



PREZYDENT MIASTA GLIWICE

DYR-0911/9/11

Gliwice, 11.06.2012 r.

nr kor. UM-274880/2012



**Kolegium Regionalnej Izby
Obrachunkowej
w Katowicach**

za pośrednictwem
Prezesa 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

W odpowiedzi na pismo proszę powołać się na nr sprawy: DYR-0911/9/11

Na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy z 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r. nr 55, poz. 577 z późn. zm.) zgłaszam zastrzeżenia do następujących wniosków ujętych w wystąpieniu pokontrolnym nr WK-6100/47/4/11/12 z 25 maja 2012 roku.

1. Wniosek nr 3

We wniosku Kontrolujący wskazali, że Kontrolowany powinien kolejny raz przeanalizować sprawę i sam ma ustalić czy zaistniała we wskazanym przypadku nieprawidłowość, tym samym jednoznacznie nie stwierdzili istnienia nieprawidłowości.

Kontrolujący powinni wyraźnie określić czy istnieje nieprawidłowość czy też nie istnieje - z Wniosku nr 3 nie wynika aby stwierdzono nieprawidłowość.

Sprawa opodatkowania nieruchomości, której dotyczy wniosek była już wyjaśniana i stanowisko Kontrolowanego zostało przedstawione. Sposób opodatkowania nieruchomości będącej w posiadaniu w 2007 roku podatnika (nr karty kontowej 4435) zdaniem Kontrolowanego jest prawidłowy.

Naszym zdaniem, Kontrolujący błędnie interpretują treść art.7 ust.1 pkt.10 ustawy z 12.01.1991r. o podatkach i opłatach lokalnych, który dotyczy zwolnienia z podatku od nieruchomości gruntów będących nieużytkami, za wyjątkiem przypadków ich zajęcia na działalność gospodarczą.

Zgodnie z przepisami ustawy o podatkach i opłatach lokalnych (art.7 ust.1 pkt.10) o opodatkowaniu nieużytku decyduje bezpośrednie zajęcie gruntu na działalność gospodarczą, co potwierdza w piśmie LK-1965/LP/03/KM Ministerstwo Finansów. To samo stanowisko wyrażone jest w poglądach doktryny- między innymi w komentarzach do podatku od nieruchomości prof. L Etela.

Z treści przepisu wyraźnie wynika, że dotyczy zajęcia gruntu (literalna wykładnia przepisu). Gdyby ustawodawca użył zwrotu grunty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, a nie zajęte niewątpliwie w przedmiotowej sprawie organ podatkowy zobligowany byłby opodatkować niewykorzystywany nieużytek podatnika w związku z zakupem go przez przedsiębiorcę.

Prezydent Miasta

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



www.gzm.org.pl

Powolywanie się przez Kontrolujących na wydane w zakresie nieruchomości decyzje architektoniczne (m.in. decyzja ustalająca warunki zabudowy, pozwolenie na budowę), decyzję zezwalającą na wycinkę drzew nie pozwalają przyjąć, iż grunt był zajęty na działalność. Zdaniem organu podatkowego był on związany z prowadzeniem działalności gospodarczej ale nie zajęty na działalność, a to rodzi odmienne konsekwencje podatkowe. Ponadto, składając informację na podatek, podatnik sam oświadczył o swej znajomości przepisów kodeksu karno-skarbowego o odpowiedzialności za podanie niezgodnych z rzeczywistością danych.

Podsumowując, Kontrolowany stoi na stanowisku, iż nieruchomość była opodatkowana prawidłowo i nie znajduje przesłanek do powtórnego przeanalizowania tej sprawy.

2. Wniosek nr 11

Zastrzeżenia dotyczą błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29.01.2004 r. *Prawo zamówień publicznych*, a tym samym naruszenie prawa w tym zakresie (zapisy zawarte na stronach 13-14 wystąpienia pokontrolnego). W toku kontroli złożono pełne wyjaśnienia (pismo UM-148010/2012 z 23.03.2012 r.) co do okoliczności związanych z udzieleniem przedmiotowych zamówień dodatkowych. Podniesiony w wystąpieniu pokontrolnym zarzut, że *„Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej okoliczności, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”* nie ma uzasadnienia z następujących powodów:

1. ustawa z dnia 07.07.1994r. *Prawo budowlane* (dalej: PB) ściśle określa obowiązki zamawiającego - inwestora (art. 18 PB) oraz projektanta (art. 20 PB). Zamawiający powierzył dokonanie opisu przedmiotu zamówienia wyspecjalizowanemu wykonawcy, jakim było biuro projektów. Dokumentacja projektowa została wykonana i sprawdzona przez osoby posiadające stosowne uprawnienia budowlane w zakresie projektowania. Dodatkowo projektant złożył oświadczenie, że dokumentacja projektowa została opracowana zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej;

