

**Pan  
Mieczysław Biernat  
p.o. Dyrektor  
Najwyższej Izby Kontroli  
Delegatury we Wrocławiu**

Wasz znak:  
LWR-4111-04-01/2012

Data:  
09.08.2013 r.

Nasz znak:  
BR.0810-1/12

Data:  
03.09.2013 r.

Na podstawie art. 54 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli wnoszę poniżej zastrzeżenia w zakresie zawartych w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 9 sierpnia 2013 r. ustaleń, ocen, uwag i wniosków.

Zastrzeżenia dotyczą zarówno nierzetelnie ustalonego stanu faktycznego jak i oceny kontrolowanej działalności oraz wniosków pokontrolnych nr 1-9 domagając się ich wykreślenia.

Na wstępie pragnę podnieść, że zgodnie z art. 28 op. cit ustawy jak i § 3 pkt 7 zarządzenia Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 1 września w sprawie postępowania kontrolnego – dyrektor jednostki organizacyjnej NIK w postępowaniu kontrolnym zapewnia rzetelne przedstawienie w wystąpieniach pokontrolnych oceny kontrolowanej działalności. W mojej ocenie przesłane wystąpienie nie odpowiada tym kryteriom biorąc pod uwagę w szczególności okoliczność, że okres objęty kontrolą to lata 2003 –2012, natomiast kontrolujący dokonał nieuzasadnionego zawężenia okresu do lat 2010-2012, tylko wybiórczo badając zagadnienia w faktycznym okresie objętym kontrolą, doprowadzając tym samym do nierzetelnego udokumentowania stanu faktycznego za pełny okres kontroli i niekompletnej – a tym samym również nierzetelnej oceny kontrolowanej nieprawidłowości.

Poniżej przedstawiam zagadnienia wymienione w wystąpieniu pokontrolnym objęte niniejszymi zastrzeżeniami, a mające zasadniczy wpływ na dokonaną przez NIK ocenę:

## 1. Wybrane zagadnienia wydatkowania środków publicznych na realizację zadań związanych z prowadzeniem szkoły wyższej

Okres objęty kontrolą obejmował generalnie lata 2003-2012, w związku z powyższym dla czego zbadano i oceniono tylko takie zagadnienie, które wskazują uchybienia lub nieprawidłowości w zawężonym zakresie, wybiórczo z tych lat. I tak np.:

### 1.1. Zatrudnienie ██████████ na stanowisku Zastępcy Kanclerza PWSZ

Ustawa o szkolnictwie wyższym nie zabrania zatrudnienia Zastępcy Kanclerza nie będącego Kwestorem, a stanowisko Zastępcy Kanclerza wynika na wprost z rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w uczelni publicznej. W związku z tym funkcjonowanie w Uczelni stanowiska Zastępcy Kanclerza nie można uznać za nieprawidłowość. Trudno zgodzić się ze wskazaną przez kontrolującego nieprawidłowością, iż zgodnie z zapisem ustawy stanowisko Zastępcy Kanclerza powinno zostać ustanowione w Statucie Uczelni, zwłaszcza, że nie zostało ono przez NIK w żaden sposób uzasadnione.

Art. 17. ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym wskazany w wystąpieniu pokontrolnym jako podstawa prawna stanowi, że sprawy związane z funkcjonowaniem uczelni nieuregulowane w ustawie określa statut uczelni, zwany dalej „statutem”. Przepis ten wskazuje jedynie, iż statut określa sprawy związane z funkcjonowaniem uczelni. W żaden sposób nie nakazuje aby stanowisko zastępcy kanclerza zostało ustanowione w statucie. Mówi wręcz o sprawach, a nie o stanowiskach czy szczegółowej organizacji uczelni. Idąc takim tokiem rozumowania kontrolującego, każde stanowisko powinno zostać wskazane w Statucie, ponieważ każdy pracownik w jakiś sposób ma związek z funkcjonowaniem Uczelni.

W żadnym natomiast innym miejscu ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym nie ma nakazu ustanowienia stanowiska zastępcy kanclerza w statucie. Stąd też Rektor miał prawo ustanowić to stanowisko w regulaminie organizacyjnym.

Stanowisko Zastępcy Kanclerza funkcjonuje w naszej Uczelni od 2005 r. Wcześniejsze kontrole, także NIK w żaden sposób nie wskazywały braku uregulowań prawnych związanych z jego funkcjonowaniem. Stanowisko Zastępcy Kanclerza nie wynika wprost ze statutu Uczelni. Jednak § 39 ust. 2 pkt 4 Statutu obowiązującego we wrześniu 2010 r. stanowił, iż Kanclerz „określa zakres kompetencji i obowiązków zastępcy kanclerza, przy zastrzeżeniu, że obowiązki i uprawnienia kwestora jako głównego księgowego

regulują odrębne przepisy”. Ponadto § 39 ust. 2 pkt 5 stanowił, że Kanclerz „opracowuje i przedstawia Rektorowi projekt regulaminu organizacyjnego Uczelni, zawierającego organizację i zasady działania administracji Uczelni oraz zakres działania kierowników jednostek organizacyjnych administracji”.

W związku z powyższym stanowisko zastępcy Kanclerza zostało określone w regulaminie organizacyjnym Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy ustalonym zarządzeniem Rektora Nr 5/09 z dnia 5 lutego 2009 r.

Jednocześnie należy zauważyć, że statut Uczelni nie określa stanowisk, na których można dokonać zatrudnienia (przepisy nie wymagają, aby w statucie znalazły się takie postanowienia). Podstawowe stanowiska pracy i wymagania kwalifikacyjne dla pracowników niebędących nauczycielami akademickimi oraz minimalne zaszeregowania wynikają z rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w uczelni publicznej. We wrześniu 2010 r. obowiązywało rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2006 r. (Dz.U. Nr 251 poz. 1852 z późn. zm.). W załączniku nr 3 określony został wykaz podstawowych stanowisk, w którym wykazane zostało zarówno stanowisko zastępcy kanclerza jak i kwestora, co wskazuje, że są to dwa odrębne stanowiska.

Powoływanie się na statuty innych uczelni jest niecelowe, ponieważ każda uczelnia ma prawo ustanawiania własnego statutu i należałoby wskazać także uczelnie, które nie posiadają w statucie zapisu o tym, iż stanowisko zastępcy kanclerza to stanowisko, przy pomocy którego Kanclerz wykonuje swoje obowiązki. Tych NIK jednak nie wskazał.

W kwestii określenia zakresu obowiązków Zastępcy Kanclerza, należy zauważyć, że Kanclerz zgodnie ze statutem miał prawo dokonania podziału obowiązków w taki sposób, aby jak najlepiej realizować cele i zadania uczelni. Brak jest podstaw do kwestionowania dokonanego podziału przy braku znajomości i nie zbadaniu ilości i charakteru czynności wykonywanych w ramach obowiązków służbowych.

Twierdzenie, iż określenie obowiązków Zastępcy Kanclerza w dotychczasowy sposób nie mogło zapewniać należytego wykonania obowiązków przypisanych Kanclerzowi jest bezpodstawne. Nie wskazano bowiem żadnych okoliczności i zdarzeń, które potwierdzałyby takie stanowisko.

Ilość i różnorodność decyzji podejmowanych zarówno przez Kanclerza jak i Zastępcę Kanclerza pozwala na dotychczasowy podział obowiązków w sposób ukształtowany w PWSZ im. Witelona w Legnicy bez żadnego uszczerbku dla uczelni, niezależnie od tego czy dysponuje on środkami publicznymi czy nie. W tym świetle twierdzenie o niecelowym wydatkowaniu kwot na świadczenia

wynikające ze stosunku pracy Zastępcy Kanclerza [REDAKTOR] nie znajdują oparcia w przedstawionym wystąpieniu pokontrolnym.

## **1.2. Wypłata premii i nagród dla Rektora, Prorektorów, Dziekanów, Prodziekanów, Kanclerza i Zastępcy Kanclerza w latach 2010-2012**

Wykazana przez NIK nieprawidłowość w zakresie przyznania Kanclerzowi i Zastępcy Kanclerza premii dotyczy jedynie niewłaściwej podstawy prawnej zarządzenia Rektora w związku ze zmianą rozporządzenia. Nie oznacza to jednak niezgodnego z prawem wypłacania premii, gdyż Uczelnia miała prawo do ich wypłacenia. Przepisy prawa w zakresie premii dla pracowników niebędących nauczycielami de facto nie zmieniły się. Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 5 października 2011 r. w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w uczelni publicznej (Dz. U. z dnia 15 listopada 2011 r.):

„§ 22. 1. Pracownikowi niebędącemu nauczycielem akademickim może być przyznana premia.

2. Premia, o której mowa w ust. 1, jest przyznawana zgodnie z zakładowym regulaminem premiowania, ustalonym przez rektora w uzgodnieniu ze związkami zawodowymi.”

Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 22 grudnia 2006 r. w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w uczelni publicznej (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2006 r.):

„§ 26. 1. Pracownikowi niebędącemu nauczycielem akademickim może być przyznana premia, jeżeli uczelnia w ramach posiadanych środków na wynagrodzenia utworzyła fundusz premiowy.

2. Premia, o której mowa w ust. 1, jest przyznawana zgodnie z zakładowym regulaminem premiowania, ustalonym przez rektora w uzgodnieniu ze związkami zawodowymi.”

Treść przedmiotowych przepisów de facto jest tożsama. Nie zmieniła się także nazwa aktu prawnego. Oba rozporządzenia wydane zostały na podstawie tego samego przepisu (art.151 ust.1) ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym. Nie zmienił się także stan prawny. Zmianie uległa jedynie numeracja artykułów. Powoduje to, iż dotychczasowe Zarządzenie Rektora w swoim kształcie i treści jest zgodne z przepisami prawa, a jedynie należy wskazać inny paragraf i oznaczenie rozporządzenia z 2011 roku. W związku z tym niedopatrznie i tym samym niedokonanie zmiany podstawy prawnej w zakładowym regulaminie premiowania należy potraktować jako uchybienie mniejszej wagi. W związku z tym nie można zgodzić się z treścią ustaleń wskazanych w wystąpieniu

pokontrolnym, że Uczelnia niezgodnie z prawem wypłaciła premię [REDAKTION] i [REDAKTION]. Rozporządzenie, o którym mowa powyżej przewidywało bowiem taki składnik wynagrodzenia. Kontrolujący bezpodstawnie we wniosku pokontrolnym podał, iż wypłacono premie bez podstawy prawnej – co jest niezgodne ze stanem faktycznym. Taka sytuacja zaistniałaby w przypadku wypłaty wbrew zakazowi bądź też w sytuacji nie istnienia przepisów pozwalających na wypłatę świadczeń. Podkreślić także należy, iż niejednokrotnie zdarzają się przypadki, w których pracodawcy nie określają szczegółowo podstaw prawnych wypłaty świadczeń powołując się ogólnikowo np.: na „rozporządzenie z dnia...”, czy „w sprawie”. Nie powoduje to jednak, iż wypłata dokonywana jest niezgodnie z prawem. PWSZ im. Witelona w Legnicy miała więc pełne prawo wypłaty premii.

Jednocześnie należy podkreślić, że w dniu 6 sierpnia 2013 r. wydane zostało nowe zarządzenie Rektora Nr 55/13 w sprawie ustalenia zakładowego regulaminu premiowania dla pracowników niebędących nauczycielami akademickimi. Zarządzenie to utrzymało wcześniej obowiązujące zasady przyznawania premii dla pracowników w tym jej wysokość. W § 4 Regulaminu określono, że wchodzi on w życie z dniem podpisania, z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2012 r. Tym samym doszło do konwalidacji wypłaconej premii od dnia obowiązywania nowego Zarządzenia.

Uczelnia nie może zgodzić się ze wskazaną w wystąpieniu pokontrolnym nieprawidłowością co do przyznania Kanclerzowi nagród w latach 2010-2011, gdyż brak jest jakichkolwiek podstaw uznania tych wypłat jako bezpodstawne. Paragraf 51 ust. 2 Statutu stanowi jedynie, iż pracownik może otrzymać nagrodę Rektora za szczególne osiągnięcia w wykonywaniu zadań służbowych, nie określają natomiast, iż Rektor ma wskazać szczegółowo, za jakie osiągnięcia nagroda zostaje przyznana. To Rektor ocenia pracę między innymi Kanclerzy i to on posiada dokładną wiedzę o nakładzie pracy i wykonywaniu obowiązków przez bezpośrednio mu podlegających pracowników. W tej sytuacji nie ma obowiązku wskazywania za jakie konkretnie "czynności" wykonane przez pracownika (tu: Kanclerza) nagroda zostaje przyznana. Nagroda za znaczący wkład pracy w rozwój Uczelni jest wyrazem uznania za pracę, wykonaną często poza godzinami (kanclerzowi jako kierownikowi nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za godziny nadliczbowe).

### **1.3. Ponoszenie przez PWSZ w latach 2010 -2012 wydatków na wynajmowanie mieszkania dla Rektora Uczelni.**

Zastrzeżenie dotyczy zawartego w pkt 1.3 zarzutu niecelowego wydatkowania środków przez PWSZ w latach 2010-2012 na wynajmowanie mieszkania dla Rektora Uczelni oraz zalecenia pokontrolnego zawartego w pkt 5 wystąpienia w zakresie zrezygnowania z wynajmowania dla Rektora

Uczelni. Ustalenia w zakresie nieprawidłowości jest całkowicie nieuzasadnione i sprzeczne z uchwałą Nr 35/2010 Komisji Rozstrzygającej NIK z dnia 20 października 2010 r., która uwzględniła wniesione przez Uczelnie zastrzeżenia dotyczące wystąpienia pokontrolnego z dnia 16 sierpnia 2010 r., w odniesieniu do podobnego wniosku sformułowanego podczas poprzedniej kontroli.

