



REGIONALNA IZBA OBRACHUNKOWA W KRAKOWIE

ul. Kraszewskiego 36
30-110 Kraków
e-mail: krakow@rio.gov.pl

tel/fax (12) 427-32-61
(12) 427-24-50
(12) 427-38-19

WK.6130.45.21.22

Kraków, dnia 7 września 2022 r.

Pan
Jacek MAJCHROWSKI
Prezydent
Miasta Krakowa

W załączeniu przesyłamy uchwałę Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie Nr KI.412.20.2022 z dnia 7 września 2022 r.

PRZEWODNICZĄCY
KOLEGIUM IZBY

Jolanta Nowakowska

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

Otrzymują:

1. Adresat,
2. a/a.

UCHWAŁA NR KI.412.20.2022
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Krakowie

z dnia 7 września 2022 r.

znak sprawy: WK.6130.45.21.22

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie działając na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a i art. 25b ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1668).

p o s t a n a w i a

- 1. uwzględnić zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Krakowa do wystąpienia pokontrolnego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 26 lipca 2022 r., znak: WK.6130.45.21.22, w zakresie dotyczącym wniosku pokontrolnego nr 6.**
- 2. oddalić zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Krakowa do wystąpienia pokontrolnego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 26 lipca 2022 r., znak: WK.6130.45.21.22, w zakresie dotyczącym wniosków pokontrolnych nr 1, 2, 4, 7, 8, 9, 11, 13 i 18.**

U Z A S A D N I E N I E

W okresie od dnia 19 sierpnia 2021 r. do dnia 10 stycznia 2022 r., Inspektorzy Kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1668), dalej jako: „u.r.i.o” przeprowadzili kontrolę kompleksową Gminy Miasta Kraków w zakresie gospodarki finansowej, w tym realizacji zobowiązań podatkowych oraz zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem działalności w latach 2019 - 2020 i w 2021 r., do dnia obowiązywania upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Ustalenia zawarte w protokole kontroli, podpisanym w dniu 30 maja 2022 r. przez Inspektorów Kontroli oraz przedstawicieli Gminy Miasta Kraków – Prezydenta Miasta Krakowa i Skarbnika Miasta Krakowa, stanowiły podstawę skierowania do Prezydenta Miasta Krakowa wystąpienia pokontrolnego przez Zastępcę Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie pismem z dnia 26 lipca 2022 r. znak: WK.6130.45.21.22, w którym sformułowanych zostało 18 wniosków pokontrolnych.

Stosownie do przepisów art. 9 ust. 3 zdanie drugie i ust. 4 u.r.i.o. do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje jednostce kontrolowanej prawo

zgłoszenia zastrzeżenia do kolegium izby. Zastrzeżenie te właściwy organ jednostki kontrolowanej składa w terminie 14 dni od daty otrzymania wystąpienia pokontrolnego za pośrednictwem prezesa izby.

Kolegium ustaliło, że wystąpienie pokontrolne z dnia 26 lipca 2022 r. znak: WK.6130.45.21.22, doręczone zostało jednostce kontrolowanej w dniu 26 lipca 2022 r. za pośrednictwem platformy ePUAP (data wynikająca z UPP - Urzędowego Poświadczenia Przedłożenia). W dniu 9 sierpnia 2022 r., do Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie doręczono osobiście pismo Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 8 sierpnia 2022 r., znak KE-02.1710.4.2021.AZH, skierowane do Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie za pośrednictwem Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, w którym wniesiono zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego z dnia 26 lipca 2022 r., znak: WK.6130.45.21.22 w zakresie wniosków pokontrolnych oznaczonych numerami: 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 18. Wobec powyższego uznać zatem należy, że termin do złożenia zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych został dochowany.

W celu rozpatrzenia wniesionych zastrzeżeń, pismem z dnia 31 sierpnia 2022 r. znak: WKGF.6130.45.21.22 powiadomiono Prezydenta Miasta Krakowa o wyznaczonym na dzień 7 września 2022 r. posiedzeniu Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie poświęconemu rozpoznaniu złożonych zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych. Obowiązek powiadomienia o prawie udziału w posiedzeniu Kolegium wynika z art. 18 ust. 3 w związku z art. 1 ust. 2 pkt 6 u.r.i.o.