2. Zamawiający, nie posiadając odpowiedniej specjalistycznej wiedzy i doświadczenia, a mając na uwadze złożoność zagadnienia inwestycyjnego, stopień skomplikowania dokumentacji projektowej oraz szacunkowy koszt zadania, w celu zapewnienia należytej staranności przy przygotowywaniu opisu przedmiotu zamówienia podjął działania związane z pozyskaniem niezależnej oceny (koreferatu do dokumentacji wykonawczej i kosztorysu inwestorskiego), sporządzonej po bardzo szczegółowej i dogłębnej analizie dokumentacji projektowej przez instytucję o doświadczeniu w zakresie sprawdzeń dokumentacji projektowych. Natomiast odbierając opracowania projektowe Zamawiający sprawdzał, czy spełniają one wymagania ustawy PB, czy ich zakres jest zgodny z zawartą umową oraz zweryfikował zgodność wybranych, podstawowych parametrów z założeniami projektowymi;

3. Zamawiający odpowiada za właściwe określenie zakresu wymaganej dokumentacji, powierzenie jej realizacji wykwalifikowanemu projektantowi oraz dokonanie jej odbioru. Zamawiający wykazał się więc profesjonalizmem, podjął bowiem

wszelkie możliwe działania w sferze organizacyjnej, technicznej i finansowej dla uzyskania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, mając także na uwadze podstawowe kryteria wydatkowania środków publicznych, tj. celowość i oszczędność, a przeprowadzona przez Zamawiającego weryfikacja dokumentacji projektowej była działaniem ponadstandardowym wykraczającym daleko poza ogólnie przyjęte procedury odbiorów dokumentacji projektowej;

4. zakres prac ujętych w przedmiotowych umowach jako roboty dodatkowe był tak znikomy w stosunku do przedmiotu zamówienia, że nie został zauważony na wielu etapach procesu inwestycyjnego m.in. przez organ wydający pozwolenie na budowę, specjalistyczną firmę wykonującą koreferat i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (mimo, że staranie weryfikowali dokumentację i zadawali wiele pytań w postępowaniu przetargowym). W związku z powyższym należy uznać, że były to drobne niedociągnięcia dokumentacji projektowej, które zostały niesłusznie potraktowane przez Zespół Kontrolujący jako istotne wady projektu

5. z przepisów Kodeksu Cywilnego i ustawy PB wynika, że zakres obowiązków wykonawcy robót w równej mierze wynika z dokumentacji projektowej i zasad wiedzy technicznej. Zasady wiedzy technicznej, jako bezwzględnie obowiązujące wykonawcę robót, stanowią ważne uzupełnienie jego zobowiązań wynikających wprost z dokumentacji projektowej. Dokumentacja projektowa powinna umożliwiać wykonanie robót zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, jednak zdarza się, że wykonanie robót zgodnie z dokumentacją sprzeciwiałoby się zasadom wiedzy technicznej. Powstaje wtedy konieczność albo wykonania nieprzewidzianych dokumentacją robót dodatkowych, albo wykonania robót zamiennych (innych od przewidzianych w dokumentacji, inną technologią, przy zastosowaniu innych materiałów). Bez dokonania zmian w dokumentacji nie można realizować robót zgodnie z umową.

6. z dniem 01.08.2009r. weszła w życie ustawa z 20.03.2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U.2009.62.504), która w art. 78 nałożyła obligatoryjny obowiązek uzgadniania dokumentacji projektowej z właściwymi organami policji i związków sportowych. Z uwagi na datę złożenia wniosku o zatwierdzenie projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę (23.07.2009 r.) sprawa ww. uzgodnień nie dotyczyła więc przedmiotowego projektu budowlanego. Jednakże w celu uniknięcia sytuacji powstałych na innych obiektach tego typu, na których po odbiorach końcowych brak było pozytywnych opinii Policji o ich dopuszczeniu do organizacji imprez masowych, Zamawiający podjął współpracę z Komendą Wojewódzką Policji i Komendą Miejską Policji w Gliwicach, aby przy wykonywaniu przedmiotu umowy podstawowej w pełni zostały zrealizowane przepisy o imprezach masowych. Natomiast niepodjęcie opisanych działań groziłoby ponoszeniem dodatkowych kosztów przez zamawiającego po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego, co byłoby sprzeczne z zasadami celowości, racjonalności i oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych. Zamawiający nie mógł przewidzieć, przy złożonych w istniejącym wówczas stanie prawnym przez projektantów oświadczeniach o zgodności dokumentacji projektowej z przepisami i zasadami wiedzy technicznej, iż policja może mieć uwagi do sporządzonego projektu budowlanego, co obiektywnie świadczy o nieprzewidywalności tej sytuacji.