W poprzednim wystąpieniu pokontrolnym z dnia 16 sierpnia 2010 r. LWR-4101-04-03/2010 na stronie 6 punkt 7 uznano jako niecelowe i niegospodarne sfinansowanie kosztów czynszu za najem lokalu mieszkalnego dla Rektora, jednak ustalenia kontroli w tym zakresie jak również zalecenia pokontrolne, w wyniku złożonych przez kontrolowanego zastrzeżeń, zostały wykreślone. W uchwale nr 35/2010 Komisji Rozstrzygającej w NIK w pkt 1c uwzględniono zastrzeżenia w sprawie oceny niegospodarnego i niecelowego sfinansowania kosztów czynszu najmu lokalu mieszkalnego dla Rektora, skutkiem czego było wykreślenie ustaleń kontroli na stronie 6 pkt 7. Pomimo tych okoliczności NIK nadal kwestionuje poniesiony wydatek, przy czym ograniczył się do stwierdzenia, że wydatek ten jest niecelowy. W trakcie bieżącej kontroli zdaniem Uczelni nadal nie wykazano, że wynajęcie mieszkania nie jest niezbędne do wykonywania funkcji Rektora, jak też, że źródło tego świadczenia powinno wynikać z zapisów umowy, a tym samym stanowi naruszenie prawa oraz, że nie jest celowe.

Przywołanie przepisu art. 13 Ustawy o szkolnictwie wyższym jest całkowicie chybione. Określając zadania Uczelni jako jednostki ustawodawca nie określa uprawnień i świadczeń dla Rektora czy innych pracowników, co oznacza, że jednostka kontrolowana nie naruszyła przywołanego przepisu prawnego. Kontrolujący nie wziął pod uwagę, że Rektor jako najwyższy organ jednoosobowy uczelni realizuje te zadania i niezbędne jest zapewnienie odpowiednich warunków. Odnosząc się natomiast do zarzutu braku zapisu w umowie o przysługującym świadczeniu należy wskazać po pierwsze, że z Rektorem została zawarta umowa o pracę jako z nauczycielem akademickim, a zatem w tym dokumencie nie mogło zostać przyznane takie świadczenie; funkcję Rektora pełni z wyboru, co jest potwierdzone aktem wyboru przez komisję, która nie jest pracodawcą. Abstrahując od okoliczności, że załączony do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzonej przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika - wzorcowy druk umowy o pracę nie przewiduje umieszczania zapisu sugerowanego przez kontrolującego. Dodatkowo należy wskazać, że kontrolujący poza podaniem wysokości poniesieniem kosztów nie wykazał, że mieszkanie o podobnych parametrach w siedzibie uczelni byłoby tańsze. Propozycja zamieszkania przez Rektora w akademiku nie zapewnia warunków do neutralnego funkcjonowania Rektora, a innego wariantu Kontrolujący nie podał; nie wskazał nawet jaki byłby koszt zamieszkania Rektora w akademiku. Rektor z tytułu korzystania z mieszkania odprowadza należny podatek dochodowy.

Uwzględniając powyższe ponowne kwestionowanie ponoszenia kosztów na czynsz za najem lokalu dla Rektora należy potraktować jako nierespektowanie rozstrzygnięcia Komisji Rozstrzygającej, a tym samym całkowicie pozbawione podstaw, zwłaszcza, że okres objętym kontrolą podany na stronie 2 pokrywa się z poprzednimi kontrolami. Zdaniem kontrolowanego, przytoczona przez kontrolującego argumentacja nie uzasadnia niecelowości ponoszenia kosztów na wynajem mieszkania, a zatem zarówno ustalenia w pkt 1.3 jak i zalecenia pokontrolne w pkt 5 powinny zostać wykreślone.

#### **1.4. Bez zastrzeżeń**

#### **1.5. Wykorzystanie samochodu służbowego Audi A6 do celów prywatnych**

##### **w latach 2010-2012**

Zdaniem Uczelni poczynione ustalenia są nierzetelne i mają charakter tendencyjny. Przeprowadzona kontrola dotyczyła okresu 2003-2012, a kontrolujący skupił się jedynie na okresie 2010-2012, jednym samochodem i jednej osobie, która z niego korzystała, nie wskazując żadnych wniosków w tym zakresie. Takie działanie stanowi naruszenie zarówno art. 28 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli jak i § 3 pkt 7 zarządzenia Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 1 września 2011 r. w sprawie postępowania kontrolnego – w zakresie rzetelności przedstawienia oceny, uwag i wniosków. Uczelnia w okresie objętym kontrolą posiadała różne pojazdy, a w czasie podanym w pkt 1.5 dwa, a zatem niezrozumiałym jest ograniczenie się do jednego pojazdu i takiego okresu, biorąc pod uwagę, że przedmiotowy pojazd został zakupiony w 2008 r. oraz do jednej osoby. Takie zawężenie dokonane przez kontrolującego zniekształca wyniki kontroli. Kontrolujący wykazał, że jeden z pracowników na przełomie trzech lat korzystał z pojazdu, przejechał ilość kilometrów, a Uczelnia odprowadziła z tego tytułu odpowiednie zaliczki zobowiązując pracownika do zwrotu określonej kwoty. Przepisy ogólnie obowiązujące nie regulują kwestii umożliwienia pracownikowi skorzystania z pojazdu. Wprowadzono przepisy wewnętrzne w zakresie zasad korzystania przez pracowników Uczelni z samochodów służbowych do celów prywatnych, a zatem wskazana przez kontrolującego nieprawidłowość nie mająca uzasadnienia ani w stanie faktycznym, ani prawnym powinna zostać w całości wykreślona i nie może być uznana jako nieprawidłowość, zwłaszcza wobec faktu, że nie została kompleksowo zbadana.

W przesłanym dokumencie realizacja wniosków pokontrolnych – na str. 1 w 4 akapicie zamiast słów „przez kontrolującego” powinno być „przez kontrolowanego”.

## 1.6. Organizowanie „Juwenaliów” w latach 2010 -2012

W pkt 1.6 wystąpienia NIK stwierdził naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 roku, poz. 907, dalej: ustawa Pzp) w związku z:

1. zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy PWSZ a [REDAKTOR] (dalej: [REDAKTOR]) w dniu 26 marca 2010 roku na organizację i realizację imprez pn. "Juwenalia dla PWSZ im. Witelona w Legnicy" (dalej: Umowa na Juwenalia 2010) - na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. W ocenie NIK „nie występowały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które powodowały, iż zamówienie mogło zostać wykonane przez jednego wykonawcę. Wbrew wyjaśnieniom Prorektor PWSZ wskazującym, iż [REDAKTOR] posiadał rzeczywisty monopol na wykonanie zamówienia w postaci tzw. umów na wyłączność na organizację koncertów gwiazd wybranych przez Uczelnię z umów tych wynika, iż były one podpisywane przede wszystkim z pośrednikami zajmującymi się organizowaniem koncertów, a nie z artystami, co w żaden sposób nie może przesądzać o rzeczywistym monopolu [REDAKTOR] na wykonanie zamówienia”, a także
2. zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy PWSZ a [REDAKTOR] w dniu 20 kwietnia 2011 roku na organizację i realizację imprez pn. "Juwenalia dla PWSZ im. Witelona w Legnicy" (dalej: Umowa na Juwenalia 2011) - na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp. W ocenie NIK „zamówienie nie cechowało się tym, iż mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę ze względu na posiadanie charakteru działalności twórczej i artystycznej. Prorektor PWSZ wyjaśnił, iż w związku z działaniami [REDAKTOR] polegającymi na opracowaniu dokładnego harmonogramu imprezy oraz przez względu na fakt, iż przedmiotem zamówienia jest organizacja koncertu określonego artysty, realizowanego zgodnie ze stworzonym przez wykonawcę (a także artystę) scenariuszem i programem artystycznym, Juwenalia są dziełem o charakterze artystycznym. Pogląd ten nie zasługuje jednak na uwzględnienie, bowiem w rzeczywistości [REDAKTOR] wykonywała działalność w zakresie usług zwykłego pośrednictwa (reprezentacji), która nie jest działalnością o charakterze twórczym i artystycznym”.

W konsekwencji NIK stwierdził nieprawidłowości wydatkowania - niezgodnie z przepisami prawa - środków publicznych w łącznej kwocie 370.800,00 złotych brutto. Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez NIK należy podnieść, iż:

Zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt c ustawy Pzp



Bezasadne jest stanowisko NIK dotyczące braku podstawy prawnej do zawarcia Umowy na Juwenalia 2011 na podstawie art. z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt c ustawy Pzp (tj. usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielania zamówień w zakresie działalności twórczej lub artystycznej).

Nie zgadzając się z opinią NIK podnieść należy, iż w przypadku usług związanych z działalnością twórczą lub artystyczną - dla zamawiającego niezmiernie istotną kwestią są cechy twórcy lub artysty oraz jego twórczość (min. wysoki stopień zindywidualizowania i niepowtarzalności, unikatowy charakter działalności twórczej lub artystycznej, gdzie chodzi w szczególności o sytuację istnienia swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki). W konsekwencji powoduje to, iż wykonanie takiego dzieła przez innego autora nie pozwoliłoby na osiągnięcie zamierzonego rezultatu. W związku z czym, PWSZ (po uzyskaniu opinii studentów, władz PWSZ i gości zaproszonych na Juwenalia 2011) zdecydowała, iż podczas Juwenaliów 2011 główną atrakcją będą występy następujących grup muzycznych: Radiations, Flowers, Hope, Akcent, Marcin Siegienczuk, Boys.

Odnosząc się do uzasadnionej argumentacji prawnej zawarcia Umowy na Juwenalia 2011 zauważyć należy, iż przesłanka dotycząca przyczyn twórczych i artystycznych powinna być interpretowana w oparciu o przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity Dz.U. z 2000 r., Nr 80, poz. 904, dalej: ustawa PAPP)<sup>1</sup>. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy PAPP przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory: 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe); 2) plastyczne; 3) fotograficzne; 4) lutnicze; 5) wzornictwa przemysłowego; 6) architektoniczne, architektoniczno – urbanistyczne i urbanistyczne; 7) muzyczne i słowno-muzyczne; 8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne; 9) audiowizualne (w tym filmowe). W tym miejscu należy zwrócić uwagę na stanowisko Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu, zgodnie z którą „Z powyższego wynika, że do przedmiotu działalności twórczej można zaliczyć wszelkiego rodzaju zamówienia, w wyniku których powstają dzieła mające charakter utworów, tj. takie dzieła, z którymi wiążą się prawa autorskie wykonawcy. Przykładowo wskazać można na (najczęściej zamawiane przez zamawiających) dokumentacje projektowe, koncepcje architektoniczno-urbanistyczne, koncepcje organizacji wystaw, festiwali itp. Bez wątplenia są to utwory w rozumieniu wyżej wymienionej ustawy, do których każdorazowo zastosowanie znajdują przepisy odnoszące się

---

<sup>1</sup> Golań Rafał, Specyfika zamówień publicznych w instytucjach kultury, wyd. Zamówienia Publiczne Doradca, Warszawa 2011

do działalności twórczej”<sup>2</sup>. Co więcej, Regionalna Izba Obrachunkowa wprost wskazała, iż „[...] wybór artysty występującego na określonym festiwalu jest uzasadniony tym, że tylko jeden wykonawca może świadczyć określoną usługę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Taka podstawa prawna jest prawidłowa i można wówczas wybrać konkretnego artystę w trybie zamówienia z wolnej ręki. Konstrukcja art. 67 Pzp pozwala więc na wybranie konkretnego artysty, jednak w każdym takim przypadku należy wskazać, która z przesłanek określonych w tym przepisie ma zastosowanie”.

Uznając, iż PWSZ dopuściła się naruszenia ustawy Pzp zawierając Umowę na Juwenalia 2011 z ██████ NIK nie odniósł się do najistotniejszego faktu, iż ██████ była autorem scenariusza Juwenaliów 2011, a koncerty które organizował i nadzorował były z całą pewnością działaniem artystycznym. Ponadto, przedmiotem zamówienia było opracowanie scenariusza/harmonogramu i organizacja jedyne w swoim rodzaju wydarzenia, składającego się z cyklu przedsięwzięć i koncertów. ██████ posiadało prawa autorskie do koncepcji organizacyjnej/scenariusza Juwenaliów 2011 (która również podlega przepisom ustawy PAPP). W konsekwencji, umowa na Juwenalia 2011 zawarta z ██████ swoim zakresem obejmowała usługę artystyczną.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż ██████ posiadało wyłączność na organizację koncertów gwiazd wybranych przez przedstawicieli i studentów PWSZ w Polsce w tym terminie i zawarło porozumienie (na tzw. „wyłączność”) z wybranymi artystami mającymi wziąć udział w koncertach podczas trwania Juwenaliów. ██████ posiadało również wyłączność na obsługę sceniczną artystów, niezbędną do prawidłowej realizacji zamówienia.

NIK nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego uprawdopodobniającego inne stanowisko. NIK stwierdził jedynie, iż nie można stwierdzić monopolu ██████. Co więcej, NIK nie przeprowadził badania czy możliwe było zawarcie umowy z innym wykonawcą, który miałby możliwość, aby wybrane grupy muzyczne(tj. Radiations, Flowers, Hope, Akcent, Marcin Siegienczuk, Boys) wstąpiły podczas Juwenaliów 2011.

W tym miejscu podkreślić należy, iż ██████ działała w imieniu i na rzecz każdego z artystów, co potwierdzają zapis Umowy na Juwenalia 2011. Przy czym, art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp dopuszcza możliwość udzielania zamówień z wolnej ręki w przypadku zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej, które może być świadczone przez jednego wykonawcę - co nie przesądza, że danego wykonawcę nie może w tym zakresie reprezentować i podpisywać umowy na jego rzecz przedstawicieli (w tym przypadku ██████). Przy czym bez znaczenia jest ilu przedstawicieli dany wykonawca posiada.

---

<sup>2</sup> Tak: Uchwała Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 11 kwietnia 2012 roku, sygn. akt 38/2012

Reasumując, PWSZ nie mogła bezpośrednio zawrzeć umowy (porozumienia) z artystami, którzy wystąpili w ramach koncertów podczas Juwenaliów (tj. Radiations, Flowers, Hope, Akcent, Marcin Siegienczuk, Boys), gdyż takie umowy czy też porozumienia z nimi zawarł wcześniej [REDACTED], zapewniając sobie ich wyłączny udział realizacji zamówienia.

[REDACTED] był więc ich wyłącznym przedstawicielem w zakresie organizacji przedmiotowego koncertu. Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt c) ustawy Pzp mimo braku bezpośredniego stosunku prawnego pomiędzy artystami a zamawiającym została spełniona. Nadto przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt c) ustawy Pzp została spełniona z uwagi na fakt, iż przedmiotem zamówienia jest koncert, sporządzenie określonego scenariusza i programu, w którym występują osoby będące muzykami realizujące utwory w rozumieniu ustawy PAPP. Koncert jest więc dziełem o charakterze artystycznym.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki [REDACTED] znajdowało podstawę w art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt c) ustawy Pzp, a w związku z tym ocena NIK jest nieuzasadniona.

Zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a) ustawy Pzp

Przesłanką uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku Umowy na Juwenalia 2010 była możliwość świadczenia usług tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Okoliczność uzasadniająca udzielenie zamówienia z wolnej ręki [REDACTED] to posiadanie - jako jedyny wykonawca na rynku - instrumentów umożliwiających realizację zamówienia, posiadanie na wyłączność na organizację koncertów gwiazd (wybranych przez przedstawicieli i studentów PWSZ) w Polsce w trakcie trwania Juwenaliów 2010.

[REDACTED] posiadało bowiem wyłączność na obsługę sceniczną artystów (tj. techniczną), niezbędną do prawidłowej realizacji zamówienia, a taki obowiązek wynika z § 2 ust. 1 Umowy na Juwenalia 2010, tj.: "W związku z realizacją przedmiotu umowy Wykonawca zapewni:

- nagłośnienie akustyczne imprez artystycznych zgodnie z raiderami technicznymi artystów występujących podczas imprez artystycznych, o których mowa w § 1 ust. 1
- odpowiednie oświetlenie sceniczne zgodnie z raiderami technicznymi artystów występujących podczas imprez artystycznych, o których mowa w § 1 ust. 1 niniejszej umowy".

Powyższe spowodowało, iż przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a) ustawy Pzp – odbyło się zgodnie z przepisami prawa.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż NIK nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego uprawdopodobniającego inne stanowisko. NIK stwierdził jedynie, iż nie można stwierdzić monopolu [REDAKTOWANE]. Co więcej, NIK nie przeprowadził badania czy możliwe było zawarcie umowy z innym wykonawcą, który miałby możliwość, aby wybrane grupy muzyczne (tj. Abradab, Vavamuffin oraz ATB-Andre Tanneberger) wstąpiły podczas Juwenaliów 2010).

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, iż NIK nie odniósł się do argumentacji PWSZ dotyczącej możliwości przeprowadzenia przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp.

Jeżeli wybór wykonawcy Juwenaliów w latach 2010 – 2011 mógł obyć się z pominięciem ustawy Pzp, z uwagi na niepriorytetowy charakter usług (art. 5 ust. 1a ustawy Pzp), nie ma podstaw do postawienia zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego zamówienia z wolnej ręki (na podstawie art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 168, dalej: ustawa ONDFP). Istotne jest bowiem, iż art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy ONDFP nie odnosi się do art. 67 ustawy Pzp, ani do 5 ust. 1a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe warto jeszcze raz przytoczyć stanowisko PWSZ dotyczące przedmiotowego zagadnienia:

Przepis art. 5 ust. 1a ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w załączniku nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68).

Do usług tych należą m.in. usługi kulturalne, które należy rozumieć przez pryzmat ustawy z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tj. Dz.U. z 2012 r. poz. 406 z późn. zm.), zgodnie z której art. 1 ust. 1: "Działalność kulturalna w rozumieniu niniejszej ustawy polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury"

Jak wskazano we wcześniejszej części wyjaśnień – i co jest kwestią bezsporną – przedmiotem umów zawartych z PSUL była m.in. organizacja koncertu, a zatem usługa o charakterze nie priorytetowym o numerze CPV 79952100 – 3.

Należy przy tym podkreślić, iż zamawiającemu przysługuje uprawnienie do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi odpowiednio w art. 62

ust. 1 i art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, również w innych, uzasadnionych przypadkach (tj. na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp). Taka możliwość powstaje w szczególności wówczas, gdy zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności: naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków; naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań; poniesieniem straty w mieniu publicznym, czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. Należy zauważyć, że katalog okoliczności, na które może powołać się zamawiający w celu uzasadnienia potrzeby odstąpienia od stosowania trybów konkurencyjnych, nie stanowi katalogu zamkniętego, o czym świadczy użyte przez ustawodawcę sformułowanie "w szczególności". Z uzasadnionymi przypadkami w rozumieniu omawianego przepisu zamawiający będzie miał do czynienia wtedy, gdy pewne obiektywne, racjonalne i niewywołane przez niego okoliczności będą wskazywały na konieczność odstąpienia od trybów wszczynanych ogłoszeniem, a tym samym na konieczność posłużenia się trybami niekonkurencyjnymi w celu udzielenia zamówienia na usługi niepriorytetowe. Będzie to dotyczyło w szczególności sytuacji, gdy dane zamówienie - m.in. z uwagi na jego przedmiot, wartość, specyfikę rynku, na którym jest świadczone itp. - nie będzie miało znaczenia w kategoriach zarówno rynku wewnętrznego, jak i wspólnotowego.

Opisane we wcześniejszej okoliczności faktyczne (tj. właściwości i charakter działalności prowadzonej przez ██████, posiadanie praw autorskich do scenariusza Juwenaliów 2010 i Juwenaliów 2011, które zapewniało terminową i efektywną realizację zamówienia, posiadanie dużego doświadczenia w realizacji projektów artystyczno-promocyjnych) wskazują, iż przedmiotowe zamówienia mogło zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki - na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp.

W świetle powyższego, brak podstaw stwierdzenia i oceny NIK, iż PWSZ dopuściła się naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego zamówienia z wolnej ręki (na podstawie art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy ONDFP).

### **1.7. Wydatkowanie środków na świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej w latach 2005-2012**

1. Kontrola NIK wykazała, że w opisach 10 ze 182 faktur (5,4%) związanych z płatnościami wynikającymi z ww. umów, nieprawidłowo wskazano tryb udzielenia zamówienia publicznego co niezgodne było z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 roku (Dz. U. z 2013 r., poz. 330

ze zm.)o rachunkowości, który przewiduje, że dowody księgowe powinny być rzetelne, to jest zgodne z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczej, którą dokumentują, a także niezgodne z obowiązującymi w PWSZ regulacjami wewnętrznymi<sup>3</sup> wskazującymi, iż dokument księgowy powinien zawierać m.in. wskazanie zastosowanego trybu zamówienia publicznego.

Na wstępie należy wskazać, że rozbieżności w oznakowaniu faktur wynikają jedynie z błędu popełnionego przy ich opisywaniu i nie mają wpływu na kwalifikację danego zamówienia. Nie ulega również wątpliwości, że dowód księgowy, jakim są faktury wskazane przez NIK zostały wystawione w oparciu o zawarte umowy i zgodnie z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczych.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem NIK, jako, że błąd w opisie faktury, gdzie nieprawidłowo wskazano tryb udzielenia zamówienia publicznego można uznać za sprzeczny z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości. Jak wskazuje orzeczenie Sądu Administracyjnego „Dowód niezgodny z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczej, a więc sprzeczny z wymogami art. 22 ust. 1 ustawy z 1994 r. o rachunkowości to dowód dokumentujący operację gospodarczą zaistniałą w innym rozmiarze niż w rzeczywistości albo operację gospodarczą z innym podmiotem niż w rzeczywistości, gdyż pojęcie przebiegu transakcji łączyć należy nie tylko z przedmiotem operacji (miejsce, granice, zakres, czas), ale i podmiotami operacji gospodarczej. Stwierdzenie nierzetelności dowodu księgowego to zakwestionowanie zgodności z rzeczywistością prawdziwości dokonywanych w nich zapisów. A zatem faktury dokumentujące usługi, które w rzeczywistości nie zostały wykonane przez podmiot wystawiający, nie posiadają cech dowodu księgowego albowiem nie odzwierciedlają rzeczywistego przebiegu operacji gospodarczych. Udokumentowanych nimi wydatków nie można uznać za koszty uzyskania przychodów. (Wyrok I SA/Kr 675/08 z dnia 2009.07.02).

Zakwestionowane przez kontrolę faktury wystawione zostały w sposób rzetelny a więc zgodnie z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczych. „Ustawa z 1993 r. o VAT nie definiuje pojęcia "rzetelności". W tej kwestii należy odnieść się do ustawy z 1994 r. o rachunkowości, bowiem w art. 22 ust. 1 tej ustawy mowa jest o dowodach księgowych, które powinny być rzetelne, to jest "zgodne z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczej". Zatem, pod pojęciem rzetelności należy rozumieć, że dokonywane w ewidencji zapisy odzwierciedlają stan rzeczywisty (tak m.in. Wyrok I SA/Ka 2654/97 z dnia 22 września 1999 r.). Nigdzie natomiast rzetelność w odniesieniu do dowodów księgowych nie odnosi się do wykazania prawidłowej podstawy prawnej operacji gospodarczej. A contrario nie można

---

<sup>3</sup> §7 ust.2 pkt 6 Zarządzenia nr 55/12 Rektora PWSZ z 29.10.2012r. w sprawie sporządzania, obiegu i kontroli dokumentów finansowo-księgowych w PWSZ, wcześniej §7 ust.2 pkt 6 Zarządzenia nr 10/10 Rektora PWSZ z 22.02.2010 w sprawie sporządzania, obiegu i kontroli dokumentów finansowo-księgowych w PWSZ oraz §3 Zarządzenia nr 6/08 Rektora PWSZ z 4.02.2008 w sprawie ustalenia miejsc powstania kosztów i zasad opisywania dokumentów księgowych w PWSZ; §4 Zarządzenia Nr 3/06 Rektora PWSZ z 25.01.2006 r. w sprawie ustalenia miejsc powstania kosztów i zasad opisywania dokumentów księgowych w PWSZ

zgodzić się z poglądem NIK, że błąd we wskazaniu podstawy prawnej uznać można za naruszający art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości.

Nie można zgodzić się również ze stwierdzeniem NIK, jako że błąd w opisie faktury, gdzie nieprawidłowo wskazano tryb udzielenia zamówienia publicznego należy uznać za naruszający wewnętrzne regulacje PWSZ. Akty wskazane przez kontrolę określają jak powinien być prawidłowo opisany dokument księgowy dostarczony do Kwestury tj. powinien on m.in. zawierać „potwierdzenie zgodności dokonanego wydatku z ustawą Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie zastosowanego trybu zamówienia”. Akty te nie wymagają wskazania szczegółowej podstawy prawnej. Ponadto ww. regulacje nie określają żadnej sankcji z tytułu błędnie określonej podstawy prawnej w fakturze. Tym samym błąd tego rodzaju nie wpływa w żaden sposób na kwalifikację lub prawdziwość danego dokumentu czy też na źródło z jakich jest finansowana usługa.

Należy również zauważyć iż NIK zbadała jedynie 10 faktur tj. 5,4 % nie podała przy tym czy są to faktury za lata 2003-2012 , czy też dotyczą jednego roku. Taki sposób ustalania stanu faktycznego jest nierzetelny, gdyż nie tylko nie przedstawia faktycznego zjawiska stwierdzonych nieprawidłowości ale również budzi wątpliwości co do rzetelności zakresu ( skali danego zjawiska ) jaki NIK powinien zbadać i ocenić.

2. Mimo, że zgodnie z umową 02.01.2009 r. zawartą przez PWSZ z ██████████ na świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej przysługiwało wykonawcy jednorazowe ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne w wysokości 4 tys. zł. netto, w maju 2009 r. PWSZ dwukrotnie zapłaciła ww. osobie po 4 tys. zł netto (4,8 tys. zł brutto) za obsługę prawną w kwietniu 2009 roku.

Jak słusznie zauważył audytor, kwota ta została zwrócona przez usługodawcę dlatego też nie powinno to być ujęte w ustalonych nieprawidłowościach.

3. Zgodnie z umową 03.01.2011 r. zawartą przez PWSZ z ██████████ za świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej wykonawcy przysługiwało jednorazowe ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne w wysokości 4 tys. zł. netto. Wbrew temu, PWSZ dwukrotnie zapłaciła ww osobie za obsługę prawną w czerwcu 2011 r. – raz 29.06.2011r. na podstawie faktury z 16.06.2011 r. kwotę 5 tys. zł netto (6,2 tys. zł. brutto) oraz powtórnie 14.07.2011r. na podstawie faktury z 30.06.2011r. kwotę 4,5 tys. zł netto (5,5 tys zł brutto).

Faktura VAT nr FS 52/2011 wystawiona przez ██████████ opłacona przez PWSZ im. Witelona w Legnicy w dniu 29.06.2011 roku dotyczyła reprezentacji PWSZ w Legnicy w sprawie przeciwko ██████████, w tym zastępstwa procesowego przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym oraz Naczelnym Sadem Administracyjnym w Warszawie (sygn. akt

sprawy I OSK 373/11). Usługi te wykonane zostały w terminach wykraczających poza ryczałtową obsługę prawną Uczelni. Wobec tego strony umowy ustaliły, że za wyżej wymienione czynności przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 5000 zł netto (6100 zł brutto).

Wskazać należy, że § 2 pkt. 5 umowy z wykonawcą stanowi, że „wykonywanie czynności wykraczających poza bieżącą obsługę prawną, których rodzaj i charakter wymagać będą szczególnej wiedzy specjalistycznej lub znacznego nakładu pracy, odbywać się będzie na zasadach określonych odrębną umową.” W związku z tym, że czynności te wymagały od wykonawcy wiedzy specjalistycznej i nie należały do spraw związanych z bieżącą działalnością Uczelni a ponadto wymagały znacznego nakładu pracy w tym stawiennictwa przez Naczelnym Sądem Administracyjnym w Warszawie Zamawiający miał podstawę prawną do udzielenia odrębnego zamówienia.

4.”Zgodnie z umową 02.01.2012 r. zawartą przez PWSZ z [REDAKTOWANE] za świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej wykonawcy przysługiwało jednorazowe wynagrodzenie miesięczne w wysokości 4 tys. zł. netto. Wbrew temu, PWSZ dwukrotnie zapłaciła ww. osobie za obsługę prawną w sierpniu 2012r. – raz 29.08.2012 r. na podstawie faktury z 22.08.2012r. na kwotę 1 tys. zł. netto (1,2 tys. brutto) oraz powtórnie 06.09.2012 r. na podstawie faktury z 31.08.2012 r. kwotę 4 tys. zł netto (4,9 tys. zł brutto)”.

