności nieruchomości przez podmioty publiczne. Takim właśnie sposobem nabycia nieruchomości jest jej zasiedzenie wskutek wieloletniego posiadania, którego najdobitniejszym przejawem jest wydzierżawianie nieruchomości innym podmiotom.

Ponadto błędna wykładnia przepisów art. 24 i 25 ustawy o gospodarce nieruchomościami prowadzi do wniosku, iż gminy nie mogą pozyskiwać krótkotrwałych i obligacyjnych tytułów prawnych do nieruchomości w postaci użyczenia i dzierżawy nieruchomości od podmiotów prywatnych jako niewchodzących do zasobu nieruchomości gminnych. Tymczasem możliwość pozyskiwania tego rodzaju tytułów prawnych służy racjonalnemu wykonywaniu zadań publicznych przez gminę.

Reasumując żądanie zaprzestania wydzierżawiania przez gminę Gliwice nieruchomości będących w jej samoistnym posiadaniu, na skutek błędnej wykładni art. 24 ust. 1 i art. 25 ust. 1 i 2 ustawy o gospodarce

nieruchomościami nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących normach prawnych.

### **Wniosek nr 13**

Składam zarzut naruszenia art. 272 pkt 3, art. 274a § 2 i art. 281 § 2 ustawy Ordynacja podatkowa poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie.

W wystąpieniu pokontrolnym błędnie wskazano, iż w badanych przypadkach za lata 2014 - 2019 nie dołożono, do dnia zakończenia kontroli, należytej staranności w przeprowadzaniu czynności sprawdzających w zakresie wykazanych przez podatników danych w deklaracjach na podatek od nieruchomości oraz nie wzywano podatników do udzielenia niezbędnych wyjaśnień lub uzupełnienia deklaracji, wskazując jako przyczyny wątpliwości, co do rzetelności danych w nich zawartych.

W żadnym z badanych przypadków nie uprawdopodobniono jakiegokolwiek naruszenia przepisów prawa. Wskazać należy, iż w przypadku podatników o kodach 78332, 235457, 78374, można co najwyżej mówić o sporze interpretacyjnym w zakresie istniejących przepisów. W wystąpieniu bowiem w żaden sposób nie udowodniono organowi podatkowemu, iż sposób przyjętych do opodatkowania przedmiotów opodatkowania jest nieprawidłowy. Została przyjęta jedna z koncepcji, inna niż posiadana przez organ podatkowy. Kontrola podatkowa nie może polegać na przyjęciu zasady domniemania. W przypadku kontroli w sposób jednoznaczny powinno być wskazane, a przy tym udowodnione, że coś zostało zrobione w sposób niezgodny z przepisami prawa podatkowego lub zaniechane.

Na podstawie art. 281 § 2 ordynacji podatkowej, celem kontroli podatkowej jest sprawdzenie, czy kontrolowani wywiązują się z obowiązków wynikających z przepisów prawa podatkowego. Jest ona podejmowana z urzędu w sytuacjach, gdy m.in. podatnicy nie wykazują nieruchomości do opodatkowania, deklarują je wg. nieprawidłowych dla stanu faktycznego stawek. Brak jest naszym zdaniem przesłanek do przeprowadzenia kontroli podatkowej u podatnika, który składa wszystkie dokumenty w terminie i deklarowane postawy opodatkowania nie budzą wątpliwości organu podatkowego.

**W zakresie Podatników o kodach: 78433, 223351, 290315, 89430 (a nie jak wskazano 93754), 76963 (a nie jak wskazano 7693) – zarzucam naruszenie prawa poprzez błędną wykładnię, a także niewłaściwe stosowanie art. 274a § 2, art. 272 pkt 3, art. 281 § 2 ustawy Ordynacja podatkowa.**

Na podstawie art. 274a § 2 ustawy Ordynacja podatkowa, „w razie wątpliwości co do poprawności złożonej deklaracji...”, organ podatkowy może wezwać podatnika do złożenia wyjaśnień. Z przepisu tego wprost wynika, że warunkiem jego zastosowania jest istnienie po stronie organu wątpliwości co do poprawności deklaracji. Poza tym przepis ten nie obliuguje organu podatkowego do przeprowadzenia czynności sprawdzających, ale jedynie daje takie uprawnienie. Zatem organ, który nie ma wątpliwości co do poprawności złożonych deklaracji nie ma obowiązku zwracania się do podatnika o udzielenie wyjaśnień.

