



Uchwała Nr 78/IV/2023

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach

z dnia 9 lutego 2023 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Wójta Gminy Bobrowniki do wniosku zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 29 grudnia 2022 r.

Na podstawie art. 25b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1668) - **Kolegium** Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach **u c h w a l a**, co następuje:

§ 1

Oddala się zastrzeżenia wniesione przez Wójta Gminy Bobrowniki do wniosku zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach znak: WK-611/8/4/21/22 z dnia 29 grudnia 2022 r.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach na posiedzeniu w dniu 9 lutego 2023 r. dokonało rozpatrzenia zastrzeżeń Wójta Gminy Bobrowniki zgłoszonych do wystąpienia pokontrolnego Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach znak: WK-611/8/4/21/22 z dnia 29 grudnia 2022 r. Wystąpienie pokontrolne zostało doręczone do kontrolowanej jednostki drogą elektroniczną, za pośrednictwem Elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej ePUAP w dniu 30 grudnia 2022 r.

W dniu 13 stycznia 2023 r. do tut. Izby wpłynęły zastrzeżenia Wójta Gminy Bobrowniki z dnia 10 stycznia 2023 r. skierowane do Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej Katowicach, za pośrednictwem Prezesa Izby.

Dokonując analizy treści pisma zawierającego zastrzeżenia, Kolegium Izby stwierdziło na wstępie, że zastrzeżenia zostały złożone w terminie określonym w art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1668), zwanej w dalszej treści „ustawą o rio”, tj. w terminie 14 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego i podlegają rozpatrzeniu.

Pismo z dnia 10 stycznia 2023 r. wniesione przez Wójta Gminy Bobrowniki do Kolegium tut. Izby opatrzone zostało tytułem „Zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego”. Wójt Gminy Bobrowniki zgłosiła zastrzeżenia do doręczonego w dniu 30 grudnia 2022 r. wystąpienia pokontrolnego z dnia 29 grudnia 2022 r. (znak: WK-611/8/4/21/22), skierowanego do kontrolowanej jednostki na podstawie wyników przeprowadzonej kontroli w zakresie realizacji wydatków z uwzględnieniem zamówień publicznych, za okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia zakończenia kontroli, tj. do dnia 21 stycznia 2022 r.

W pkt 1 ww. pisma podniesiono zarzut o charakterze formalnym, tj. naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy o rio, cyt. *„poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wystosowaniu do kontrolowanej jednostki wystąpienia pokontrolnego z naruszeniem ustawowego terminu zawitego, tj. 60 dni od dnia zakończenia kontroli w jednostce, co skutkuje tym, iż wystosowane wystąpienie z dnia 29 grudnia 2021 r. (pisownia oryginalna) z przyczyn formalnych nie może wywołać przewidzianych w ustawie skutków prawnych, albowiem ze względu na niedochowanie ustawowego terminu 60 dni na wystosowanie wystąpienia pokontrolnego do kontrolowanej jednostki, organ nadzoru utracił bezpowrotnie możliwość wystąpienia z takim wystąpieniem pokontrolnym”*.

W kolejnych punktach zamieszczonych we wniesionym piśmie, tj. od pkt 2 do pkt 10, zostały sformułowane zarzuty odnoszące się do naruszeń wskazanych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) , tj. art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 17 ust. 2 oraz art. 7 ust. 2; art. 67 ust. 8 i 9 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b); art. 36a ust. 2a; art. 36a ust. 2a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12-15; art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3; art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6; art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1; art. 91 ust. 2 pkt 5; art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6; art. 91 ust. 2d w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7; art. 32 ust. 1; art. 38 ust. 4a pkt 2; art. 144 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 144 ust. 1b.