Faktura VAT nr FS 79/2012 wystawiona przez [REDAKTOWANE] i opłacona przez PWSZ im. Witelona w Legnicy w dniu 29.08.2012 roku dotyczyła zarówno opinii prawnej w zakresie nabycia nieruchomości, jak i długoterminowych negocjacji z [REDAKTOWANE], jak i z Prezydentem Miasta Legnica w zakresie nabycia tytułu prawnego przez PWSZ w Legnicy do nieruchomości położonej w Legnicy przy ul. Mickiewicza 10. Czynności powyższe wymagały znacznego nakładu pracy zarówno na etapie negocjacji jak i sporządzania opinii prawnej. Wobec tego strony umowy ustaliły, że za wyżej wymienione czynności przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 1000 zł netto (1200 zł brutto) i na podstawie par. 2 pkt 5 umowy o świadczenie pomocy prawnej z dnia 2 stycznia 2012r, zostały zafakturowane przez Wykonawcę odrębnie od ryczałtowej obsługi prawnej za miesiąc sierpień 2012 roku.

Jak to zostało wskazane przez kontrolę NIK umowa zawarta z [REDAKTOWANE] przewidywała m.in. świadczenie usług z zakresu pomocy prawnej we wszystkich sprawach związanych z bieżącą działalnością Uczelni oraz pomoc przy negocjowaniu warunków umów i zasad współpracy pomiędzy Uczelnią a jej kontrahentami. W związku z tym zdaniem NIK brak było podstaw do odrębnego wynagrodzenia ww. usług na podstawie § 2 pkt. 5 umowy gdyż wchodziły one w zakres czynności z bieżącej obsługi prawnej.



Wskazać należy, że § 2 pkt. 5 umowy stanowi, iż „wykonywanie czynności wykraczających poza bieżącą obsługę prawną, których rodzaj i charakter wymagać będą szczególnej wiedzy specjalistycznej lub znacznego nakładu pracy, odbywać się będzie na zasadach określonych odrębną umową.” W związku z tym, że czynności te wymagały od wykonawcy wiedzy specjalistycznej i nie należały do spraw związanych z bieżącą działalnością Uczelni a ponadto wymagały znacznego nakładu pracy i specjalistycznej wiedzy, zatem zamawiający miał podstawę prawną do udzielenie odrębnego zamówienia.

W ocenie NIK pominięto również fakt, iż w umowie zawartej z wykonawcą mowa o bieżącej obsłudze prawnej, co dotyczy nie tylko zakresu przedmiotowego, ale również czasowego świadczenia usług prawnych. Nie budzi wątpliwości, iż strony umówiły się na wykonywanie usług maksymalnie w ramach czasu pracy Zamawiającego. Świadczy o tym dodatkowo § 3 ust. 1 i 2 umowy, w której Strony uzgodniły, że wykonawca będzie świadczył usługi w dni powszednie bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego w ilości, co najmniej 30 godzin miesięcznie. W pozostałym zakresie wykonawca miał pozostawać do dyspozycji Zamawiającego. Nie budzi wątpliwości, iż umówiony zakres czasowy usługi nie powinien wykraczać poza czas pracy Zamawiającego. Jeżeli zlecone przez Zamawiającego usługi (tak jak w niniejszej sytuacji) wymagały wytężonej pracy; ponad określone w umowie limity, często poza godzinami pracy Zamawiającego to wówczas z tego tytułu zgodnie z § 2 pkt. 5 umowy przysługiwało wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie za usługi wykraczające zakres bieżącej obsługi prawnej.

**5. "W przypadku 4 z 20 umów PWSZ nie była w posiadaniu dowodów potwierdzających, że zafakturowane usługi z zakresu obsługi prawnej Uczelni były rzeczywiście wykonane".**

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa dysponuje dowodami potwierdzającymi wykonanie usług prawnych jedynie w odniesieniu do umów, gdzie przyjęto rozliczenie godzinowe a obowiązek taki nałożony został na wykonawcę w umowie. Usługi, które wykonywane były w oparciu o ustalony ryczał miesięczny takiego potwierdzenia nie wymagały. Zgodnie z zawartymi umowami wykonawcy zobowiązani byli m.in. do odbywania dyżurów w siedzibie PWSZ im. Witelona w Legnicy, nie było więc powodu żądania od wykonawców potwierdzenia, iż „usługi zostały rzeczywiście wykonane” ponieważ czynności wynikające z umowy co do zasady wykonywane były na miejscu w siedzibie Zamawiającego i Zamawiający mógł na bieżąco weryfikować kwestię realizacji umowy przez wykonawcę, co niewątpliwie stanowi dla Zamawiającego dowód o najwyższej wartości. Ponadto za dowód potwierdzający wykonanie usługi zgodnie z treścią umowy należy uznać przyjęcie przez Zamawiającego

faktury i w efekcie dokonanie płatności. Wykonywanie umowy w siedzibie Zamawiającego daje bezpośrednią możliwość kontrolowania wykonawcy, a fakt wywiązania się z warunków umowy znajduje potwierdzenie w wielu dokumentach podpisanych przez wykonawcę. Prawnik, który odbywał dyżury pozostawał do dyspozycji pracowników Zamawiającego w ustalonych godzinach. W tym czasie niejednokrotnie udzielał bieżących porad prawnych i szeroko pojętej pomocy prawnej we wszystkich sprawach związanych z działalnością Zamawiającego. Prowadzenie więc dokładnego raportu wykonanych czynności nie było możliwe, a z racji dużej liczby spraw, ich odtworzenie na potrzeby stworzenia miesięcznego raportu znacznie utrudnione. Niemniej jednak jak wskazano we wcześniejszych wyjaśnieniach potwierdzenie rzeczywistego wykonania usług odnaleźć możemy w sporządzanych przez prawników dokumentach m.in. w aktach sądowych (pisma procesowe), opiniach prawnych, umowach, pismach wyjaśniających, korespondencji e-mailowej itp. Pomimo braku dowodów w postaci rozliczenia czasu pracy osoba dokonująca kontroli z ramienia Najwyższej Izby Kontroli otrzymała oświadczenie wykonawcy o wykonaniu wszystkich czynności, do których był zobowiązany w ramach łączącego go z PWSZ stosunku prawnego. Brak szczegółowego rozbitcia na godziny, jak wskazano wcześniej, nie jest możliwy ze względu na szeroki wachlarz spraw, którymi wykonawca zajmował się w trakcie dyżurów u Zamawiającego. Brak jest również podstaw prawnych do takiego żądania.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, że czynności te rzeczywiście zostały wykonane, a fakt długoletniej współpracy z wykonawcą dodatkowo stanowi potwierdzenie, że usługi te wykonane zostały należycie.

6. "Mimo, że 3 zamówienia publiczne na świadczenia usług z zakresu pomocy prawnej udzielone przez PWSZ w 2011r. na rzecz 3 podmiotów oraz 3 zamówienia publiczne na ww. usługi udzielane w 2012 r. na rzecz 3 podmiotów, dotyczyły świadczeń tożsamych podmiotowo (pomoc prawna), tożsamych czasowo (zamówienia udzielane były na okres 1 roku), możliwe było wykonanie zamówień przez jednego wykonawcę, a wartość wydatków netto związanych z zamówieniami w danym roku przekraczała 14 tys. euro, tj. w 2011r. wynosiła 189,3 tys. zł. netto, a w 2012 r. – 179,6 tys. zł netto. Uczelnia stosując zwolnienie, o którym mowa w art. 4 pkt. 8 pzp udzieliła ww. zamówień wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Było to niezgodne z art. 7 ust. 3 i art. 32 ust. 2 pzp. Przepisy te przewidują, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości."

Zamówienia na usługi prawnicze w latach 2011-2012 udzielane były bez stosowania ustawy tj. w oparciu o art. 4 ustęp 8 ustawy pzp. z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych

w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 29 stycznia 2010 roku (t.j. Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm, dalej jako „ustawa pzp”). Nie można zgodzić się z zarzutem wysuniętym w kontroli jakoby zamawiający udzielając odrębnych zamówień podzielił je w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp lub też zaniżył wartość zamówienia. Usługi prawne są zamówieniem o szczególnym znaczeniu dla zamawiającego. Rzetelność i doświadczenie wykonawcy w tym zakresie ma bezpośredni wpływ na funkcjonowanie PWZS dlatego też wybór wykonawcy nie może być przypadkowy. Zamawiający dokonując wyboru wykonawców świadczących poszczególne usługi, zdaniem Zamawiającego o charakterze szczególnym i wymagających szczególnej wiedzy w tym zakresie, kierował się szeroko rozumianym interesem jednostki. Wybór podmiotu świadczącego usługi nie był też przypadkowy. Umowy podpisano z wykonawcami świadczącymi usługi od kilku lat a więc znającymi doskonale specyfikę działalności Zamawiającego. Niezasadne byłoby więc przekazanie spraw będących w toku innemu podmiotowi, który na nowo musiałby zapoznawać się z wszelkimi dokumentami. Takie czynności niewątpliwie zwiększyłyby wynagrodzenie nowego wykonawcy, a dla Zamawiającego wygenerowałyby niepotrzebne koszty.

Ponadto PWSZ uważa, że na uwzględnienie zasługują wcześniej przedstawione wyjaśnienia.

Przy ocenie, czy występują odrębne zamówienia należy bowiem brać pod uwagę okoliczności takie jak: tożsamość przedmiotowa zamówienia (usługi tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. W niniejszym przypadku pod wątpliwość poddać należy tożsamość przedmiotową zamówienia. O ile możemy mówić o usługach tego samego rodzaju to nie można się zgodzić, że są one o tym samym przeznaczeniu a więc, że są tożsame z pozostałymi usługami. Brak również uzasadnienia co do tożsamości podmiotowej po stronie wykonawców ze względu na odrębny krąg wyspecjalizowanych wykonawców mogących świadczyć usługi będące w zakresie zainteresowań zamawiającego.

Ponadto wskazać należy, iż nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Co prawda w przedmiotowym stanie faktycznym udzielenie oddzielnych zamówień spowoduje, że wartość usług spadnie poniżej progu powodując brak konieczności stosowania ustawy pzp. Jednakże w obliczu faktu, iż Zamawiający musi udzielić zamówienia aby zaspokoić swoje bieżące potrzeby w zakresie obsługi prawnej o ściśle określonym zakresie, dzielenie zamówienia nie zmierza w tym wypadku do uniknięcia stosowania przepisów ustawy pzp.

Zastosowanie wyżej wymienionego trybu było uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, a zastosowanie konkurencyjnego trybu spowodować mogło negatywne konsekwencje ekonomiczne i organizacyjne dla Zamawiającego. Podkreślenia również wymaga fakt, iż obsługa prawna jest usługą o szczególnym charakterze. Wykonywanie jej przez podmiot zaufany i sprawdzony przez Zamawiającego ma dla Zamawiającego istotne znaczenie. Ponadto obsługa prawna wykonywana była przez różne podmioty z uwagi na wykonywany zakres czynności. Zakres umów z poszczególnymi wykonawcami kształtował się następująco:

- a. Umowa zawarta z [REDAKTED] z dnia 3 stycznia 2011 roku oraz z 2 stycznia 2012r. swoim zakresem obejmuje jedynie usługi prawne o specjalistycznym zakresie odnoszącym się do prawa pracy;
- b. Umowa zawarta z [REDAKTED] [REDAKTED] [REDAKTED] z dnia 3 stycznia 2011 roku i 2 stycznia 2012 roku swoim zakresem obejmowała usługi prawne o specyficznym charakterze związane z procesem ubiegania się przez PWSZ w Legnicy o środki unijne oraz w związku z Projektami realizowanymi przez Zamawiającego;
- c. Umowa zawarta z [REDAKTED] z dnia 3 stycznia 2011 roku i 2 stycznia 2012 roku swoim zakresem obejmował bieżącą obsługę Zamawiającego z wyłączeniem spraw pracowniczych.

Nie można więc zgodzić się ze stwierdzeniem NIK, że między tymi zamówieniami istnieje tożsamość przedmiotowa. Ponadto wskazując zarówno na szczególny charakter świadczonych usług jak również szacunek dokonany przez Zamawiającego wykonanie wszystkich tych usług przez jeden podmiot nie byłoby możliwe. Usługi wskazane w punkcie a i b powyżej wymagają specjalistycznej wiedzy, a podmioty świadczące usługi prawnicze związane z bieżącym doradztwem często w takich sprawach jak sprawy pracownicze czy też związane z dotacjami unijnymi mają wiedzę podstawową. Świadczy o tym m.in. zapis w umowie z [REDAKTED] [REDAKTED]. Umowa obejmuje bieżące doradztwo jednakże z wyłączeniem spraw pracowniczych. Wskazuje to na konieczność zatrudnienia specjalisty w tej dziedzinie. Można więc przyjąć, że mimo hipotetycznej możliwości zlecenia wszystkich usług jednemu podmiotowi nie jest faktycznie możliwe, a co najważniejsze nie byłoby celowe i efektywne. Usługi zlecone jednemu podmiotowi z dużym prawdopodobieństwem nie osiągałyby wymaganego poziomu merytorycznego i nie stanowiłyby żadnej wartości dla Zamawiającego. Nie można więc w tym przypadku mówić o podziale zamówienia w celu omięcia ustawy. Zamawiający udzielając trzech odrębnych zamówień miał na celu jedynie zapewnienie jednostce obsługi prawnej na wymaganym poziomie. Ponadto ze wstępnego szacunku wynikało, że usługi prawne nie przekroczą ustawowego progu. Fakt, iż podsumowanie faktur, które możliwe było

już po wykonaniu usługi, dało wynik nieznacznie przekraczający równowartość 14000EURO jest wynikiem wykonania przez wykonawcę usług przekraczających zakres umowy, których to czynności nie dało się przewidzieć na etapie jej podpisywania.

Podsumowując należy uznać, iż PWSZ z należytą starannością oszacowała wartość zamówienia i po dokonaniu tego szacunku była uprawniona przyjąć, iż przewidywany zakres zamówienia na etapie podpisywania umowy będzie wystarczający, a cena nie przekroczy 14 000 EURO. Ponadto PWSZ nie widziała możliwości sumowania zamówień z uwagi na odrębny przedmiot zamówień i odrębny krąg wykonawców, którzy byli zdolni zrealizować dane zamówienie. Oczywiście istnieje wiele podmiotów na rynku, które świadczą kompleksową usługę niemniej jednak są to usługi na poziomie podstawowym. Oczywistym bowiem jest, że jeżeli podmiot świadczy usługi o bardzo szerokim zakresie to nie ma specjalistycznej i szczegółowej wiedzy w obszarach interesujących Zamawiającego. W ocenie PWSZ wybór wykonawcy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby doprowadzić do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych.