Taut.

Brak zadeklarowania zwolnienia z podatku od nieruchomości infrastruktury kolejowej, na podstawie treści art. 7 ust. 1 pkt. 1) ustawy z 12.01.1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych nie budził wątpliwości organu podatkowego.

Organ podatkowy nie ma obowiązku działania z urzędu w kierunku zwolnienia Podatnika z tytułu podatku od nieruchomości infrastruktury kolejowej. W wystąpieniu pokontrolnym nie został wskazany żaden przepis prawa, który nakazywałby organowi podatkowemu działania z urzędu w zakresie ustalenia czy Podatnik, który posiada jakies elementy infrastruktury związanej z koleją nie powinien skorzystać ze zwolnienia z podatku.

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). Nie został natomiast wskazany żadnego przepisu prawa, który zobowiązywałby organ podatkowy do działania z urzędu w sytuacji, gdy podatnik nie korzysta ze zwolnienia od podatku i nie wykazuje zamiaru do skorzystania z możliwości zwolnienia. 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 infrastruktura prywatna – 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.

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

Ponadto, część z tych podatników posiada także tego typu nieruchomości w innych miastach, co pozwala przypuszczać, iż gdyby spełnione były przesłanki zwolnienia to na pewno skorzystałby ze zwolnienia.

Wskazać należy, iż w ramach czynności sprawdzających organ podatkowy weryfikuje deklaracje (informacje) przede wszystkim pod kątem formalnym, co wprost wynika 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 wzywać 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 zależy 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 i czy spełniają warunki do zwolnień, w odniesieniu do każdej deklaracji złożonej przez podatnika. Obecnie w sądach administracyjnych toczą się liczne spory dotyczące prawa do zwolnień infrastruktury kolejowej. Aktualnie wiele kwestii nie jest przesądzonych i rozstrzygniętych, 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.

Podkreślenia wymaga, iż wymienione podmioty to duże firmy posiadające wyspecjalizowane działy księgowe i prawno-podatkowe, a zatem niewątpliwie mające wiedzę na temat zwolnienia wynikającego z art. 7 ust 1 pkt 1 lit a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. Jeżeli zatem nie wystąpiły o przedmiotowe zwolnienie to widocznie nie mają ku temu podstaw.

Czy zatem przepisy prawa podatkowego są odmienne dla gminnych organów podatkowych od tych, na podstawie których działają organy Krajowej Administracji Skarbowej?

Reasumując, w związku z brakiem podstaw prawnych do działania narzucanego w wystąpieniu pokontrolnym, organ podatkowy nie zastosuje się w przypadku wskazanych podatników do ponownego badania, czy kwestionowania składanych przez nich deklaracji w zakresie możliwości zwolnienia infrastruktury kolejowej.

Dodać także należy, iż za prawdziwość danych w nich zawartych odpowiadają pod rygorem odpowiedzialności karno-skarbowej osoby podpisujące w imieniu podatników deklaracje podatkowe.