Sformułowane zarzuty odnosiły się do treści ustaleń dokonanych w toku przeprowadzonej kontroli problemowej w zakresie udzielania zamówień publicznych w Gminie Bobrowniki, w postępowaniach dotyczących realizacji kilku zadań, tj.: zamówienia in-house pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Sołectwie Bobrowniki”, zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w zadaniu pn. „1. Budowa kanalizacji sanitarnej w sołectwie Sączów-Etap III”; 2. Budowa sieci kanalizacji w zlewni ul. Podraszkowie, Kolejowa i Tadeusza Kościuszki w Rogoźniku; 3. Zakup samochodu specjalistycznego oraz agregatu prądotwórczego” w ramach projektu POIS.02.03.00-00-0113/17 pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Bobrowniki”.

W końcowej części sentencji pisma Wójt Gminy Bobrowniki wniosła o *„uchylenie stwierdzonych nieprawidłowości oraz zaleceń pokontrolnych w całości, jako bezprzedmiotowych”*.

Ponadto sformułowano wniosek o charakterze formalnym w następującym brzmieniu: *„Jednocześnie o rozpoznanie wniesionych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego na posiedzeniu jawnym Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach (lub przy wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległości), aby umożliwić przedstawicielom jednostki kontrolowanej udział i przedstawienie ustnego stanowiska w sprawie”*.

Odniesiono się również do okoliczności związanych z odmową podpisania protokołu z przeprowadzonej kontroli.

Na poparcie przytoczonych zarzutów sformułowano szczegółowe uzasadnienie, w którym dokonano analizy przepisów prawnych, których naruszenie wskazano w pkt 1- 10 przedmiotowego pisma.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach ustaliło, co następuje:

W dniach od 29 listopada 2021 r. do 21 stycznia 2022 r. w Urzędzie Gminy Bobrowniki została przeprowadzona - przez inspektorów Wydziału Kontroli Gospodarki Finansowej Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach - kontrola problemowa w zakresie realizacji wydatków z uwzględnieniem zamówień publicznych. Kontrola obejmowała okres od 1 stycznia 2019 r. do dnia zakończenia kontroli, tj. do dnia 21 stycznia 2022 r. W dniu 15 lutego 2022 r. pozostawiono w jednostce kontrolowanej protokół z przeprowadzonej kontroli do podpisu i powiadomiono kierownictwo tej jednostki o prawie wynikającym z przepisów art. 9 ust. 1a ustawy o rio, dotyczącym możliwości odmowy podpisania protokołu i złożenia w ciągu trzech dni od daty jego otrzymania pisemnych wyjaśnień, co do przyczyny tej odmowy.

Wójt Gminy Bobrowniki w dniu 18 lutego 2022 r. odmówił podpisania przedłożonego protokołu i złożyła wyjaśnienia dotyczące przyczyn takiej odmowy, zawarte w piśmie nr OK.1710.2.2021/27. Główną przyczyną wskazanej odmowy podpisania protokołu, w ocenie Wójta Gminy, było następujące stwierdzenie: *„Przedstawiając przyczyny podjętej przeze mnie decyzji o odmowie podpisania protokołu należy w szczególności podkreślić, że przedstawiony do podpisania protokół nie odzwierciedla żadnego ze wskazanych powyżej elementów prawidłowej kontroli. Nie odzwierciedla rzeczywistego przebiegu kontroli, ani stanu faktycznego spraw, których dotyczyła kontrola. W protokole pominięto szereg informacji i faktów, które mają istotne znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego, a były znane kontrolującemu.(...)”*. Na poparcie przedstawionych twierdzeń nie zostały wskazane jednak konkretne stany faktyczne dotyczące poszczególnych zakresów kontroli, które miałyby dotyczyć rozbieżności w zakresie ustaleń stanu faktycznego. Ponadto w treści pisemnych wyjaśnień sformułowane zostały zarzuty o charakterze osobistym w stosunku do inspektora przeprowadzającego kontrolę. W tym samym dniu odmówił podpisania przedmiotowego protokołu również Skarbnik Gminy Bobrowniki i złożyła krótkie wyjaśnienia zamieszczone w piśmie o identycznym nr, jak wyżej.