## **1.8. Wydatkowanie w latach 2003-2012 środków publicznych w związku z realizacją inwestycji budowy „Kompleksu Rehabilitacyjno – Sportowego”**

### **1. Rozdział 1.8 punkt 1 – str. 14 – ustalone nieprawidłowości :**

Nieprawdziwe jest twierdzenie Kontrolującego, że niezależnie od ustalonego i wypłacanego na podstawie umowy z dnia 04/06.2003r. wynagrodzenia z tytułu Zastępstwa Inwestycyjnego, [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], otrzymała wynagrodzenie dodatkowe z tytułu weryfikacji przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych.

Niewątpliwie umowa zawarta z [REDAKTOWANE] jest typową, standardową umową o zastępstwo inwestycyjne. Inwestor zastępczy, co wynika już z samej nazwy, zastępuje inwestora, czyli podejmuje za niego określone czynności, do których zobowiązany jest inwestor w ramach procesu budowlanego. Chodzi o to, aby inwestor nie był bezpośrednio zaangażowany w budowę. Pomocna jest tutaj treść Polskiej Normy, ustanowionej 25 kwietnia 2000 r. (PN-ISO 6707–2:2000 Budownictwo – Terminologia – Terminy stosowane w umowach – umowa o zastępstwo inwestycyjne), z której wynika, że inwestor zastępczy to jednostka organizacyjna działająca odpłatnie w imieniu zamawiającego i odpowiedzialna przed nim za organizację i koordynację działań wszystkich stron uczestniczących w przedsięwzięciu inwestycyjnym. Zatem rolą inwestora zastępczego nie jest wykonanie inwestycji, ale wykonanie w zastępstwie

inwestora określonych (zleconych mu) czynności, które musiałby wykonać inwestor odpowiedzialny za zorganizowanie procesu budowlanego.

Zgodnie z §2 ust. 1 umowy Inwestor Zastępczy pełniąc czynności zastępstwa inwestycyjnego działa w umieniu własnym i na rachunek Inwestora. W ramach tych czynności Inwestor Zastępczy zawiera umowy i zaciąga zobowiązania wobec wszystkich uczestników procesu projektowego w takich granicach jakie są niezbędne do należytego przygotowania zadania do jego realizacji. Próżno natomiast szukać w tej umowie postanowień, które zobowiązywałyby [REDAKTOWANE] do weryfikacji przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych. Konsekwentnie, zgodnie z § 4 umowy do obowiązków Inwestora należy m.in. zapłata należności powstałych w związku z zawartymi umowami, o których mowa w §2 ust. 1 umowy. Zatem, jak już wskazano powyżej, przedmiotowa umowa jest umową o zastępstwo inwestora oraz organizację i koordynację działań w procesie budowlanym, a nie wykonanie określonych czynności w procesie budowlanym.

Dodatkowe płatności, w tym zakwestionowana przez Kontrolującego, następowały tytułem wynagrodzenia za świadczenie usług przez podmioty trzecie, które to usługi były niezbędne do realizacji inwestycji. Należy tutaj z całą stanowczością podkreślić, że przedmiotem umowy z [REDAKTOWANE] nie było świadczenie polegające na weryfikacji przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych. Wobec tego także i wynagrodzenie przewidziane w umowie nie obejmowało takiego świadczenia.

Kwota 15 000 złotych netto stanowiła wynagrodzenie [REDAKTOWANE], który pełnił funkcję członka zespołu weryfikacyjnego. Podstawą do wystawienia faktury obejmującej to wynagrodzenie było spełnienie świadczenia polegającego na weryfikacji studium wykonalności i oceny oddziaływania inwestycji na środowisko. Wynagrodzenie to było zatem jedynie refakturowane na PWSZ im. Witelona w Legnicy. Powyższe wynika niezbitnie z faktury nr 8/2005 z dnia 10.12.2005r., wystawionej przez [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE]. Zatem z tytułu świadczenia usługi inwestora zastępczego [REDAKTOWANE] uzyskała wynagrodzenie w wysokości zgodnej z treścią zawartej umowy.

Nie można także pominąć faktu, że PWSZ im. Witelona w Legnicy uprzednio wyraziła zgodę na udział [REDAKTOWANE] w zespole weryfikującym projekt. Niewątpliwie została tutaj zachowana należyta staranność i dbałość o racjonalne wydatkowanie środków.

W świetle powyższego zarzut, że wydatki zostały poczynione niezgodnie z prawem jest z gruntu chybiony. Kontrolujący nie wziął pod uwagę istoty inwestorstwa zastępczego, ale przede wszystkim treści umowy i tytułu, z jakiego wydatek został poniesiony. Tymczasem analiza dokumentów pokazuje jednoznacznie, że kwota 18,3 tys. zł brutto nie stanowiła wynagrodzenia Inwestora Zastępczego – [REDAKTOWANE], ale wynagrodzenie należne podmiotowi trzeciemu, z którym Inwestor Zastępczy zawarł

umowę, do czego był uprawniony, a wręcz zobowiązany. Jeszcze raz należy podkreślić, że zarzut NIK został postawiony w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny i prawny, i dlatego jest bezpodstawny.

**Dowody:** umowa zlecenie na wykonanie prac, faktura 8/2005 z dnia 10.12.2005r.)- znajdują się w aktach kontroli.

## 2. **Rozdział 1.8 punkt 2 – str. 14** – ustalone nieprawidłowości :

W wyniku realizacji umowy z dnia 04.06.2004 r. Inwestor Zastępczy wykonujący czynności związane z przygotowaniem terenu inwestycyjnego i zmianą projektu Kompleksu Rehabilitacyjno – Sportowego, opracował projekt geotechniczny, stanowiący podstawę do wykonania, konstrukcyjnego projektu zamiennego. Na etapie prowadzonych badań geologicznych wykryto skażenie gruntu, które należało w pilny sposób rozpoznać pod kątem wielkości zagrożenia, mającego bezpośredni wpływ na ustalenie warunków zakupu działki od Urzędu Miasta Legnicy (zagrożenie likwiduje właściciel terenu), oraz pozyskanie środków finansowych na jego likwidację. Ponieważ na terenie inwestycyjnym funkcjonował już Inwestor Zastępczy wykonujący czynności związane z przygotowaniem inwestycji do realizacji na podstawie umowy z 04.06.2003r. (wykonanie projektu oraz przygotowanie dokumentów z tym projektem związanych, jak również przygotowanie dokumentacji związanej z likwidacją zagrożenia poprzez wyburzenie obiektów i proces oczyszczenia gruntu, są elementami przygotowania tej samej inwestycji do realizacji), udzielono zamówienia na dodatkowe prace związane z tym samym przedsięwzięciem inwestycyjnym w trybie „ z wolnej ręki” na podstawie umowy z dnia 09.04.2004r. Nadmienić należy, że w początkowej fazie Inwestor Zastępczy wykonywał dodatkowe czynności w ramach ustalonego w umowie z dnia 04.06.2003r. wynagrodzenia. Obie umowy, w zakresie przygotowania dokumentacji wykonywane były w zasadzie w tym samym czasie tj. 2004 – 2005 r.

**Dowody:** zlecenie na wykonanie prac z dnia 14.07.2003r., protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 30.09.2003r., pismo L.dz. 1202/2003 z dnia 07.10.2003r., pismo DT-REH-211/1/7/03 z dnia 15.10.2003r., zlecenie z dnia 22.10.2003r.)- znajduje się w aktach kontroli.

Należy mieć także na uwadze fakt, że żaden inny podmiot nie zakwestionował prawidłowości decyzji Zamawiającego. Nie ulega przecież wątpliwości, że czynność zamawiającego, polegająca na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki mogła być zaskarżona w drodze protestu, a następnie odwołania. Skoro jednak żaden podmiot takiego zaskarżenia nie dokonał, to nie ma podstaw, aby kwestionować, że nie zaistniały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

Tym niemniej zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego PWN "techniczny" to: 1. odnoszący się do techniki jako dziedziny wiedzy, 2. używany przy kreśleniu projektów maszyn, urządzeń, rozwiązań architektonicznych, planów, map itp., 3. dotyczący techniki wykonywania jakichś czynności

lub sposobu realizacji czegoś, 4. taki, którego znaczenie mówiący chce pomniejszyć. Natomiast "obiektywny" to 1. odznaczający się obiektywizmem, wolny od uprzedzeń, 2. istniejący niezależnie od poznającego podmiotu. Z przytoczonych powyżej definicji do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie definicja 1. i 3. Przy czym w niniejszym przypadku definicja 1 jest niewłaściwa, gdyż przedmiotowe zamówienie nie jest związane z wiedzą lub możliwościami technicznymi. Natomiast zastosowanie ma definicja 3, czyli sposób wykonywania czynności lub realizacji czegoś.

Właśnie tutaj ogniskuje się przesłanka zastosowania zamówienia z wolnej ręki - sposób wykonywania czynności lub realizacji czegoś. Technicznie konieczne było zespolenie kolejnych czynności inwestora zastępczego w jeden niepodzielny proces. W związku z faktem, że część procesu już trwała, to kolejne czynności musiały być wykonywane przez ten sam podmiot. W przeciwnym razie, gdyby w zakresie jednej inwestycji występowało dwóch lub więcej inwestorów zastępczych, to nieuchronnie powstałyby rozbieżności w koncepcji ich pracy. W konsekwencji PWSZ im. Witelona w Legnicy musiałaby powołać jakiś kolejny podmiot, który miałby zsynchronizować ich działania. Wydaje się to jednak głęboko nieracjonalne, nieefektywne i nieoszczędne.

Wobec tego PWSZ im. Witelona w Legnicy wybrała jedyny prawidłowy sposób działania, pozwalający na prawidłowe wykonanie jej zadań, a związku z tym zarzut NIK jest bezpodstawny.

### **3. Rozdział 1.8 punkt 3 – str. 14 – ustalone nieprawidłowości :**

W 2004 r. zawierając umowę na wykonanie projektu zamiennego, Zamawiający po dokonanych uzgodnieniach z Inwestorem, w §3 ust.3 umowy zabezpieczył Inwestorowi przejęcie praw majątkowych do projektu (przenaszalnych) z prawem wielokrotnego użycie projektu do celów przetargowych i marketingowych. Działając w interesie Uczelni, Inwestor Zastępczy zabezpieczył również w § 8 umowy okres gwarancyjny na wady opracowanej dokumentacji projektowej, rozpoczynający się od dnia rozpoczęcia robót budowlanych do dnia przekazania obiektu do użytku. Na poczet powyższego okresu gwarancyjnego Zamawiający – Inwestor Zastępczy dokonał w §4 ust.2 stosownego zabezpieczenia finansowego. Zabezpieczenie Inwestorowi możliwości dokonywania zamian w projekcie przez inną osobę niż twórca, o którym pisze Kontrolujący (traktując powyższe jako działanie na szkodę Inwestora), bez ustalenia zakresu tych zmian (co było niemożliwe w dniu zawarcia umowy), spowodowało utratę zabezpieczonych Inwestorowi praw gwarancyjnych.

W 2009 r. ( 5 lat po zawarciu umowy pierwotnej ) zaistniała konieczność dokonania zamian w projekcie z powodu zmieniających się przepisów. Realizacja i dopuszczenie obiektu na starych zasadach nie było



możliwe. Należy zatem zauważyć, że konieczność dokonania zmian w projekcie wynikała z okoliczności zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego, na które nie miał on żadnego wpływu. Gdyby nie zmiana przepisów prawa nie byłoby konieczne udzielanie żadnych dodatkowych zamówień.

Twórcy projektu udzielili [REDAKTOWANE]” prawa do nieodpłatnego dokonywania zmian w projekcie, co stanowiło (zgodnie z prawem) podstawę do określenia trybu udzielenia zamówienia „z wolnej ręki”. W przywoływanej przez Kontrolującego umowie z dnia 31 marca 2009r. Inwestor (Zamawiający) w § 3 ust.8 zabezpieczył sobie, za zgodą autorów, prawo do dokonywania zmian w projekcie, co skutkowało nie ustalaniem okresu gwarancyjnego oraz zabezpieczeń na poczet wad w tym okresie. W przypadku wejścia projektu do realizacji i nie dokonywania w nim zmian przez osoby inne niż twórcy, obowiązywały zobowiązania Wykonawcy określone w §5 ust. 3 i 4.

Po udzieleniu zamówienia, w trakcie organizacji zespołu projektowego w celu jego wykonania, w wyniku dokonanych uzgodnień z twórcami projektu z 2004r. ustalono warunki współpracy umożliwiające wykonanie wymaganych zmian w projekcie przez twórców. Tak więc zmian w projekcie w 2009r. dokonali twórcy projektu z 2004r, pracujący jako zespół projektowy na zlecenie [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] bez naruszenia osobistych praw im przysługujących, pomimo udzielonego spółce prawa do dokonywania zmian w projekcie.

PWSZ im. Witelona w Legnicy nie zgadza się z przedstawioną przez NIK argumentacją. Należy bowiem mieć na uwadze, że zamówienia z wolnej ręki udzielono w 2009r, natomiast zamówienia „pierwotnego” w roku 2004. Jako podstawę stwierdzonej nieprawidłowości NIK wskazała treść umowy zawartej w 2004r., jeszcze na podstawie ustawy z 10 czerwca 1994r. o zamówieniach publicznych.

Aspekt czasowy jest niezwykle ważny, bowiem stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych i w ogóle praktyka zamówień publicznych nie były wówczas tak rygorystyczne, jak stanowisko NIK. Powszechnie wówczas przyjmowano możliwość zawierania umów ze względu na ochronę praw autorskich, przysługujących wykonawcy „pierwotnego” zamówienia. Dopiero od roku 2009 nastąpiła radykalizacja podejścia w tym zakresie.

Dlatego, w ocenie PWSZ, stosowanie do umów zawartych w 2004r. standardów obecnie obowiązujących jest niesłuszne i krzywdzące. Do oceny działania PWSZ im. Witelona w Legnicy powinny być stosowane standardy obowiązujące w czasie podejmowania czynności, które się kontroluje. Przyjmowanie za punkt odniesienia do oceny treści umowy, poglądów aktualnych dzisiaj, tj. 9 lat później, przy czym poglądy te uległy ewidentnej ewolucji i radykalizacji, nie może stanowić uzasadnionej podstawy do postawienia zarzutu.