**Podatnik kod 78374 – zarzucam naruszenie art. 272 pkt 3, art. 274a § 2 i art. 281 § 2 ustawy Ordynacja podatkowa poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie.** W roku 2017 zostały przeprowadzone kompleksowe czynności sprawdzające w postaci wezwań, na które Spółka udzieliła stosownych i wyczerpujących wyjaśnień (fakt ten był wykazywany w składanych w trakcie kontroli wyjaśnieniach - pismo z 25.09.2019). Ponadto w trakcie kontroli RIO Podatnik dodatkowo wyjaśnił, że budowle co do których RIO wskazało wątpliwości, wchodzą w skład infrastruktury kolejowej. Fakt, że nazewnictwo wprost nie wskazuje na powiązanie z infrastrukturą kolejową nie przesądza o charakterze danego obiektu budowlanego. Spółka wykazała w wyjaśnieniach, że obiekty te są elementami infrastruktury kolejowej wskazanymi w załączniku do ustawy o transporcie kolejowym niezależnie od użytej nomenklatury.

**Podatnik kod nr 89430 (a nie jak błędnie wskazano 93754) -** zarzucam naruszenie art. 272 pkt 3, art. 274a § 2 i art. 281 § 2 ustawy Ordynacja podatkowa poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie. Spółka wykazała w wyjaśnieniach, że obiekty te są elementami infrastruktury kolejowej wskazanymi w załączniku do ustawy o transporcie kolejowym niezależnie od użytej nomenklatury, zaś obiekt wiaduktu nie podlega zwolnieniu z uwagi na fakt, że jest udostępniany podmiotowi trzeciemu na potrzeby działalności gospodarczej. Ponadto należy wskazać, że Spółka jest największym w Polsce zarządcą infrastruktury kolejowej i tym samym posiada specjalistyczną wiedzę, w tym zakresie. Natomiast zarzuty wobec organu podatkowego zawarte w wystąpieniu pokontrolnym są oparte wyłącznie na przypuszczeniach osoby nie posiadającej fachowej, specjalistycznej wiedzy w zakresie infrastruktury i ruchu kolejowego.

**Biorąc pod uwagę powyższe informacje nie widzę podstaw do realizacji ww. wniosku.**

Ponadto zwracam ponownie uwagę, iż w wystąpieniu pokontrolnym błędnie wskazano podatnika o kodzie 93754 a nie jak powinno być 89430 (pomyłka została już wskazana w odmowie podpisania protokołu). Ponadto na str. 24 wystąpienia pokontrolnego wskazano podatnika o kodzie 7693 a podatnik o takim kodzie nie był objęty kontrolą (zmarła osoba fizyczna). Z analizy organu podatkowego wynika, iż chodzi zapewne o podatnika o kodzie 76963.

#### **Wniosek nr 14**

Składam zarzut naruszenia przepisu art. 18<sup>2</sup> ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi przez jego błędną wykładnię, która polega na przyjęciu, iż wynika z niego obowiązek wydatkowania 100% wpływów z opłat w danym roku na wskazane w nim cele. W treści tego przepisu zastrzeżono natomiast jedynie, że wpływy z opłat „nie mogą być przeznaczane na inne cele”. Czym innym jest zakaz przeznaczenia dochodu na inny cel, a czym innym nakaz jego wydatkowania na ten cel w 100%. Omawiany przepis nie zawiera takiego nakazu. Jest to zresztą zgodne z logiką, gdyż nakaz taki byłby niewykonalny z uwagi na to, że ostateczna kwota wpływów z opłat jest znana już po zakończeniu roku, kiedy nie ma możliwości ich wydatkowania. Zatem z przepisu art. 18<sup>2</sup> ustawy wynika, że w budżecie na dany rok prognozowaną kwotę wpływów należy przeznaczyć na cele określone w tym przepisie. Ponadto z przepisu tego wynika, że ewentualnej nadwyżki dochodów, w stosunku do planowanych, nie można przeznaczać na inne cele.