7. Charakter obiektywny ma również nieprzewidywalność sytuacji związanych ze zmianami technologii czy zmianami eksploatacyjnymi inwestycji wpływającymi na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Zmiany technologiczne, będące niestotnymi zmianami projektu budowlanego wyniknęły z okoliczności, za które zamawiający nie odpowiada: w okresie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia nie było w Polsce nowoczesnych aren piłkarskich o wielkości, standardzie wyposażenia i wykończenia jak przedmiotowe zamówienie – nie można było przewidzieć czegoś, o czym nie było specjalistycznej, szczegółowej wiedzy technicznej wynikającej z praktyki budowlanej (tzw. „sztuka budowlana”). Obiekty piłkarskie – stadiony z uwagi na ich wielkość oraz funkcje są obiektami specyficznymi: służą do organizacji imprez masowych (w wielu przypadkach o podwyższonym ryzyku), występuje na nich złożoność aspektów przeciwpożarowych (drogi ewakuacyjne, strefy pożarowe), a nie mają jednoznacznego charakteru obiektu zarówno kubaturowego jak i otwartego.

8. Wykładnia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp winna uwzględniać przepisy innych aktów prawnych, do których stosowania zobowiązany jest zamawiający, w tym ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych, nakazującej gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań dla uwzględnienia obiektywnych okoliczności związanych z nieprzewidywalnym charakterem sytuacji wynikających z przebiegu procesu inwestycyjnego. Wprowadzone zmiany miały na celu ograniczanie kosztów wynikających z późniejszej eksploatacji obiektu. Nie sposób jest odpowiedzialnie rozdzielić takiego wydatkowania środków przez jednostkę samorządu terytorialnego na okresy przed zakończeniem inwestycji i w fazie jej eksploatacji jako dwóch niezwiązanych ze sobą elementów. Wykonania inwestycji w sposób niezapewniający wydatkowania środków publicznych w okresie eksploatacyjnym może narazić zamawiającego w przyszłości na zarzuty niegospodarności.

9. mając na uwadze interpretacje przedmiotowego przepisu ustawy Pzp zawarte m.in. w:

- Orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 22.04.2010 r. (BDF1/4900/27/33/10/648),
- Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.07.2011 r. (KIO/KD 51/11)

należy wskazać, iż konieczność udzielenia zamówień dodatkowych wynikała z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania postępowania przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności. Nie są to zamówienia dodatkowe, które należało udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego czy też zaniedbań lub zaniechań ze strony Zamawiającego, a niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówień dodatkowych miała charakter obiektywny, w wyniku niezawinionych i niezależnych od Zamawiającego okoliczności. Zamówienia dodatkowe były też niezbędne dla należytego wykonania umowy przez wykonawcę – ich brak mógł spowodować, że zamówienie podstawowe

nie zostałyby zrealizowane w sposób prawidłowy, zgodnie z potrzebami zamawiającego.

W związku z przedstawianymi po raz kolejny wyjaśnieniami w sprawie nie zachodzą żadne przesłanki do utrzymania przedmiotowych zapisów w „Wystąpieniu pokontrolnym” z dnia 25.05.2012 r.

3. Dotyczy długu publicznego

W wystąpieniu pokontrolnym z dnia 25.05.2012 r. na stronie 16 została przedstawiona informacja związana z zawarciem w 2011 r. dwóch umów pożyczek dotyczących:

- umowy nr 3/2011/21/OA/no/P z dnia 20.01.2011 r. dla zadania „*Termomodernizacja budynku przedszkola Miejskiego nr 16 przy ul. Sportowej 17 w Gliwicach*”

- umowy nr 304/2011/21/OA/oe/P z dnia 10.11.2011 r. dla zadania „*Termomodernizacja budynku Miejskiego Zespołu ds. Orzekania o Niepełnosprawności przy ul. Bojkowskiej 20 w Gliwicach*”,

ze wskazaniem, że powyższe umowy zostały zawarte przez Miasto Gliwice przed uzyskaniem opinii składu Orzekającego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach o możliwości spłaty pożyczki przez Miasto Gliwice. Zgodnie z postanowieniami art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 27.08.2009r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009.157.1240) w przypadku ubiegania się przez jednostkę samorządu terytorialnego o kredyt lub pożyczkę na cel, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i art. 90, zarząd tej jednostki jest obowiązany uzyskać opinię regionalnej izby obrachunkowej o możliwości spłaty kredytu lub pożyczki.