Niezmiernie istotne w niniejszej sprawie jest również to, że PWSZ im. Witelona w Legnicy zapewniła sobie w umowie z 2004r. majątkowe prawa autorskie, na wszelkich polach eksploatacji, które były jej niezbędne, co niewątpliwie stanowi przejaw dobrze rozumianej należytej staranności.

Tymczasem NIK upatruje nieprawidłowości w niezastrzeżeniu prawa do wyrażania zgody na wykonywanie autorskich praw zależnych, co jest kwestią wtórną w stosunku do samego przeniesienia autorskich praw majątkowych. Należy przy tym jeszcze raz podkreślić, że konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki wynika z okoliczności, na które PWSZ im. Witelona w Legnicy nie miała żadnego wpływu, tj. zmiany przepisów prawa.

Należy podkreślić, że niewątpliwie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki określone w art. 67 ustawy Pzp. Problem leży jednak gdzie indziej. Kontrolujący dotknął tutaj bardzo ważkiej i trudnej materii, dotyczącej wyznaczenia granic, kryteriów działań zamawiającego, które będą stanowiły o jego działaniu zgodnym z prawem. W tym miejscu należy przytoczyć pogląd wyrażony w uchwał Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2012, sygn. akt KIO/KD 31/12: Izba dostrzega zagrożenia wynikające z możliwości świadomych i celowych działań zamawiających, zmierzających do spowodowania sytuacji, w których udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwe wyłącznie przy zastosowaniu jednego z trybów wskazanych w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stoi jednakże na stanowisku, że każdy taki przypadek winien być oceniany osobno, w zależności od okoliczności sprawy. W ocenie Izby nieuprawnionym jest generalne stwierdzenie, iż każdy przypadek, w którym zamawiający przyczynił się do zaistnienia sytuacji, w której brak jest możliwości udzielenia zamówienia w trybie przetargowym obciąża zamawiającego. Dlatego przy badaniu, czy w danym przypadku istotnie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, należy rozważyć, czy działanie zamawiającego nie wypełnia dyspozycji art. 58 § 1 K.c., tzn. czy nie zostało przedsięwzięte w celu obejścia prawa. Obejście prawa polegałoby w tym przypadku na wywołaniu skutku prawnego, w którym dopuszczalne byłoby zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, za pomocą świadomego ukształtowania tej czynności tak, że zewnętrznie, formalnie będzie ona miała cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu.

W świetle powyższego PWSZ pragnie stanowczo podkreślić, że NIK w ogóle nie odniósł się do aspektu świadomości i celowości w działaniu, tj. zawarcia umowy o określonej treści, co czyni kontrolę nierzetelną, a jej ustalenia wadliwymi. Takich ustaleń w protokole kontroli brak. Schemat, według którego postawiono zarzut jest bardzo prosty: można było zapisać, nie zapisano, trzeba było później zawrzeć umowę z konkretnym podmiotem, więc doszło do naruszenia. Z takim podejściem się PWSZ nie może się zgodzić, bowiem pomija ono zupełnie okoliczności sprawy, w tym zamiar Zamawiającego. Co więcej, takie podejście nakazuje przewidzenie w umowie wszelkich okoliczności, które mogą wystąpić w rzeczywistości, co jest w praktyce niemożliwe, ale przede wszystkim nieuzasadnione ekonomicznie. Obwarowanie umowy szeregiem postanowień zabezpieczających zamawiającego „na wszelki wypadek” w oczywisty sposób wpływa na cenę oferty, co z kolei niekoniecznie stanowi przejaw

oszczędnego i celowego wydatkowania środków. Należy zaznaczyć, że dodatkowe uprawnienia, które uzyskuje zamawiający kosztują i trzeba za nie zapłacić, dodatkowo. Zatem nieodzwonny wydaje się tutaj zdrowy rozsądek i przyjęcie, że należy skorzystać z tych zabezpieczeń, które w ocenie PWSZ będą potrzebne, aby uniknąć zbędnego wydatkowania środków finansowych.

Dlatego też należy podkreślić, że trudno na podstawie okoliczności sprawy wskazać na jakiegokolwiek intencje Zamawiającego, jego świadome działanie nakierowane na udzielenie w przeszłości zamówienia z wolnej ręki konkretnemu podmiotowi. W momencie zawierania umowy w roku 2004 PWSZ im. Witelona w Legnicy nie przewidywała i w ogóle nie miała świadomości konieczności udzielenia w przyszłości zamówienia z wolnej ręki, bo jak już wskazano potrzeba ta wynikała z okoliczności, które zaistniały później i były od PWSZ niezależne.

Należy także wskazać, iż ocena NIK jakoby wskutek stwierdzonej nieprawidłowości PWSZ niezgodnie z prawem wydatkowała środki publiczne w łącznej kwocie 242, 8 tys. zł brutto jest całkowicie bezpodstawną. Kwota ta stanowi przecież wynagrodzenie za wykonaną usługę, której efekty zostały z pożytkiem wykorzystane przez PWSZ im. Witelona w Legnicy. Co więcej, oferta ta została wybrana w ważnym postępowaniu, z zachowaniem zasady konkurencyjności i była najkorzystniejsza.

NIK nie wskazał również przepisów prawa, które, w jego ocenie, zostały naruszone. Skoro umowa została zawarta zgodnie z procedurą, w celu nabycia potrzebnej usługi, to na czym miałyby polegać niezgodne z prawem wydatkowanie środków, stanowiących należne wynagrodzenie? Dodatkowo trzeba podnieść, że NIK nie wykazał, że PWSZ im. Witelona w Legnicy zapłaciłaby mniej, gdyby kwestionowane uprawnienie nabyła na mocy umowy z roku 2004r. Przecież wtedy i tak trzeba by było dokonać zmian w dokumentacji. PWSZ i tak musiałby udzielić zamówienia w tym zakresie.

**Dowody:** umowa 1/2004r. z dnia 09.03.2004, umowa z dnia 31.03.2009r, decyzja o pozwoleniu na budowę 257/09,, strona tytułowa projektu z 2004r.- znajduje się w aktach kontroli.

#### 4. **Rozdział 1.8 punkt 4 – str. 15** – ustalone nieprawidłowości :

Usługa wywozu odpadu w postaci geomembrany wraz z jej utylizacją na wysypisku miejskim oraz koszty badań gruntu rodzimego po wykonaniu procesu oczyszczania gruntu skażonego, przed przekazaniem terenu Właścicielowi, tj. Gminie Legnica, były usługami uzupełniającymi zamówienie podstawowe, ściśle związanymi z realizacją podstawowego zakresu usługi objętej umową 2/PWSZ/06 z dnia 05.06.2006r, które mógł wykonać tylko Generalny Wykonawca tj. [REDAKTOWANE] z poniżej wyszczególnionych powodów:

Generalny Wykonawca dokonał demontażu geomembrany w ilości 20 000 m<sup>2</sup> w ramach realizacji podstawowego zakresu robót określonego w pozycji 3 kosztorysu ofertowego na stronie 94 oferty, ponieważ folia była przeznaczona do sprzedaży jako produkt niepełnowartościowy. Z powodów

określonych w piśmie Inwestora Zastępczego l.dz. 678/08 z dnia 15.09.2008r. folię należało zutilizować.

**Dowody:** kosztorys ofertowy – wyciąg poz. 3, pismo L.dz. 678/08 z dnia 15.09.2008 r.- znajdują się w aktach kontroli.

Aby dokonać przewiezienia i utylizacji odpadu skażonego należało powyższy zakres wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami o ochronie środowiska. Wykonawca miał obowiązek dysponowania przeszkolonym personelem oraz specjalistycznym transportem, miał obowiązek posiadania stosownego zezwolenia na przewóz odpadów. Tylko Generalny Wykonawca po załadunku odpadu przez wykwalifikowanych i przeszkolonych pracowników, na swoje środki transportu specjalistycznego, był w stanie przewieźć odpad na wysypisko i miał na to stosowne zezwolenie.

**Dowody:** Decyzja OŚR.7660-1/12/06 z dnia 26.06.2006 r.) - znajdują się w aktach kontroli.

Wykonawca dokonał rozliczenia bezpośredniego kosztu złożenia – utylizacji odpadów na wysypisku miejskim w wysokości 31 700, 36 złotych netto (refakturując powyższą kwotę w równowartości wynikającej z wystawionych faktur przez ██████████, właściciela wysypiska, nie doliczając swoich kosztów). Łączna ilość odpadów złożonych na wysypisku wyniosła 212 ton.

**Dowody:** Faktura Wykonawcy 151/09/2008 z dnia 04.09.2008 r., Faktura wysypiska 578/0/2008 z dnia 31.07.2008r., Faktura wysypiska 677/0/2008 z dnia 30.08.2008r.- znajdują się w aktach kontroli.

Czas załadunku odpadu na budowie na środki transportu, przewozu odpadu na wysypisko miejskie oraz czas wyładunku odpadu na wysypisku wyliczono w oparciu o rzeczywisty czas wykonania wynoszący 77 godzin. Stawka za 1 godzinę transportu specjalistycznego 10-15 ton ładunku, w wysokości 100 zł/mg jest stawką niższą niż wynikająca z oferty Wykonawcy, określonej w poz.2 kosztorysu ofertowego na stronie 93 oferty, wynoszącej 119 złotych za m-g.

**Dowody:** kosztorys ofertowy Wykonawcy załączony w poz.1.- znajdują się w aktach kontroli.

Wykonawca refakturował koszty związane z badaniem gruntu w wysokości 1770 złotych netto, wynikające z rachunku stanowiącego załącznik umowy o dzieło z dnia 13.08.2008r. oraz dołączonych wyników badania zanieczyszczenia gruntu rodzimego po wykonaniu procesu oczyszczenia gruntu skażonego, wykonanych przez ██████████. Wykonawca zlecając wykonanie badań, realizował obowiązek PWSZ im. Witelona w Legnicy wynikający z §8 ust. 1 umowy zawartej z Gminą Legnica w dniu 04.05.2006r., dlatego też poniesione koszty należało Wykonawcy zwrócić.

**Dowody:** Umowa o dzieło z dnia 13.08.2008r., potwierdzenie wykonania badań , umowa dzierżawy terenu z dnia 04.05.2006r, sprawozdanie z wykonanych badań laboratoryjnych, badania laboratoryjne).- znajdują się kontroli.

NIK pominął w badaniu kontrolnym niezwykle istotne okoliczności świadczące o braku nieprawidłowości w tym zakresie. Otóż, w niniejszej sprawie można wyodrębnić usługę transportową, usługę badań gruntu oraz usługę utylizacji. Są to trzy różne usługi. Co istotne, usługa transportu kosztowała 9.394,00 zł brutto, zatem poniżej 4 tys. euro. Natomiast badania gruntu kosztowały 2.159,00 zł brutto, zatem także poniżej 4 tys. euro. Reasumując, skoro są to dwa odrębne zamówienia i wartość każdego z nich plasuje się poniżej 4 tys. euro (łącznie zresztą też), to zamawiający, w świetle Zarządzenia Nr 3/08 Kanclerza PWSZ, nie miał obowiązku dokonywania analizy rynku i zawierania pisemnej umowy. Należy podkreślić, że zarzut NIK został postawiony w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny i prawny, i dlatego jest bezpodstawny.

Warto podkreślić, że zgodnie z ugruntowanym poglądem, z jednym zamówieniem mamy do czynienia, gdy ze względu na określone wyróżniające cechy można traktować je jako jeden proces. W tym celu należy postugiwać się łącznie następującymi kryteriami:

- a) tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu),
- b) tożsamość czasowa zamówienia (możliwość przewidzenia przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu),
- c) możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę<sup>4</sup>.

Zatem, nie ulega wątpliwości, że wskazane przez NIK usługi stanowiły odrębne zamówienia. W konsekwencji wartość każdego z nich powinna być określana odrębnie.

Z uwagi na fakt, że zafakturowane koszty były w równowartości kosztów poniesionych i nie uwzględniały narzutów Wykonawcy, Inwestor po przeprowadzeniu analizy stanu faktycznego oraz uzyskaniu wymaganych opinii prawnych potwierdzających zasadność, dokonał zapłaty faktur 90 i 91 z dnia 09.09.2008r. wystawionych przez Inwestora Zastępczego, rezygnując z niewymaganego w tej sytuacji badania rynku usług oraz negocjowania warunków realizacji zamówienia uzupełniającego, udzielonego w dniu 09.10.2008r.

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że PWSZ im. Witelona w Legnicy wybrała najkorzystniejsze rozwiązanie. Żaden inny wykonawca, ze względu na wskazane powyżej okoliczności nie byłby w stanie zapewnić tak korzystnych warunków finansowych.

---

<sup>4</sup> Udzielanie zamówień publicznych w związku z wystąpieniem powodzi - zagadnienia wybrane na podstawie pytań kierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych.

### **1.9. Wydatkowanie w latach 2003 – 2012 środków publicznych w związku z zagospodarowaniem budynków „D” PWSZ**

W pkt 1.9 pkt 1 części „Ustalone nieprawidłowości” Informacji NIK stwierdził, iż PWSZ w sposób niezgodny z prawem wydatkowała środki publiczne w łącznej wysokości 709.400,00 złotych brutto. Istotne jest przy tym, iż NIK nie wskazał jakie przepisy prawa zostały naruszone. Nie można bowiem uznać, iż naruszeniem przepisów prawa jest niedysponowanie prawami autorskimi.

Niezmiernie istotne znaczenia w niniejszej sprawie ma fakt, iż przesłanki uprawniające do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp) nie są uzależnione od jakichkolwiek działań zamawiającego (w tym przypadku jak stwierdził NIK „zaniechań zamawiającego, które uniemożliwiły zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki”).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wymagane jest aby dostawy, usługi lub roboty budowlane mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z jednego z następujących powodów z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Jeżeli zaistniały przesłanki do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki to zamawiający posiada możliwość prowadzenia przetargu we wskazanym trybie. W tym stanie rzeczy stwierdzenie przez NIK, iż PWSZ naruszyła przepisy prawa jest bezpodstawne i nieoparte jakimikolwiek dowodami. Zarzut NIK dotyczący parafowania przez Kanclerza PWSZ [REDAKTOWANE] umowy sugerujący nie chronienie w umowie w sposób należyty interesów Uczelni jest bezpodstawny i nie udowodniony. NIK nie wykazał ani jakie przepisy naruszono ani też jakie były przyczyny tego stanu oraz czy były też inne osoby parafujące tę umowę. Dlatego też należy wykreślić z wystąpienia te oceny sugerujące bliżej nieokreśloną nieprawidłowość, a nie zbadane w sposób rzetelny przez NIK.