W dniu 29 marca 2022 r. Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach, działając na podstawie art. 469 pkt 23 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) wystąpił z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wyrażenie stanowiska w zakresie przedstawionych wątpliwości interpretacyjnych, powstałych między organami kontroli, o których mowa w art. 596 ust. 2 ww. ustawy (w tym przypadku pomiędzy Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej a tut. Regionalną Izbą Obrachunkową), które powstały w związku z przeprowadzoną kontrolą w Gminie Bobrowniki, w zakresie stosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych.

O skierowaniu takiego wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powiadomiono Wójta Gminy Bobrowniki pismem znak: WK-611/8/4/21/22 z dnia 19 kwietnia 2022 r., w którym wskazano m.in., że po otrzymaniu ww. stanowiska Prezesa UZP tut. Izba skieruje do kontrolowanej jednostki wystąpienie pokontrolne, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy o rio. Pomimo znacznego upływu czasu – tj. do końca 2022 r. - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie przekazał oczekiwanego stanowiska.

W związku z długotrwałym brakiem oczekiwanego stanowiska Prezesa UZP w dniu 29 grudnia 2022 r. zostało skierowane do Wójta Gminy Bobrowniki wystąpienie pokontrolne znak: WK-611/8/4/21/22, w którym zostały wskazane źródła i przyczyny nieprawidłowości, ich rozmiary

i osoby odpowiedzialne. W wystąpieniu został zawarty wniosek Nr 1, zmierzające do ich usunięcia nieprawidłowości i usprawnienia badanej działalności kontrolowanej jednostki, o następującej treści:

„Wzmocnić nadzór nad pracownikami Urzędu Gminy Bobrowniki oraz innymi osobami po stronie Instytucji Zamawiającej, w tym nad członkami komisji przetargowej, w zakresie:

Ø prawidłowego udzielania zamówień publicznych typu in-house w trybie z wolnej ręki, co w szczególności dotyczy: weryfikacji przesłanek ustawowych, umożliwiających zastosowania trybu z wolnej ręki oraz zapewnienia, żeby Wykonawca, któremu udzielono zamówienia typu in-house, osobiście wykonywał części zamówienia, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia;

Ø prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie kluczowych zasad w systemie prawa zamówień publicznych, takich jak: zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, co w szczególności dotyczy:

- przeciwdziałania sytuacjom, w których czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonywałyby osoby, pozostające w takich relacjach z wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, które mogłyby mieć wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje;

- ustalania z należytą starannością wartości szacunkowej zamówienia;

- określenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej z poszanowaniem zasady proporcjonalności a także zasady uczciwej konkurencji oraz w sposób pozwalający dokonać oceny zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

- stosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, dotyczących organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia kluczowego personelu wyłącznie w przypadkach, kiedy rzeczywiście może to mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia oraz w sposób zapewniający udział kluczowego personelu wykonawcy, ocenianego w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w realizacji zamówienia;

- rzetelnego badania i oceny ofert, w szczególności weryfikowania z należytą starannością czy oferta, która została najwyżej oceniona, nie podlega odrzuceniu ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium;

- każdorazowego zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeń o zmianie ogłoszenia, w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;

- dokonywania istotnych zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie wówczas, gdy

dochowane zostały ustawowe przesłanki zmiany umowy, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy,

stosowanie do przepisów odpowiednio: 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 214 ust. 4, 5, 6 i 9; art. 56 ust. 1 i 2 pkt 4; art. 28; art. 112 ust. 1; art. 242 ust. 2 pkt 5; art. 226 ust. 1 pkt 14; art. 286 ust. 9; art. 455 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) oraz motywu (94) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.)”.

Po skierowaniu ww. wystąpienia do Wójta Gminy Bobrowniki, w dniu 13 stycznia 2023 r. do Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach wpłynęło stanowisko Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych (znak: DKZP.WKZ4.446.9.2022.MRD, inne/45/22/DKZP), będące odpowiedzią na przesłany wniosek z dnia 29 marca 2022 r. o wyrażenie stanowiska w zakresie przedstawionych wątpliwości interpretacyjnych, powstałych między organami kontroli. W dniu 18 stycznia 2023 r. Wójt Gminy Bobrowniki, w związku z otrzymaniem stanowiska Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych, skierowała do Kolegium tut. Izby pismo wnioskujące o uwzględnienie przedstawionych w piśmie wyjaśnień oraz ww. stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych przy rozpatrywaniu przez Kolegium zgłoszonych zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych.