W zdalnym posiedzeniu Kolegium Izby uczestniczyli upoważnieni przedstawiciele Gminy Miasta Kraków/Prezydenta Miasta Krakowa, którzy podtrzymali stanowisko Prezydenta Miasta Krakowa w kwestii wniesionych zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych, wyrażone w piśmie znak KE-02.1710.4.2021.AZH z dnia 8 sierpnia 2022 r. oraz przedstawili obszernie wyjaśnienia związane z treścią zastrzeżeń.

Ustawodawca w przepisie art. 9 ust. 4 zd. 2 u.r.i.o., wyraźnie wskazał podstawy (przesłanki, powody) wniesienia zastrzeżeń, którymi są zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Naruszenie prawa poprzez błędną wykładnię polega na mylnym rozumieniu treści określonej normy prawnej, natomiast uchybienie prawu materialnemu przez niewłaściwe zastosowanie polega na tzw. błędzie subsumpcji, co wyraża się w tym, że stan faktyczny ustalony w sprawie błędnie uznano za odpowiadający stanowi hipotetycznemu przewidzianemu w normie prawnej, albo że ustalonego stanu faktycznego błędnie nie „podciągnięto” pod hipotezę określonej normy prawnej (J.P. Tarno, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz, Warszawa 2004, s.245-246 oraz T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, Postępowanie sądowoadministracyjne, Warszawa 2004, s. 328-329).

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie rozpatrując szczegółowo zastrzeżenia wniesione pismem z dnia 8 sierpnia 2022 r. znak KE-02.1710.4.2021.AZH przez Prezydenta Miasta Krakowa (dalej jako „Składający zastrzeżenia”) w zakresie spraw dotyczących wniosków pokontrolnych o numerach 1,

2, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 13 i 18 dokonało ustaleń oraz rozstrzygnięć, przedstawionych odpowiednio w treści uzasadnienia niniejszej uchwały.

W wyniku rozpatrzenia zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych, Kolegium Izby stwierdziło, co następuje:

Wniosek pokontrolny nr 1

Wnioskowi pokontrolnemu nr 1 nadano następujące brzmienie, cyt. „*Żądanie od wykonawcy, w trybie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.) złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu i/lub w trybie art. 223 ust. 1 ww. ustawy złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w celu dokonania jej rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich elementów budzących obiektywne wątpliwości, a w przypadku polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich – dokonania oceny, czy zasoby te pozwalają na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 119, w związku z art. 118 ust. 2 powyższej ustawy.*”

Wniosek pokontrolny nr 2

Wnioskowi pokontrolnemu nr 2 nadano następujące brzmienie, cyt. „*Wzywanie wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.). Przepis ten wskazuje, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.*”

Wnioski tej treści zostały sformułowane w związku z ustaleniem w toku kontroli następującego stanu faktycznego:

W badanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Modernizacja i dostosowanie budynku przy ul. Wielopole 17a do obowiązujących przepisów p.poż.” (znak sprawy: OR-10.271.14.2020) ofertę złożył wykonawca Wojciech Stępski Firma „SIMPLEX”. Oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z treścią oferty i załączonych do niej dokumentów wykonawca ten wskazał jako:

- podwykonawcę, na którego zasoby się nie powoływał Firmę Handlowo-Usługową „EL-INSTAL” inż. Bogusław Dziedział;
- podmiot niebędący podwykonawcą, na którego zasoby się powołał w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia firmę Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk.

W toku prowadzonego postępowania wykonawca złożył następujące dokumenty dotyczące ww. podmiotów:

1. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia” firmy Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk, w którym jako sposób wykorzystania tych zasobów wskazano, cyt. „podwykonawstwo, konsultacje, doradztwo”. W formularzu złożonej oferty w pkt IV. 6, zawierającym oświadczenie oferenta na temat znanych podwykonawców którym zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, nie wskazano jednak na firmę Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk.
2. „Wykaz robót budowlanych” (wg zał. nr 6 do siwz) wraz ze stosownymi referencjami, z których jedna z robót, polegająca na „Budowie sześciu budynków mieszkalnych jednorodzinnych z wykończeniem w Krakowie ul. Hamernia 31” wykonana została przez firmę Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk (zasób udostępniony w zakresie doświadczenia).
3. „Wykaz osób” (wg zał. nr 7 do siwz), w którym wskazano na Pana Bogusława Dziedziaka, jako na osobę posiadającą, wymagane dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, uprawnienia określone w pkt 5.1.2.2 i 5.1.2.3 siwz.