Warto również wskazać, iż dokumentacja projektowa pn. „Remont i przebudowa istniejących budynków PWSZ im. Witelona w Legnicy przy ulicy Sejmowej o numerach 1 i 2, wchodzących w skład kompleksu obiektów pokoszarowych JAR” została opracowana w 2004 r. przez [REDAKTOWANE] na podstawie umowy z dnia 9 marca 2004 r. Na podstawie sporządzonej dokumentacji Urząd Miasta Legnicy w dniu 17 maja 2004 r. wydał pozwolenie na budowę.

Zlecenie wykonania projektu Uczelnianego Centrum Innowacji i Wdrożeń w 2004 r., podyktowane było możliwością uzyskania dotacji unijnej na działania innowacyjno – wdrożeniowe. Ponieważ ustalone terminy na przygotowanie dokumentacji aplikacyjnej (w tym projektu i pozwolenia na budowę) były

bardzo krótkie, nie było możliwości w wymaganym terminie przygotowania i przeprowadzenia procedury przetargowej związanej z wyborem Inwestora Zastępczego.

Inwestor Zastępczy kierując się długoletnią współpracą z PWSZ, podjął się wykonania czynności związanych z wyborem Wykonawcy projektu rezygnując ze swojego wynagrodzenia, które zostało przekazane PWSZ w formie darowizny. PWSZ działając poprzez Inwestora Zastępczego, nie zakładała dokonywania w opracowanym projekcie celowym jakichkolwiek zmian, w szczególności dotyczących zmiany technologii lub przeznaczenia obiektów. Inwestor Zastępczy zabezpieczył Inwestorowi to co mógł zabezpieczyć na etapie przygotowania postępowania przetargowego, mianowicie autorskie prawa majątkowe. Specyfika wystąpień o przyznanie dotacji środków unijnych wymaga wykazania, że projekt jest przygotowany do realizacji i posiada aktualne pozwolenie na budowę. Konieczność poniesienia kosztów związanych z wykonaniem projektu nie gwarantuje otrzymania dotacji, tak jak to miało miejsce w tym przypadku.

Po upływie 5 lat od zakończenia opracowania projektu podstawowego, zaistniała możliwość uzyskania kolejnej dotacji na Akademicki Inkubator Przedsiębiorczości. Dostosowanie projektu podstawowego do nowej funkcji i nowego przeznaczenia obiektów wymagało dokonania w nim istotnych zmian. Dokonywanie zmian w projekcie przez inne osoby niż sami twórcy powoduje utratę roszczeń z tytułu ewentualnych wad przyjętych rozwiązań projektowych, które w mniejszym lub większym stopniu są wykorzystywane w projekcie zamiennym. Żaden twórca nie wyraża zgody na dokonanie zmian w swoim projekcie w takim zakresie, jaki miał miejsce w przypadku projektu zamiennego Akademicki Inkubator Przedsiębiorczości.

W dniu 3 sierpnia 2008 r. autorzy ww. dokumentacji projektowej, tj. [REDAKTION] (Architektura i technologia), [REDAKTION] (Konstrukcja), [REDAKTION] (instalacja wentylacji mechanicznej klimatyzacji – instalacje wod. kan., c.u.w., c.o., c.t., sieci i przyłącza), [REDAKTION] (Instalacje elektryczne) oświadczeniem udzielili [REDAKTION] w Legnicy wyłącznego upoważnienia do dokonywania zmian w opracowanej przez nich dokumentacji projektowej (bez ograniczeń) w zakresie następujących pól eksploatacji: dostosowania projektu budowlanego i wykonawczego do nowych rozwiązań funkcjonalno-technologicznych i konstrukcyjnych budynków, powielania i zwielokrotniania całego projektu, poszczególnych części i rysunków opracowań oraz zapisywania na różnych nośnikach pamięci i zwielokrotniania jego wersji elektronicznej do wykorzystania w celu realizacji inwestycji, udostępniania tych opracowań pomiotom, które w przyszłości dokonywać będą zmian w opracowaniach, jak również wykorzystywania projektu jako elementu dokumentacji przetargowych. Podsumowując twórcy udzielili wprawdzie licencji na dokonanie zmian [REDAKTION] jako Inżynierowi Projektu, jednak osobowo, działając jako zespół projektowy

■■■■■ sami dokonali zmian w projekcie podstawowym tworząc wymagany projekt zamienny. Interes Uczelni w tym przypadku był zabezpieczony w sposób prawidłowy.

Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku Ośrodka Projektów i Edukacji, na realizację, którego Uczelnia otrzymała częściową dotację. Tylko twórcy projektu działający w strukturach ■■■■■, w terminie dwóch miesięcy od zawarcia umowy mogli dokonać istotnych zmian w projekcie Akademickiego Inkubatora Przedsiębiorczości, dostosowując ten projekt do nowej technologii i kolejnej zmiany przeznaczenia obiektów. Tak krótki termin wykonania projektu zamiennego wynikał z konieczności wykazania ■■■■■ i Urzędowi Miasta Legnicy, że wniosek PWSZ na przyznanie dotacji celowej dotyczy zadania inwestycyjnego przygotowanego do realizacji, z ważnym pozwoleniem na budowę.

(Dowody: Strony tytułowe projektów Uczelnianego Centrum Innowacji i Wdrożeń, Akademickiego Inkubatora Przedsiębiorczości oraz Ośrodka Projektów i Edukacji, Umowa z dnia 04.09.2009r., Umowa z dnia 15.06.2010r.).

Zastosowanie przesłanki z art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp była więc jak najbardziej uzasadnione, ponieważ istniał tylko jeden Wykonawca zdolny był do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych – w tym przypadku związanych z ochroną praw autorskich i pokrewnych na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 z późn. zm.). Istnienie praw wyłącznych w niniejszym przypadku skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia Wykonawcy ■■■■■. Przekazanie przez autorów dokumentacji projektowej praw autorskich w odrębnych polach eksploatacji spowodował, iż wyłącznie ■■■■■ dysponował autorskimi prawami majątkowymi do stworzonej dokumentacji, co oznacza, że nie można było dokonać wyboru Wykonawcy w procedurze konkurencyjnej.

Należy również podkreślić, że opracowanie zmian w projektach budowlanych i wykonawczym jest dziełem zależnym od wykonanej dokumentacji i nie stanowi odrębnego utworu, którego zlecenie wykonania można udzielić w trybie konkurencyjnym. Bezspornie należy stwierdzić, iż przesłanka opisana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, uzasadniała możliwość zastosowania w niniejszym przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, bowiem posiadanie przez jakiś podmiot autorskich praw majątkowych przysługujących ex lege, świadczy jednocześnie o istnieniu tylko jednego podmiotu, który jest w stanie wykonać zamówienie.

Na marginesie, PWSZ pragnie wyjaśnić, iż „■■■■■” działając jako Inżynier Projektu - koordynowała wykonanie przez twórców projektu zamiennego, to nadzór autorski w trakcie wykonania robót



sprawowali sami twórcy. [REDAKTOR] była jedynie koordynatorem tego nadzoru, swoje autorskie prawa majątkowe do projektu przekazała PWSZ i nie posiadała żadnych praw do projektu, oprócz zobowiązana gwarancyjnego za projekt. Działając w interesie, już jako Inwestor Zastępczy zastrzegła sobie prawo w umowach z twórcami do składania roszczeń w przypadku stwierdzenia w trakcie wykonywania robót, wad dokumentacji projektowej. Przeprowadzony proces realizacji inwestycji, zakończony uzyskaniem decyzji zezwalającej na jej użytkowanie wykazał, że projekt nie zawierał wad skutkujących koniecznością wprowadzania w nim zmian istotnych, powodujących z kolei podwyżkę kosztów realizacji inwestycji.

[REDAKTOR] złożyła swoją ofertę na wykonanie czynności zastępstwa inwestycyjnego w przetargu publicznym nieograniczonym i powyższy przetarg wygrała. W wyniku rozstrzygnięcia przetargu w dniu 1 czerwca 2010 r. zawarto umowę na Zastępstwo Inwestycyjne, a dopiero po tym fakcie, w dniu 15 czerwca 2010 r. zawarto ze [REDAKTOR] umowę na wykonanie projektu zamiennego (po przeprowadzeniu procedury w trybie „z wolnej ręki”, na skutek zaistnienia podstawy opisanej powyżej).

Należy stwierdzić, że było żadnego konfliktu interesów, Inwestor Zastępczy na każdym etapie postępowania, w sposób właściwy, transparentny i zgodny z prawem zabezpieczał interesy PWSZ. Inwestycja została przeprowadzona i rozliczona w należytej starannością, został uzyskany założony efekt rzeczowy, umożliwiający rozliczenie uzyskanej dotacji. Dzięki staranności wykonania i właściwego nadzoru nad realizowaną inwestycją, uzyskano wymierny efekt ekonomiczny. Brak zatem podstaw do stwierdzenia, iż miały miejsce "mechanizmy korupcyjne", których pojęcie NIK wskazuje jedynie jako definicję własnego pracownika, nie uzasadniając należycie iż takie mechanizmy w PWSZ mogły występować. („A. Hussein. Zagrożenie korupcją, w świetle badań kontrolnych NIK przeprowadzonych w roku 2003. Warszawa 2004. str. 11.”)

## **II. Zarzuty NIK dotyczącego przekazania do użytku obiektu**

W pkt 1.9 pkt 2 części „Ustalone nieprawidłowości” wystąpieniu pokontrolnym NIK stwierdził, iż PWSZ dokonała zmiany umowy na roboty budowlane OPIE w ten sposób, iż usunął wymóg przekazania do użytku każdego z dwóch etapów inwestycji, zastępując do obowiązkiem przekazania do użytku całego obiektu/inwestycji.

W związku z czym, NIK o stwierdził naruszenie art. 144 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, iż NIK nie dokonał prawidłowej analizy art. 144 ustawy Pzp, który zezwala na zmianę

umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy zmiana jest zmianą nieistotną (szczegółowa analiza art. 144 ustawy Pzp została dokonana w pkt III poniżej).

W wystąpieniu NIK nie odniósł się w żaden sposób nie uzasadnił z jakich powodów uważa, iż zmiana umowy dokonana przez PWSZ jest zmianą istotną. Ponadto, NIK w żaden sposób nie uargumentował dlaczego nie daje wiary wyjaśnieniom PWSZ, zgodnie z którymi pozwolenie na budowę nr 622/09 z oraz pozwoleniem 379/2010 (zatwierdzającym projekt zamienny) nie umożliwiały przekazywania jej do użytku etapami. Wewnętrzne przekonanie NIK co do rzekomo dokonanych naruszeń nie może stanowić zarzutów nieprzestrzegania ustawy Pzp. W związku z powyższym zarzut, które został rzetelnie przeanalizowany, nie odnoszący się do pełnej dokumentacji przetargowej i nie posiadający uzasadnienia, nie powinien być brany pod uwagę.

Należy w tym miejscu odnotować, iż w § 18 umowy przewidziano możliwość dokonywania zmiany umowy. Wśród wymienionych przesłanek znajdowała się przesłanka „ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy lub zmiany sposobu wykonywania przedmiotu umowy [...] przy czym w/w zmiana spowodowana może być tylko okolicznościami korzystnymi dla Zamawiającego, zaistniałymi w trakcie realizacji przedmiotu umowy [...]”.

Oczywistym jest przy tym fakt, iż skoro pozwolenia na budowę nie przewidywało etapowego przekazywania inwestycji to zmiana umowy (tj. jednorazowe przekazanie całej inwestycji) w tym zakresie była korzystna dla PWSZ. Dzięki zmianie umowy PWSZ nie była zobowiązana do zmiany pozwolenia na budowę. Co w konsekwencji nie zrodziło negatywnych skutków finansowych. Było to również korzystne dla PWSZ pod względem terminowości realizacji inwestycji, tj. PWSZ nie musiała oczekiwać do 2 -3 miesięcy na nową decyzję o pozwoleniu na budowę.

Z daleko wysuniętej ostrożności podnieść należy, iż dokonana zmiana mogłaby być potraktowana jako nieistotna zmiana umowy w świetle art. 144 ustawy Pzp. Należy bowiem przypomnieć, iż dokonana zmiana (tj. sposób oddania inwestycji) nie dotyczyła wydłużenia terminu realizacji całej inwestycji. Termin 30 sierpnia 2012 roku nie uległ zmianie.

Zgodnie z opinią UZP<sup>5</sup> dotyczącą zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT), kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy), uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy

---

<sup>5</sup> Opinia Urzędu zamówień publicznych - Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT) opublikowana na portalu [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie, to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem UZP, będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie, lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok ETS<sup>6</sup>, w którym ETS wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”.

Z kolei w sprawie C-337/98 ETS<sup>7</sup> stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko ETS w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania.

Powyższe zostało potwierdzone w uzasadnieniu projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI Kadencji), gdzie wskazuje się, że zmiany nieistotne należy rozumieć jako takie, co do których wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, ani na wynik postępowania.

Powyższe uzasadnia twierdzenie, że ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w szczególności w odniesieniu do: zakresu, w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu,

---

<sup>6</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur  
<sup>7</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 2000 r., C-337/98, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2000, nr 10A, poz. I-08377

potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy podnieść, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Zatem, z uwagi na fakt, iż pojęcie oferty nie zostało w ustawie PZP zdefiniowane, należy w tym zakresie posługiwać się definicją KC, zgodnie z którą „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy” (art. 66 KC). W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oznacza to, że oferta musi w pełni odpowiadać nie tylko obowiązującym przepisom KC ale również, w świetle art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, wszystkim wymaganiom określonym w treści SIWZ. Oczywiście przy tym jest to, że przez ofertę rozumie się nie tylko sam formularz ofertowy, ale również - stanowiące jego integralną część - załączniki do formularza, na co PWSZ zwróciła uwagę w rozdziale XVI SIWZ. Ponadto, oferta powinna określać istotne postanowienia umowy (*essentialia negotii*). Pod pojęciem tym należy rozumieć te postanowienia, które decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym spośród innych umów. Bez ich określenia dana umowa nie może dojść do skutku. Rodzaj i zakres istotnych postanowień umowy zależy od tego, jaki stosunek prawny ma ona kreować. Przede wszystkim istotne znaczenie ma określenie ceny, terminu oraz przedmiotu zamówienia.