Biorąc pod uwagę zgromadzone w przedmiotowej sprawie dokumenty Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach zważyło, co następuje:

Stosownie do regulacji zawartej w art. 9 ust. 2 ustawy o rio izba - na podstawie wyników przeprowadzonej kontroli izba - kieruje do kontrolowanej jednostki wystąpienie pokontrolne, wskazując źródła i przyczyny nieprawidłowości, ich rozmiary, osoby odpowiedzialne oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności. Wystąpienie pokontrolne przekazuje się kontrolowanej jednostce nie później niż w terminie 60 dni od dnia podpisania protokołu kontroli. Zgodnie z art. 9 ust. 3 i 4 tej ustawy kontrolowana jednostka jest obowiązana w terminie 30 dni od dnia doręczenia wystąpienia zawiadomić izbę o wykonaniu wniosków lub o przyczynach ich niewykonania.

Do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżenia do kolegium izby, stosownie do regulacji zawartej w art. 9 ust. 3 zd. 2 ustawy o rio.

Zastrzeżenie składa właściwy organ jednostki kontrolowanej w terminie 14 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego za pośrednictwem prezesa izby. Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

Zgodnie z art. 25b ust. 2-4 ustawy o rio kolegium może zastrzeżenia oddalić lub uwzględnić. Przed rozstrzygnięciem sprawy kolegium może zarządzić przeprowadzenie dodatkowych czynności kontrolnych. Uchwały kolegium w sprawach odwoławczych zapadają zwykłą większością głosów, na posiedzeniu niejawnym, a rozpatrzenie zastrzeżenia powinno nastąpić w terminie 30 dni.

Przystępując do rozpatrzenia wniesionych zastrzeżeń przez Wójta Gminy Bobrowniki Kolegium Izby odniosło się w pierwszej kolejności do dwóch wniosków o charakterze formalnym, które zostały sformułowane we wniesionym piśmie.

Pierwszy z wniosków, zawarty w pkt 1. pisma dotyczył naruszenia, w ocenie Wójta Gminy Bobrowniki, art. 9 ust. 2 ustawy o rio, „(...) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wystosowaniu do kontrolowanej jednostki wystąpienia pokontrolnego z naruszeniem ustawowego terminu zawitego, tj. 60 dni od dnia zakończenia kontroli w jednostce, co skutkuje tym, iż wystosowane wystąpienie z dnia 29 grudnia 2021 r. z przyczyn formalnych nie może wywołać przewidzianych w ustawie skutków prawnych, albowiem ze względu na niedochowanie ustawowego terminu 60 dni na wystosowanie wystąpienia pokontrolnego do kontrolowanej jednostki, organ nadzoru utracił bezpowrotnie możliwość wystąpienia z takim wystąpieniem pokontrolnym”. Jako uzasadnienie powyższych twierdzeń Wójt Gminy przywołała konstytucyjną zasadę legalizmu, wyrażoną w art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. W końcowej treści uzasadnienia wskazano, iż „Przedkładając powyższe na grunt analizowanego problemu, należy jednoznacznie wskazać, że organ kontroli nie był uprawniony po zakończeniu kontroli wystosować do kontrolowanej jednostki wystąpienia pokontrolnego z przekroczeniem 60 dniowego terminu od jej zakończenia. Uprawnienie to bezpowrotnie wygasło wskutek upływu terminu. Ustawodawca nie przewidział możliwości wydłużenia tego terminu, niezależnie od tego jakie przyświecały ku temu przesłanki organowi kontrolnemu. Tym samym naruszenie tego terminu stanowi niewątpliwie, iż sporządzone wystąpienie pokontrolne nie mogło wywołać zamierzonego ustawą RIO skutku prawnego”.