Do oferty nie załączono oświadczenia wykonawcy (Wojciech Stępski Firma „SIMPLEX”), składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ówczesnie obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: *stare p.z.p.*) Oświadczenie to zostało przez wykonawcę uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 wskazanej wyżej ustawy. W oświadczeniu, zgodnie z art. 25a ust. 3 *starego p.z.p.* zamieszczono informacje o firmie Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk, jako o podmiocie na zasoby którego wykonawca się powołał w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Z treści opisanych dokumentów wynikają następujące fakty:

1. Wykonawca powołał się na zasoby firmy Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia. W załączonym do oferty „Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia” wskazano co prawda, jako sposób wykorzystania tych zasobów, cyt. „podwykonawstwo, konsultacje, doradztwo”, jednak w treści oferty (pkt IV. 6 formularza ofertowego) nie wskazano tego podmiotu jako podwykonawcy.
Zdaniem kontrolujących treść tych dokumentów budziła obiektywne wątpliwości czy firma Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk będzie realizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności, które udostępnia wykonawcy są wymagane, tj. czy spełniony jest wymóg art. 22a ust. 4 *starego p.z.p.*, a tym samym, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia.
2. Wykonawca wskazał Firmę Handlowo-Usługową „EL-INSTAL” inż. Bogusław Dziedziak, jako podwykonawcę, a równocześnie osobę fizyczną - Bogusława Dziedziaka, jako osobę posiadającą, wymagane dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, uprawnienia.

Zdaniem kontrolujących treść tych dokumentów była niejasna i wskazywała, że wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, a w takiej sytuacji winien on złożyć „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.

W złożonych zastrzeżeniach, Kontrolowany zarzuca, iż wnioski nr 1 i nr 2 naruszają prawo poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wskazanych przepisów.

Składający zastrzeżenie opiera się na stwierdzeniu, iż relacja prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą, a podmiotami wskazanymi w ofercie, o których mowa powyżej przesądza o braku konieczności zastosowania przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanych w cytowanych wnioskach przepisów. W złożonych zastrzeżeniach kontrolowany wskazuje, cyt.: „[...] obydwie «stwierdzone nieprawidłowości» opierają się na błędnej kwalifikacji przez Kontrolujących relacji prawnej jaka łączyła wykonawcę zamówienia z osobą fizyczną prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą i zobowiązującą się do osobistej współpracy przy realizacji zamówienia. Jeszcze raz należy podkreślić, że chodzi o osobę fizyczną «udostępniającą» samą siebie w takim celu, aby osobiście – a nie przez swoich pracowników – współrealizować zamówienie wraz z wykonawcą. Niewątpliwie osobisty charakter tej współpracy podkreśla przy tym zamiar wykorzystywania przy wykonaniu kontrolowanego zamówienia uprawnień budowlanych, które z samej swojej natury należą do osoby fizycznej (uprawnienia SEP do 1 kV D i E oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych).”

W dalszej części zastrzeżeń kontrolowany podkreślił, że wbrew twierdzeniom kontrolujących, w przedmiotowym wypadku nie ma miejsca udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego, gdyż chodzi przecież o tę samą osobę, która jest po prostu „drugą” - a nie „trzecią” - stroną relacji bezpośredniej z wykonawcą zamówienia.