Dla ww. umów przedmiotowe pozyskano odpowiednio:

- opinię wydaną na mocy uchwały nr 4100/IV/37/2011 z dnia 07.02.2011 r. IV Składu Orzekającego Regionalnej izby Obrachunkowej w Katowicach.

- opinię wydaną na mocy uchwały nr 4100/IV/151/2011 z dnia 15.11.2011 r. IV Składu Orzekającego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach.

Powyższa informacja, nie zawierająca żadnych wniosków pokontrolnych, wymaga ponownego wyjaśnienia i wniesienia zastrzeżeń o jej bezprzedmiotowości, mimo, że takie były już składane na etapie kontroli i zostały opisane w protokole kontroli z dnia 28.03.2012 r.

Wniosek do Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach o dofinansowanie w formie pożyczki i dotacji dla zadania „*Termomodernizacja budynku przedszkola Miejskiego nr 16 przy ul. Sportowej 17 w Gliwicach*” został złożony w dniu 22.10.2010r., natomiast wniosek o dofinansowanie w formie pożyczki i dotacji dla zadania „*Termomodernizacja budynku Miejskiego Zespołu ds. Orzekania o Niepełnosprawności przy ul. Bojkowskiej 20 w Gliwicach*” został złożony w dniu 23.05.2011 r.

Zgodnie z częścią finansową wniosku (C 1, pkt III) składaną przez jednostki samorządu terytorialnego Pożyczkobiorca zobowiązany jest do złożenia niezbędnych dokumentów do zawarcia umowy pożyczki na wnioskowane zadanie. Natomiast zgodnie z pkt IV tej części wniosku Pożyczkobiorca zobowiązany jest do dostarczenia dokumentów niezbędnych do wypłaty środków zgodnie z zawartą umową, tj. pozytywnej opinii RIO o możliwości spłaty pożyczki;

W obydwu umowach z WFOŚiGW w Katowicach (paragraf 8) została zawarta klauzula, iż „Pożyczkobiorca zobowiązuje się dostarczyć do dnia wypłaty pożyczki pozytywną opinię Regionalnej Izby Obrachunkowej o możliwości spłaty pożyczki”. Zapisy „Ogólnych warunków zawierania umów i wypłaty środków przez WFOŚiGW w Katowicach”, stanowiące integralną część umów pożyczkowych, precyzują tryb postępowania w przypadku niezłożenia przez Pożyczkobiorcę dokumentów określonych w umowie w terminie 6 tygodni od terminu ustalającego termin wypłaty kwoty pożyczki - w takim przypadku strony renegocjują nowy termin wypłaty kwoty pożyczki, a w razie niezłożenia wymaganych dokumentów w terminie do trzech miesięcy umowa wygasa (§ 3 pkt 2 Ogólnych warunków); Zgodnie z uchwałą Zarządu Funduszu nr 1762/2010 z 03.12.2010 r. (stanowiącą podstawę zawarcia umowy z dnia 20.01.2011 r.) oraz uchwałą Zarządu Funduszu nr 1230/2011 z dnia 11.08.2011 r. (stanowiącą podstawę zawarcia umowy z dnia 10.11.2011 r.) nie zawarcie umowy pożyczki w ciągu trzech miesięcy od daty podjęcia uchwały powoduje, że uchwała ta wygasa. Tak więc umowa nr 304/2011/21/ OA/oe/P z dnia 10.11.2011 r. została podpisana w ostatnim dniu okresu ważności uchwały.

Mając na uwadze powyższe okoliczności podpisane przez Miasto Gliwice umowy pożyczek z WFOŚiGW o dofinansowanie wskazanych wyżej zadań są umowami warunkowymi, zawartymi pod negatywnym warunkiem rozwiązującym w rozumieniu art. 89 k.c. (brak opinii RIO w określonym terminie powoduje wygaśnięcie umowy). Dodatkowo do czasu przekazania opinii RIO Pożyczkodawcy realizacja tej umowy jest wstrzymana, gdyż kwota pożyczki nie może zostać wypłacona.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy o finansach publicznych w przypadku ubiegania się o pożyczkę zarząd jednostki samorządu terytorialnego jest zobowiązany do uzyskania opinii regionalnej izby obrachunkowej o możliwości jej spłaty. Przepis ten nie definiuje pojęcia „ubiegania się” o pożyczkę. W potocznym rozumieniu synonimem „ubiegania się” o coś jest „staranie się”, czy „występowanie” o coś. W związku z tym zawarcie warunkowej umowy pożyczki, której skuteczność i ważność zależy od uzyskania pozytywnej opinii RIO jest jednym z etapów „ubiegania się” o tę pożyczkę. Dopiero bowiem uzyskanie opinii RIO powoduje sytuację, w której wiadomo, że negatywny warunek rozwiązujący nie będzie miał miejsca. Przekazanie tej opinii Pożyczkodawcy stanowi podstawę do uruchomienia środków.