Odnosząc się do tak sformułowanego wniosku Kolegium Izby stwierdza, co następuje:

Konstytucyjna zasada legalizmu nakłada na organy władzy publicznej wymóg działania na podstawie i w granicach prawa. Wymóg ten nie może być jednakże adresowany wyłącznie do

wybranego, jednostkowego przepisu prawa, z pominięciem funkcjonowania systemu prawa, w jakim dana norma obowiązuje. W analizowanym przypadku bezspornym jest fakt, iż wystąpienie pokontrolne zostało skierowane do jednostki kontrolowanej z przekroczeniem 60 dniowego terminu, określonego w art. 9 ust. 2 ustawy o rio. Przyczyną takiego stanu rzeczy nie była jednakże w żadnym przypadku opieszałość w działaniu organu kontrolnego lecz wyłącznie wymóg wynikający z obowiązującej aktualnie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), a w szczególności z Działu XI. Kontrola udzielania zamówień. Stosując się do regulacji tam zawartej, w związku z zaistniałymi rozbieżnościami które wystąpiły w zakresie przeprowadzonej kontroli pomiędzy dwoma organami kontroli, tj. Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej a tut. Regionalną Izbą Obrachunkową, Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej, działając w trybie art. 469 pkt 23 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych, wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o wyrażenie przez ten organ stanowiska w zakresie wątpliwości interpretacyjnych, powstałych pomiędzy wskazanymi organami kontroli. Wystąpienie do Prezesa UZP, będące realizacją ustawowego wymogu, zostało skierowane w dniu 29 marca 2022 r., tj. przed upływem terminu do skierowania wystąpienia pokontrolnego do kontrolowanej jednostki i o tym fakcie została powiadomiona Wójt Gminy Bobrowniki stosownym pismem Prezesa tut. Izby z dnia 19 kwietnia 2022 r. Kolegium wzięło pod uwagę fakt, iż skutki takiego obligatoryjnego działania nie zostały odzwierciedlone w treści ustawy o rio, tj. aktu prawnego, który obowiązuje od ponad 30 lat i nie uwzględnia konsekwencji wprowadzonego obowiązku związanego z koniecznością m.in. uzyskania stanowiska Prezesa UZP w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli, o których mowa w art. 596 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Kolegium nie podzieliło twierdzenia Wójta Gminy Bobrowniki, jakoby ten termin 60 dniowy, wskazany w art. 9 ust. 2 ustawy o rio, miał charakter terminu zawitego. Od roku 2003, w którym wprowadzono zapis dot. tego terminu do ustawy o rio, w doktrynie prezentowany jest pogląd, iż termin ten ma charakter instrukcyjny. Istota jego określenia polegała na konieczności uniknięcia sytuacji nadmiernej rozbieżności między czasem realizacji ustaleń a określeniem sposobu wyeliminowania nieprawidłowości w wystąpieniu pokontrolnym. Przekroczenie tego terminu nie oznacza w związku z tym, że izba traci prawo do wystosowania wystąpienia pokontrolnego, zaś kontrolowana jednostka jest uprawniona na tej podstawie do niezrealizowania wniosków i dalszego funkcjonowania w sprzeczności z prawem. Naruszenie tego terminu nie może powodować żadnych innych skutków, a w szczególności być podnoszone przez kontrolowany podmiot jako podstawa pominięcia zaleceń pokontrolnych (zob. Regionalne izby

obrachunkowe, charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy pod red. M. Steca, wyd. Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2010). Z tych względów Kolegium Izby postanowiło dokonać rozpatrzenia wniesionych zastrzeżeń.

Odnosząc się z kolei do drugiego ze sformułowanych wniosków o charakterze formalnym, o następującej treści: „ (...) wnoszę o rozpoznanie wniesionych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego na posiedzeniu jawnym Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej (lub przy wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległość), aby umożliwić przedstawicielom jednostki kontrolowanej udział i przedstawienie ustnego stanowiska w sprawie”, Kolegium Izby wyjaśnia, że zgodnie z art. 25b ustawy o rio uchwały kolegium w sprawach odwoławczych zapadają zwykłą większością głosów, na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym, ustalając taki rodzaj posiedzenia, ustawa nie przewidziała możliwości udziału przedstawicieli jednostki kontrolowanej w toku rozpatrywania zastrzeżeń.