Ponadto w złożonych zastrzeżeniach wskazano, cyt. „Zamawiający opierając się wprost na orzeczeniach KIO i stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażanym jednoznacznie i konsekwentnie przez lata stosowania ustawy pzp (wyrok KIO 979/16 z 21 czerwca 2016 r. i uchwała KIO z dnia 6 listopada 2019 r. wydana w toku postępowania kontrolnego Prezesa UZP - KIO/KD 66/19, obydwie zresztą cytowane już we wcześniejszych pismach kierowanych do kontrolującego) twierdzi, że jeśli osoba fizyczna udostępnia samą siebie, to nawet jeśli swoją relację (np. na gruncie kodeksu cywilnego) widzi jako relację podwykonawczą, to nie mamy do czynienia z sytuacją udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego. W konsekwencji zaistnienia tej bezpośredniej relacji, żądanie przedstawienia zobowiązania do oddania zasobów jest bezprzedmiotowe. Dalej należy dostrzec, że skoro sama nazwa instytucji wskazuje na potrzebę istnienia trójkąta relacji trzech różnych podmiotów, a w sytuacji takiej jak wyżej opisana mamy do czynienia z relacją bezpośrednią (bez jakiegokolwiek pośrednictwa podmiotu trzeciego, który w tej relacji przecież w sposób oczywisty i zgodny ze zdrowym rozsądkiem - nie istnieje i nie można go wykazać/zidentyfikować) to nie można zasadnie zarzucać, iż jednak zaistniała relacja trójstronna, i doszło do

zaniechania w wyjaśnianiu statusu „podwykonawcy”, a w zasadzie po prostu osoby fizycznej, realizującej dla wykonawcy część zamówienia.”

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Składającego zastrzeżenie, nie można zasadnie twierdzić, że potencjalnie tzw. „stroną trzecią” tej relacji - która udostępnia tu osobę fizyczną posiadającą uprawnienia budowlane - jest sam status umowy łączącej strony, określony jako stosunek podwykonawstwa. Na gruncie kodeksu cywilnego osoba fizyczna, zwłaszcza prowadząca działalność gospodarczą, może być przecież podwykonawcą.

W przedstawionych okolicznościach faktycznych obydwie zarzuty i towarzyszące im wnioski pokontrolne są bezzasadne.

Rozpatrując powyższą sprawę Kolegium Izby stwierdziło, co następuje.

Na wstępie podkreślić należy, że istota stwierdzonych w toku przeprowadzonej kontroli kompleksowej nieprawidłowości nie polega na negowaniu istnienia lub nieistnienia konkretnej relacji prawnej lub faktycznej pomiędzy tymi podmiotami, a na zaniechaniu przez zamawiającego podjęcia w toku prowadzonego postępowania przewidzianych obowiązującymi przepisami czynności, które zmierzać winny do ustalenia treści dokumentów składanych w tym postępowaniu, na podstawie których zamawiający może ustalić istnienie lub nieistnienie takich relacji.

W opisie nieprawidłowości do wniosku pokontrolnego nr 1 wskazano, że nieprawidłowość ta polega na zaniechaniu zbadania, czy udostępnione wykonawcy przez inny podmiot zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22a ust. 3 *starego p.z.p.* Sformułowany w związku z ustalonym stanem faktycznym wniosek pokontrolny wskazuje, że zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 *starego p.z.p.* lub/i w zakresie treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 tej ustawy.

Również w opisie do wniosku pokontrolnego nr 2 wskazano na zaniechanie wezwania wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 3 *starego p.z.p.* do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień odnośnie do dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Zgodnie z przywołanym wyżej art. 26 ust. 3 i ust. 4 *starego p.z.p.* jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 cytowanej ustawy.

W tym kontekście informacje zawarte w zastrzeżeniach kontrolowanego oraz powołane tam orzecznictwo dotyczące opisanych relacji, jakie łączą wskazane wyżej