W przypadku umowy z dnia 20.01.2011r. przekazanie środków z pożyczki nastąpiło w dniu 16.02.2011r. a więc w następnym dniu po dostarczeniu Pożyczkodawcy pozytywnej opinii RIO (co miało miejsce w dniu 15.02.2011r.). Jeśli chodzi o umowę z dnia 10.11.2011r. to Miasto Gliwice dostarczyło Pożyczkodawcy opinię RIO w dniu 01.12.2011r., natomiast przekazanie środków z pożyczki nastąpi do 31.05.2012r.

W związku z przedstawianymi po raz kolejny wyjaśnieniami w sprawie nie zachodzą żadne przesłanki do utrzymania przedmiotowych zapisów w „Wystąpieniu pokontrolnym” z dnia 25.05.2012 r.

4. Wniosek nr 14

Wniosek ten dotyczy umów użyczenia zawieranych z Ośrodkiem Pomocy Społecznej. Zarzut podnoszony przez Kontrolującego dotyczy rzekomego zaniechania przekazania nieruchomości jednostce w trwały zarząd. Zgodnie z regulacją art. 18 ustawy o gospodarce nieruchomościami nieruchomości mogą być oddawane jednostkom organizacyjnym

w trwały zarząd, najem i dzierżawę oraz użyczane na cele związane z ich działalnością. Nieaktualne tezy piśmiennictwa z 1999 r. twierdzące, że umowy najmu dzierżawy lub użyczenia zawierana między jednostką samorządu terytorialnego i jej jednostką organizacyjną są trudne do zaakceptowania, zostały wyparte przez pogląd jak najbardziej dopuszczający zawieranie takich umów prezentowany np. w komentarzu do ustawy o gospodarce nieruchomościami z 2001r. Umowy użyczenia zawierano na wniosek jednostki organizacyjnej, natomiast pogląd prezentowany w najświeższym komentarzu do ustawy o gospodarce nieruchomościami stwierdzający, że trwały zarząd nie może być ustanowiony bez wniosku jednostki organizacyjnej jest jak najbardziej słuszny i w pełni oddaje prosty i czytelny zapis art. 44 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami „z wnioskiem o ustanowienie trwałego zarządu występuje jednostka organizacyjna”. Wniosek kontroli nakazuje podjąć działania zmierzające do uregulowania formy prawnej władania nieruchomością przez OPS poprzez zastosowanie art. 61 Kodeksu Postępowania Administracyjnego. Artykuł ten mówi o możliwości wszczęcia z urzędu postępowania administracyjnego, w sytuacji uwzględniającej szczególnie ważny interes strony. Obowiązkiem organu jest uzyskanie w trakcie prowadzonego postępowania zgody strony na prowadzone postępowanie.

W przypadku OPS Kontrolowany prowadził postępowanie na wniosek strony o zawarcie umowy użyczenia, żaden przepis nie zabrania zawierania umów użyczenia pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego oraz ich jednostkami organizacyjnymi.

Nie wnosimy zastrzeżeń, co do możliwości ustanowienia na rzecz OPS trwałego zarządu na użyczanych do tej pory nieruchomościach. Stoimy jednak na stanowisku, że w przypadku ustanowienia trwałego zarządu wszczęcie postępowania możliwe jest jedynie na wniosek strony i nie zachodzą przesłanki do zastosowania przepisu szczególnego tj. art. 61 Kodeksu Postępowania Administracyjnego.

Naszym zdaniem Kontrolujący proponuje niewłaściwe zastosowanie art. 61 kpa, biorąc pod uwagę, iż OPS posiada tytuł prawny do nieruchomości prawidłowy z punktu widzenia ustawy o gospodarce nieruchomościami, zatem nie można uzasadnić szczególnie ważnego interesu strony dla uzyskania tytułu prawnego w postaci trwałego zarządu.

Z poważaniem

PREZYDENT MIASTA
Zygmunt Frankiewicz

Kopia: DYR aa