Przechodząc do analizy treści pisma zawierającego zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego Kolegium Izby stwierdza, co następuje:

Z przytoczonych powyżej regulacji prawnych wynika jednoznacznie, że przesłanką wniesienia zastrzeżeń przez kontrolowaną jednostkę może być wyłącznie zarzut błędnej wykładni prawa lub jego niewłaściwe zastosowanie. Przesłanką nie może być zatem błędne ustalenie stanu faktycznego w protokole kontroli, albowiem prawo zgłoszenia zastrzeżenia obejmuje wyłącznie wnioski zawarte w wystąpieniu pokontrolnym. W związku z powyższym należy podkreślić, że treści wniosku Nr 1 do wystąpienia pokontrolnego, zostały sformułowane jedynie stwierdzenia zmierzające do podjęcia przez kontrolowanego własnych działań o charakterze organizacyjnym, kadrowym, merytorycznym itp. mające na celu usprawnienie sposobu funkcjonowania jednostki, w oparciu o aktualny stan prawny, tj. przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Sformułowany wniosek dot. konieczności wzmocnienia nadzoru nad pracownikami Urzędu Gminy Bobrowniki oraz innymi osobami po stronie Instytucji Zamawiającej, w tym nad członkami komisji przetargowej, w zakresie wskazanych elementów postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych, ze swej istoty ma cechy zalecenia przyszłościowego i nie zawiera dyspozycji o charakterze dyrektywnym, nakazującym rozstrzygnięcie konkretnych, imiennie wskazanych stanów faktycznych. Podkreślić wyraźnie należy, że w treści sformułowanego wniosku Nr 1 wskazane zostały aktualnie obowiązujące przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), tj. art. 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 214 ust. 4, 5, 6 i 9; art. 56 ust. 1 i 2 pkt 4; art. 28; art. 112 ust. 1; art. 242 ust. 2 pkt 5; art. 226 ust. 1 pkt 14; art. 286

ust. 9; art. 455 ust. 2 oraz motywu (94) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.)”. Do tych aktualnie obowiązujących przepisów nie sformułowano zarzutów naruszenia prawa poprzez błędną ich wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, a wyłącznie do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia stosownych zastrzeżeń do kolegium izby, o czym jednoznacznie przesądza treść art. 9 ust. 3 ustawy o rio. Wszelkie działania Kolegium, wykraczające poza granice tego ustawowego upoważnienia byłyby nieuprawnione.

Należy przy tej okazji również podkreślić, że zarzut błędnej wykładni prawa, jako przesłanka wniesienia zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych, wymusza odpowiednie sformułowanie treści zastrzeżeń przez składającego zastrzeżenia. Przy ustalaniu znaczenia pojęcia błędnej wykładni prawa pomocne może być orzecznictwo Sądu Najwyższego, ukształtowane na tle przepisów postępowania cywilnego określających podstawę wniesienia skargi kasacyjnej, na co powołuje się w szczególności doktryna przedmiotu. Na tej podstawie można wskazać, że w przypadku formułowania takiego zarzutu:

- należy podać przepis, którego dotyczy zarzut błędnej wykładni, blankietowe powołanie się na naruszenie prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię nie jest wystarczające dla uznania wnoszonych zarzutów jako kwestionujących prawidłowość wykładni,
- należy podać na czym polega błędna wykładnia, a w szczególności jakie dyrektywy ona narusza,
- należy wskazać, jaka jest prawidłowa wykładnia i w oparciu o jakie dyrektywy i argumenty podnoszący zarzut ją ustalił.