W Postępowaniu prowadzonym przez PWSZ, Wykonawca powinien określić jedynie cenę za wykonanie usługi. Natomiast postanowienia umowy takie jak przedmiot zamówienia, termin realizacji zamówienia czy sposób płatności realizacji były ustalone przez PWSZ w dokumentacji przetargowej. Zatem Wykonawca nie mógł w ofercie zaproponować innego sposobu realizacji zamówienia. Uznać zatem należy, iż istotnym elementem oferty złożonej w Postępowaniu, było określenie ceny za wykonanie przedmiotowych prac. Innymi słowy, ofertę stanowi wyłącznie określona przez Wykonawcę cena. Natomiast sposób realizacji zamówienia (tj. jednorazowe przekazanie inwestycji) jest oświadczeniem woli PWSZ, a nie Wykonawcy (tj. nie stanowi treści oferty Wykonawcy).

Powyższe może stanowić podstawę do uznania proponowanej zmiany jako zmiany nieistotnej w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

### **III. Zarzuty NIK dotyczące zmiany terminu na wybór wykonawcy robót budowlanych**

W pkt 1.9 pkt 3 części „Ustalone nieprawidłowości” Informacji NIK stwierdził, iż PWSZ dwukrotnie wydłużyła czas, w którym inwestor zastępczy miał zawrzeć umowy z wykonawcą przedsięwzięcia inwestycyjnego (najpierw do dnia 30 marca 2011 r., a następnie do dnia 30 czerwca 2011 r.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie zastępstwa inwestorskiego. Zdaniem NIK SIWZ nie przewidywała takiej możliwości.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, iż NIK nie dokonał prawidłowej analizy art. 144 ustawy Pzp, który zezwala na zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku zmiana jest zmianą nieistotną – jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie.

W wystąpieniu pokontrolnym NIK nie odniósł się w żaden sposób z jakich powodów uważa, iż zmiana umowy dokonana przez PWSZ jest zmianą istotną. W ocenie PWSZ zagadnienie to nie zostało przez NIK rzetelnie zbadane, nie odnosi się do pełnej dokumentacji przetargowej i nie posiada uzasadnienia, a w związku z tym zarzut ten nie powinien być brany pod uwagę.

Wyjaśnić należy, iż w wyniku prowadzonego postępowania na pełnienie funkcji inwestora zastępczego Inwestycji, w dniu 1 czerwca 2010 roku PWSZ zawarła z Wykonawcą umowę („Umowa”).

W § 1 ust. 1 Umowy wyraźnie wskazano, iż przedmiotem Umowy jest przygotowanie i obsługa inwestycji w zakresie zastępstwa inwestorskiego nad realizacją zadania pod nazwą: „Nadanie nowych, edukacyjnych funkcji zdegradowanym obiektom powojkowym – przebudowa i adaptacja budynków „D” Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy na Ośrodek Projektów i Edukacji”. Zakres przedmiotu Umowy został określony także w § 5 ust. 2 Umowy oraz w załączniku nr 1 do SIWZ, zgodnie, z którymi zamówienie obejmuje obowiązki inwestora zastępczego od przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego na wybór wykonawcy robót budowlano- montażowych, aż do rozliczenia końcowego całej inwestycji.

Ponadto w § 2 ust. 1 Umowy określono, iż „Umowa będzie wykonywana w terminie od daty podpisania umowy do daty ostatecznego rozliczenia przedsięwzięcia inwestycyjnego, przy czym rozliczenie to powinno nastąpić najpóźniej do dnia 30.09.2012 r.” Zgodnie z ust. 2 „Inwestor Zastępczy, w ramach wykonania niniejszej Umowy, najpóźniej do dnia 1.09.2010 r. doprowadzi w trybie udzielenia zamówienia publicznego do zawarcia umowy z wykonawcą przedsięwzięcia inwestycyjnego (dalej "wykonawca robot").

Z zacytowanych powyżej postanowień Umowy wynika, iż obowiązuje ona aż do dnia zakończenia Inwestycji. Mając na uwadze powyższe należy przyjąć, iż wskazane daty 1 września 2010 roku i 30 września 2012 r. są przewidywalnymi terminami w chwili wszczęcia postępowania, a następnie

w dniu zawarcia Umowy, terminem realizacji Umowy, a nie „sztywnymi” datami zakończenia prac w ramach inwestycji.

Z powyższego wynika, iż PWSZ uzależniła termin realizacji poszczególnych etapów realizacji Umowy od zakończenia realizacji Inwestycji. Natomiast terminy 30 września 2010 roku i 30 września 2012 r. zostały wskazane jako przewidywane termin zakończenia danego etapu.

Taki sposób określenia terminów nie tylko wynika z zapisów SIWZ oraz Umowy, ale również stanowi praktykę w przypadkach realizacji kilku zamówień przez różnych wykonawców, których wykonanie jest od siebie zależne, a dodatkowo współfinansowane przez podmioty trzecie (co ma miejsce w przypadku niniejszej sprawy).

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż dokonanie zmiany zapisu § 2 ust. 1 Umowy w zakresie planowanego terminu zakończenia Umowy jest zgodne z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp „zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.

Przepis ten zasadniczo wprowadza zakaz dokonywania zmian w umowie, od którego wprowadza dwa wyjątki. Po pierwsze dopuszczalne są takie zmiany umowy, które stanowią nieistotną treść oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta umowa. Po drugie dopuszczalna jest istotna zmiana umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zgodnie z § 4 wzoru umowy (stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ) w ust. 3 określono, iż „W przypadku niezabezpieczenia przez Zamawiającego środków, o których mowa w ust. 1 Inwestor zastępczy będzie miał prawo zmiany określonego w § 1 terminu zakończenia przedsięwzięcia inwestycyjnego”. Natomiast w ust. 4 postanowiono, że „Strony zastrzegają możliwość zmiany terminu w innych okolicznościach od nich niezależnych. Zmiany te zostaną odpowiednio wprowadzone aneksem do umowy”.

Wydłużenie czasu realizacji Umowy spowodowane zostało okolicznościami nie leżącymi po jego Wykonawcy. Konieczność przedłużenia terminu na wykonawcę robót budowlanych było spowodowane wstrzymaniem środków przez finansującego Inwestycję (tj. Województwo Dolnośląskie). Oczywistym jest bowiem, że wstrzymanie środków finansowych to okoliczność od stron Umowy niezależna, to ww. wstrzymanie nie zostało spowodowane działaniem lub zaniechaniem stron Umowy. Oznacza to,

iż zostały spełnione przesłanki dopuszczalności dokonania zmiany § 2 ust. 1 Umowy w zakresie terminu zawarcia określone w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **1.10. Udział PWSZ w CIW sp. z o.o.**

Ustosunkowując się do pkt.1.10. wystąpienia podnoszę, iż wskazane przez NIK nieprawidłowości nie są uzasadnione pod względem faktycznym i prawnym. W całości podtrzymuję treść pisma PWSZ z dnia 16.07.2013 r. kierowanego do [REDAKTOWANE] specjalisty kontroli państwowej oraz pisma z 07.11.2012 kierowanego do [REDAKTOWANE]. Powyższe pisma znajdują się w aktach kontroli. Trudno wyjaśnić dlaczego, pomimo tak szczegółowych informacji przekazanych w powołanych pismach, w dalszym ciągu NIK podtrzymuje stwierdzone przez siebie nieprawidłowości, w szczególności dotyczące wydatkowania środków finansowych. Kontrolujący nie zwrócił uwagi na fakt, iż CIW sp. z o. o. została powołana zgodnie z przepisami ksh i jako taka – w okresie jej funkcjonowania - posiadała odrębny byt prawny, również z uprawnieniami i obowiązkami wynikającymi z przepisów prawa dla powołanych w niej organów.

#### **2. Wykonanie wniosków pokontrolnych NIK**

Dokonana przez kontrolującego negatywna ocena realizacji wniosku „Dokonywanie wydatków w sposób oszczędny i gospodarny zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, m.in. poprzez zaprzestanie finansowania ze środków publicznych kosztów nie obejmujących inwestowania w edukację i rozwój uczelni” jest całkowicie nieuzasadniona i sprzeczna z uchwałą nr 35/2010 Komisji Rozstrzygającej NIK z dnia 20 października 2010 r., która w dużej części uwzględniła wniesione przez Uczelnie zastrzeżenia dotyczące wystąpienia pokontrolnego z dnia 16 sierpnia 2010r.,

Koniecznym wydaje się na wstępie podnieść, że kontrolujący negując realizację wniosków pokontrolnych powinien odnieść się do stwierdzonych nieprawidłowości ustalonych podczas wcześniejszej kontroli i wykazanych zaleceń pokontrolnych w poprzednim wystąpieniu pokontrolnym, jak również do sposobu realizacji tych wniosków wskazanych przez kontrolowanego w piśmie z dnia 10 stycznia 2011r. Kontrolujący nie dokonał takiej analizy zamieszczając w części dotyczącej realizacji poprzednich wniosków pokontrolnych ustalenia dotyczące lat 2010-2012, które zgodnie z zasadami kontroli postępowania kontrolnego powinny ewentualnie stanowić podstawę do sformułowania wniosków pokontrolnych jedynie aktualnie prowadzonej kontroli.

Ustalając negatywną ocenę częściową wystąpienia pokontrolnego (str. 22), NIK nie uwzględnił orzeczenia Komisji Rozstrzygającej NIK - uchwały nr 35/2010 z dnia 20 października 2010 r.

W poprzednim wystąpieniu pokontrolnym z dnia 16 sierpnia 2010 r. LWR-4101-04-03/2010 na stronach 5-7 punkty 6-8 uznano jako niecelowe i niegospodarne trzy działania uczelni :

- 1) zakup samochodu służbowego Audi 6,
- 2) sfinansowanie kosztów czynszu za najem lokalu mieszkalnego dla Rektora,
- 3) zlecenie Kancelarii Prawnej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednak ustalenia kontroli w wymienione w punktach 2 i 3 i zalecenia w tym zakresie, w wyniku złożonych przez PWSZ zastrzeżeń, zostały wykreślone.

Uwzględniając powyższe, ponowne kwestionowanie ponoszenia kosztów na czynsz za najem lokalu dla Rektora należy potraktować jako nierespektowanie rozstrzygnięcia Komisji Rozstrzygającej, a tym samym całkowicie pozbawione podstaw.

Uczelnia wskazując sposób realizacji wniosku pokontrolnego zawartego w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 16 sierpnia 2010 r. zobowiązała się do dokonywania wydatków w sposób oszczędny i gospodarny zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, m.in., poprzez zaprzestanie finansowania ze środków publicznych kosztów nie obejmujących inwestowania w edukację studentów i rozwój uczelni; poinformowała nadto, że przygotowywane są przepisy dotyczące ustalenia zasad Systemu Kontroli Zarządczej zmierzające do wprowadzenia mechanizmów kontroli finansowej w zakresie oceny celowości zaciągania zobowiązań finansowych, a tym samym do dokonywania wydatków w sposób oszczędny i gospodarny.

Zdaniem PWSZ zobowiązanie zawarte w piśmie z dnia 10 stycznia 2011 r. dotyczące realizacji wniosków pokontrolnych w kontekście ustaleń poprzedniego wystąpienia pokontrolnego zostało wykonane, a zatem ocena dokonana przez kontrolującego nie znajduje uzasadnienia, abstrahując od okoliczności, że na pięć zaleceń pokontrolnych negatywna ocena dotyczy realizacji jednego z nich.

Nie sposób również zgodzić się z tym, że poniesione przez Uczelnię, a zakwestionowane przez NIK wydatki nie są związane z edukacją studentów i rozwojem uczelni, bo zarówno obsługa prawna jak i zatrudnienie audytora wewnętrznego jest związane z rozwojem jednostki w zakresie prawidłowego wydatkowania środków, a juwenalia jako święto wpisane w tradycję studentów od XV wieku należy potraktować jako wydatek związany z edukacją studentów.



Dodatkowo niezbędnym wydaje się podnieść, że NIK nie badał działalności kontroli wewnętrznej, a zatem ferowanie ocen w tym zakresie jest całkowicie nieuzasadnione, a wniosek pokontrolny w tym zakresie bezpodstawny.

Biorąc pod uwagę postanowienia art. 53 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli – które nie przewidują oceny częściowej, przy uwzględnieniu podniesionych kwestii zdaniem kontrolowanego wydana negatywna ocena jest nieuzasadniona.

Uczelnia podnosi również zastrzeżenia do oceny wykonania wniosku pokontrolnego w zakresie dokonywania comiesięcznych wypłat stypendiów przyznawanych studentom, zgodnie z art. 184 P.s.w. Poprzedni wniosek Najwyższej Izby Kontroli z 2010 r. stanowił „Dokonywania comiesięcznych wypłat stypendiów przyznawanych studentom, zgodnie art. 184 P.s.w.” Obecna kontrola realizacji poprzednich wniosków wskazuje, że zalecenie to w okresie ostatnich dwóch lat zostało przez Uczelnię spełnione. Tym samym należy uznać, że Uczelnia w pełni zrealizowała zalecenie Najwyższej Izby Kontroli.

Jednocześnie należy podkreślić, że przy poprzedniej kontroli nie zostało Uczelni wykazane jako nieprawidłowość termin doręczania decyzji, a zatem obecnie kontrolujący bezpodstawnie wykazuje inną nieprawidłowość w punkcie dotyczącym realizacji poprzednich zaleceń pokontrolnych.

Sformułowane powyżej umotywowane zastrzeżenia zdaniem PWSZ nierzetelnie przeprowadzonej przez NIK kontroli, a w związku z tym dokonanie nieuzasadnionej oceny działalności Uczelni w wystąpieniu pokontrolnym uprawniają do złożenia wniosku o dokonanie zmiany oceny, korektę ustaleń oraz wykreślenia wniosków pokontrolnych od nr 1-9.