podmioty są o tyle bez znaczenia, że fakty dotyczące wykonawcy, w tym podmiotu, na którego zasoby się powołuje, lub podwykonawcy zamawiający może ustalać jedynie na podstawie treści złożonej oferty i załączonych do niej dokumentów i oświadczeń. (Na marginesie wskazać należy, iż w orzeczeniach powołanych przez kontrolowanego w złożonych zastrzeżeniach wyraźnie wskazuje się na konieczność wyjaśnienia z wykonawcą treści złożonych dokumentów również w zakresie relacji istniejących pomiędzy wykonawcą a podmiotami, które wskazuje on w ofercie.) W wyniku ustaleń poczynionych w toku kontroli, które Kolegium Izby podziela, wykazano natomiast, że dokumenty te zawierały sprzeczne i niejasne informacje, które w toku postępowania winny zostać wyjaśnione przez zamawiającego. W stanie prawnym obowiązującym w dniu wszczęcia badanego postępowania podstawę dla dokonania uzupełnienia lub poprawienia lub uzyskania przez zamawiającego wyjaśnień odnośnie do złożonych w toku postępowania dokumentów stanowiły wskazane wyżej przepisy art. 26 ust. 3 i ust. 4 *starego p.z.p.*, których odpowiednikiem w obecnym stanie prawnym są przepisy art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: *p.z.p.*)

Kolegium Izby stoi na stanowisku, że żaden przepis, ani poprzednio, ani obecnie obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych nie pozwala na dokonywanie przez zamawiającego jakichkolwiek domniemań w zakresie, czy to treści oferty, czy treści złożonych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń. Z tego powodu prezentowane przez kontrolowanego argumenty (zaprezentowane również w złożonych w toku kontroli wyjaśnieniach) nie mogły mieć wpływu na ustalone w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych fakty i ich ocenę pod względem zgodności z prawem podejmowanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie osoby Bogusława Dziedziaka raz został on (jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą) wskazany w ofercie jako podwykonawca, raz (wymieniony jedynie z imienia i nazwiska) jako osoba posiadająca, wymagane dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu uprawnienia. Literalna treść oferty wskazuje więc, że w realizacji zamówienia będzie brał udział podwykonawca, który dodatkowo udostępnia wykonawcy swoje zdolności techniczne lub zawodowe w rozumieniu art. 22a ust 1 *starego p.z.p.* W zakresie natomiast firmy Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk została ona wyraźnie wskazana, jako podmiot udostępniający zdolności techniczne lub zawodowe dotyczące doświadczenia. W takim przypadku art. 22a ust. 4 *starego p.z.p.* wymaga, aby podmiot ten realizował w ramach udzielonego zamówienia roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W treści oferty firma Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk nie została jednak wymieniona jako podwykonawca.

Z tych sprzecznych i niejasnych informacji zawartych w ofercie i złożonych w toku postępowania oświadczeniach i dokumentach nie można było jednoznacznie określić treści oferty w zakresie relacji, jakie łączyły wykonawcę z ww. podmiotami, co zdaniem Kolegium Izby rodziło po stronie zamawiającego obowiązek podjęcia wskazanych w obowiązujących przepisach i wymienionych powyżej czynności zmierzających do jej ustalenia.

O konieczności wyjaśniania wszelkich wątpliwości w zakresie treści oferty i składanych w toku postępowania oświadczeń i dokumentów świadczy utrwalone w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo wskazać można: wyrok KIO/UZP 31/09 z dnia 23.01.2009 r., w którym czytamy, iż w przypadku, gdy cyt.: „*podane w referencjach informacje zdają się nie odpowiadać informacjom podawanym przez wykonawcę w wykazie, zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp i powstałe różnice wyjaśnić*”. Podobnie w wyroku KIO 3483/20 z dnia 28.01.2021 r. wskazano, cyt.: „*Jeżeli spełnienie przez wykonawcę warunku budzi wątpliwości zamawiającego, przykładowo: gdy zachodzi sprzeczność między treścią referencji a opisem warunku lub treścią wykazu usług / dostaw / robót, zamawiający powinien to wyjaśnić stosując art. 26 ust. 4 p.z.p.*”.

W wyroku KIO 601/21 z dnia 22.03.2021 r. Izba wskazała, że cyt.: „*wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być utożsamiane jedynie z przedstawieniem dokumentu przez wykonawcę - czyli takiego "zero-jedynkowego" odhaczenia przedstawienia dokumentu. Zamawiający dokonuje bowiem oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w zasadzie nie polega jedynie na sprawdzeniu złożenia przez Odwołującego "jakiegoś" dokumentu ale w przypadku podjęcia wątpliwości przez Zamawiającego, podejmowania dodatkowych czynności. Gdyby chcieć ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu ograniczyć jedynie do czynności weryfikacji dokumentu, martwymi byłyby przepisy dotyczące wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń i dokumentów - art. 26 ust. 4 ustawy*”.