Z kolei zarzut naruszenia prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie może mieć postać błędnej subsumcji. Wadliwa subsumcja wyraża się w szczególności między ustalonym stanem faktycznym a hipotezą zastosowanej normy prawnej, na błędnym przyjęciu czy zaprzeczeniu związku zachodzącego między faktem ustalonym w procesie a normą prawną. doktrynie przyjmuje się, że naruszenie prawa poprzez jego niewłaściwe zastosowanie może być również efektem oparcia się na normie prawnej nieistniejącej lub przyjęcia, że nie istnieje norma prawna.

Kolegium Izby wskazuje ponadto, że wystąpienie pokontrolne kierowane przez regionalną izbę obrachunkową do kontrolowanej jednostki, jako zawierające jedynie ustalenia dotyczące określonego stanu faktycznego oraz wnioski zmierzające do wyeliminowania stwierdzonych nieprawidłowości, nie stanowi rozstrzygnięcia nadzorczego ani nie jest też aktem władczej ingerencji w strefę

działalności kontrolowanej jednostki. Nie nosi takich cech także ewentualny pogląd kolegium izby, potwierdzający bądź niepotwierdzający trafności wniosków pokontrolnych w trybie uchwały oddalającej lub uwzględniającej zastrzeżenia do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym. W ustawie o rio w sposób wyraźny rozróżnione zostały funkcje kontrolne i nadzorcze izb i dla każdego z tych zadań przewidziano odrębne formy i środki działania. Skierowanie do właściwej jednostki wystąpienia pokontrolnego jest elementem działania kontrolnego. Przy ustawowym ukształtowaniu relacji pomiędzy kontrolującym a kontrolowanym nie ma w niej elementu nadzoru, czyli prawnej możliwości bezpośredniego ingerowania w działalność kontrolowanego przez podejmowanie działań o charakterze władczym. (zob. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 stycznia 2017 r., II GSK 7/17).

W badanym przypadku wniosek został sformułowany, jako wniosek zmierzający do usprawnienia badanej działalności jednostki. Ma on charakter wskazania na konieczność podjęcia określonych działań bez formułowania określonych nakazów w tym zakresie. Kolegium przywołuje w tym miejscu doświadczenia wynikające z praktyki tut. Izby dot. charakteru prawnego rozpatrzenia zastrzeżeń do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, albowiem jak wskazał m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach, w postanowieniu z dnia 8 grudnia 2015 r. (sygn. akt. I SA/Gl 1337/15), tak określony zakres relacji pomiędzy kontrolującym, a kontrolowanym oznacza, że nie ma w niej elementu nadzoru, czyli prawnej możliwości bezpośredniego ingerowania w działalność kontrolowanego przez podejmowanie działań o charakterze władczym. Uprawnienie organu kontroli, jakim jest izba obrachunkowa, kończy się na opisanie stwierdzonego stanu faktycznego i przedstawieniu jego oceny, zmierzającej do podjęcia przez kontrolowanego własnych działań o charakterze organizacyjnym, kadrowym itp. Nie nosi takich cech także pogląd organu izby - kolegium - potwierdzający (bądź nie) trafność wniosków pokontrolnych w trybie uchwały oddalającej lub uwzględniającej zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego.

Dokonując analizy treści zastrzeżeń Kolegium Izby jednocześnie wskazuje, że prowadzona w treści złożonego pisma Wójta Gminy Bobrowniki polemika z ustaleniami zawartymi w protokole kontroli oraz ze wskazanymi w treści wystąpienia pokontrolnego, - zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy o rio – opisami źródeł i przyczyn stwierdzonych nieprawidłowości, może być ewentualnie wykorzystywana w toku innego rodzaju postępowań, jeżeli takowe będą prowadzone. Mogą w nich być również wykorzystane wszystkie posiadane dokumenty oraz stanowiska poszczególnych instytucji władzy publicznej, a do właściwych organów należeć będzie ich ocena, w oparciu o stosowne regulacje prawne.

Uwzględniając powyższe Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach podjęło uchwałę o oddaleniu wniesionych zastrzeżeń.

Przewodniczący Kolegium

Daniel Kołodziej