Należy podkreślić, że przepis art. 18<sup>2</sup> ustawy był przedmiotem oceny przez Trybunał Konstytucyjny, który co prawda nie stwierdził jego niezgodności z Konstytucją, ale w wyroku z dnia 24.11.1998 r. (K 22/98) podkreślił, że ogranicza on *samodzielność gminy, w zakresie wydatkowania dochodów pochodzących z pozyskiwanych opłat za wydane zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych w ten sposób, że nakłada na gminy obowiązek ich przeznaczenia wyłącznie na realizację zadań określonych w gminnych programach profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych.* W uzasadnieniu wyroku Trybunał zastrzegł, że *pomimo stwierdzenia zgodności z Konstytucją*

regulacji zawartej w art. 18<sup>2</sup> ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Trybunał Konstytucyjny z niepokojem dostrzega, iż regulacja powyższa wprowadza pewne wyjątki od powszechnie obowiązujących zasad, na których opiera się budżet gminy. Nie powinno więc ulegać wątpliwości, że omawiana regulacja, jako wprowadzająca rozwiązanie wyjątkowe i ograniczające gminę w jej samodzielności, nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej. Skoro zatem przepis ten nie nakazuje wydatkowania w danym roku 100% wpływu z opłat na cele w nim wskazane, nie można takiej normy wyprowadzać z niego w drodze wykładni.

W związku z powyższym, należy podkreślić, że Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, a w szczególności art. 18<sup>2</sup> nie zawiera przepisów obligujących miasto do wydatkowania pozostałych na koniec roku dochodów budżetu z wyżej wymienionego tytułu w następnym roku budżetowym. Jednocześnie, na uwagę zasługuje fakt, iż pojawiające się nadwyżki tych środków na koniec roku, są wynikiem przede wszystkim uzyskania ponadplanowych dochodów, a nie brakiem realizacji założonych w planie budżetu wydatków. Kwota faktycznego wykonania dochodów z tego tytułu znana jest dopiero w kolejnym roku, gdy nie ma już możliwości wprowadzenia jej do planu, a tym bardziej jej wydatkowania. Natomiast ustawy szczególne nie przewidywały odrębnego postępowania z niezrealizowanymi wydatkami budżetowymi pochodzącymi z dochodów z zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych.

Nie powinno również ulegać wątpliwości, że do dochodów z opłat, o których mowa w art. 18<sup>2</sup> ustawy, ma zastosowanie przepis art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym: *Wydatki publiczne powinny być dokonywane:*

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

W związku z tym postępowanie polegające na próbie wydatkowania 100% wpływów z opłat za wszelką cenę, w sposób oczywisty naruszałoby przytoczony przepis ustawy o finansach publicznych.

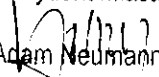
Należy podkreślić, że przepisy obowiązujące w okresie objętym kontrolą nie przewidywały, jak należy postępować z wpływami z opłat (w kwotach przewyższających planowane wpływy), które pozostały na rachunku gminy po zakończeniu roku budżetowego w sytuacji gdy budżet był deficytowy. Od 2020 roku środki te mogą być przeznaczane na pokrycie deficytu budżetu, zgodnie z art. 217 ust. 2 pkt 8 ustawy o finansach publicznych.

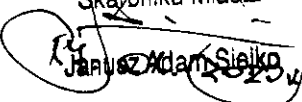
Obecnie w związku z wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju z dnia 15 października 2019 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie sprawozdawczości budżetowej i ustaleniem nowego wzoru sprawozdania RB-NDS oraz zapisami art. 217 ust.2 pkt 8) ustawy o finansach publicznych, który wprowadził nową kategorię przychodów, sytuacja uległa zmianie i aktualnie przepisy przewidują postępowanie z niezrealizowanymi wydatkami budżetowymi pochodzącymi z dochodów, w tym z zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych. Jednak w wyniku analizy powyższych przepisów pojawiło się szereg wątpliwości i pytań z tym związanych

szczególnie w zakresie praktycznego zastosowania powyższych przepisów. W związku z powyższym w dniu 19.12.2019 r. zostało skierowane pismo z licznymi zapytaniami do Ministerstwa Finansów w tym temacie, aktualnie oczekujemy na odpowiedź.

Z poważaniem

Prezydent Miasta

  
Adam Neumann

Zastępca  
Skarbnika Miasta  
  
Janusz Adam Sielko