Analogicznie z orzecznictwa KIO w zakresie polegania na zdolnościach podmiotów trzecich (przykładowo: wyrok KIO 2153/19 z dnia 07.11.2019 r., wyroku KIO 766/20 z dnia 23.06.2020 r.) wynika obowiązek badania przez zamawiającego, czy udostępnione wykonawcy zasoby podmiotu trzeciego pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wyroku KIO 766/20 czytamy, że cyt.: „*Należy podkreślić, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego miało realny charakter, a zatem, iż wykonawca realizując zamówienie będzie tymi zasobami faktycznie dysponował (art. 22a ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Natomiast na zamawiającego został nałożony obowiązek zbadania, czy udostępnione wykonawcy zasoby podmiotu trzeciego pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp).*”

Z treści cytowanych przepisów oraz ustalonego w tym zakresie orzecznictwa bezspornie zdaniem Kolegium Izby wynika, że w przypadku, gdy z dokonanej przez zamawiającego oceny treści oferty i załączonych do niej dokumentów, nie można wywieść konkretnej i precyzyjnej informacji, czy to o sposobie wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu, czy jednoznacznej treści oświadczenia woli wykonawcy w ogólności, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania stosownych wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 i/lub w zakresie treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 *starego p.z.p.* Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty i/lub załączonych do niej oświadczeń i dokumentów

przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Zdaniem Kolegium Izby taki charakter miały informacje zawarte w opisanej ofercie i złożonych w toku postępowania dokumentach i oświadczeniach, co potwierdzają ustalenia zawarte w protokole kontroli. Mając to na uwadze, w zakresie treści oferty i złożonych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń odnoszących się do charakteru udziału w realizacji zamówienia firmy Usługi Ogólnobudowlane Wiesław Kasprzyk, zamawiający winien, w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 lub/i art. 87 ust. 1 *starego p.z.p.* (w zakresie treści złożonej oferty na podstawie) wyjaśnić, czy firma ta zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których udostępniane wykonawcy zdolności w zakresie doświadczenia były wymagane, tj. czy spełniony jest wymóg art. 22a ust. 4 *starego p.z.p.* W zakresie natomiast treści oferty i złożonych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń odnoszących się do charakteru udziału w realizacji zamówienia Firmy Handlowo-Usługowej „EL-INSTAL” inż. Bogusław Dziedziak, w związku z treścią złożonego w toku postępowania „Wykazu osób” (wg zał. nr 7 do siwz), gdzie jako osobę posiadającą wymagane dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, uprawnienia określone w pkt 5.1.2.2 i 5.1.2.3 siwz wskazano tą samą osobę, która w treści oferty została wykazana jako podwykonawca (osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą), zamawiający winien wezwać wykonawcę składającego ofertę do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 *starego p.z.p.*, zobowiązania tej firmy do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści wskazanych dokumentów wynika bowiem, że właśnie w takim charakterze, tj. podmiotu udostępniającego niezbędne zdolności techniczne lub zawodowe, Firma Handlowo-Usługowa „EL-INSTAL” inż. Bogusław Dziedziak będzie brała udział w realizacji zamówienia. Równocześnie zdaniem Kolegium Izby obowiązek wystąpienia w opisanym przypadku do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wskazanego dokumentu nie przesądza wyniku takiego wezwania, tj. reakcji wykonawcy. Jeśli bowiem wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie wskaże na istnienie relewantnej dla prowadzonego postępowania relacji prawnej łączącej wykonawcę z ww. podmiotem trzecim to zamawiający fakt ten będzie mógł poddać ocenie i podjąć w związku z tym stosowne czynności przewidziane obowiązującymi przepisami. Jednakże zdaniem Kolegium Izby póki, opisywane w złożonych zastrzeżeniach i wyjaśnieniach składanych w toku kontroli, fakty dotyczące wykonawcy nie wynikają z treści oferty lub złożonych w toku postępowania dokumentów, oświadczeń lub wyjaśnień pochodzących od wykonawcy, zamawiający istnienia tych faktów nie może domniemywać.

W kontekście uwagi kontrolowanego dotyczącej, zawartej w wystąpieniu pokontrolnym informacji, iż nieprawidłowość polegającą na zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 *starego p.z.p.*, stwierdzono również w toku poprzedniej kontroli kompleksowej, należy wyjaśnić, że zdaniem Kolegium Izby uwaga ta nie ma charakteru oceny i należy ją interpretować zgodnie z jej literalnym brzmieniem, tj. jako informację dla kontrolowanego o powtarzającym się naruszeniu wskazanego przepisu, które co oczywiste nie musi wynikać z identycznego stanu prawnego i faktycznego ustalonego w wyniku poprzedniej i obecnej kontroli kompleksowej.

W tym stanie rzeczy zarzut podnoszony do wniosków pokontrolnych nr 1 i 2 należy oddalić.

Wniosek pokontrolny nr 4

Wnioskowi pokontrolnemu nr 4 nadano następujące brzmienie, cyt. *„Zapewnienie realizacji obowiązku wynikającego z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1899, z późn. zm.), poprzez sporządzanie i podawanie do publicznej wiadomości wykazu nieruchomości przeznaczonych do udostępnienia, którego zasady są tożsame z oddaniem w dzierżawę, w związku z czym jako takie powinny być traktowane.”*

Wniosek pokontrolny nr 4 został sformułowany w związku z niedopełnieniem obowiązku wynikającego z przepisu określonego w art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, poprzez niesporządzenie i niepodanie do publicznej wiadomości przez właściwy organ wykazu nieruchomości przeznaczonych (w drodze przetargów ustnych nieograniczonych) do czasowego udostępnienia na zasadach tożsamyh jak oddanie w dzierżawę. Powyższe dotyczyło:

- miejsc zlokalizowanych w obszarze Parku Krajobrazowego Stare Miasto, przeznaczonych na udostępnienie dla ustawienia słupów ogłoszeniowych z możliwą funkcją handlową w drodze przetargów ustnych nieograniczonych ogłoszonych w dniach: 14.11.2019 r. (11 miejsc), 14.12.2020 r. (11 miejsc) i 16.02.2021 r. (4 miejsca), a przeprowadzonych odpowiednio w dniach: 06.12.2019 r., 15.01.2021 r. i 11.03.2021 r., w wyniku których zawarto odpowiednio: 10 umów w 2019 r. i 7 umów w 2021 r. (nikt nie przystąpił do przetargu z dnia 11.03.2021 r.),
- lokalizacji na obszarze Parku Kulturowego Stare Miasto, przeznaczonych do prowadzenia handlu obwoźnego w drodze przetargów ustnych nieograniczonych na udostępnienie uprawnień do prowadzenia ww. handlu w tych lokalizacjach, ogłoszonych w dniach:
 - ✓ 21.06.2019 r. – na udostępnienie 26 uprawnień w 13 lokalizacjach. W wyniku ww. przetargu przeprowadzonego w dniu 18.07.2019 r. zawarto 10 umów na ustawienie stoisk do sprzedaży obwarzanków krakowskich,
 - ✓ 21.06.2019 r. – na udostępnienie 32 uprawnień w 16 lokalizacjach. W wyniku ww. przetargu przeprowadzonego w dniu 19.07.2019 r. zawarto 25 umów na sprzedaż pamiątek związanych z Krakowem lub jego tradycją kulturową,
 - ✓ 27.01.2020 r. – na udostępnienie 16 uprawnień w 8 lokalizacjach. W wyniku ww. przetargu przeprowadzonego w dniu 19.02.2020 r. zawarto 14 umów na ustawienie stoisk do sprzedaży obwarzanków krakowskich.
- miejsc na wyznaczonym postoju w Rynku Głównym dla pojazdów zaprzęgowych obsługujących ruch turystyczny, przeznaczonych do udostępnienia w drodze

przetargów ustnych nieograniczonych na uzyskanie uprawnień do wjazdu oraz zajmowania ww. miejsc, ogłoszonych w dniach:

- ✓ 20.09.2018 r. na uzyskanie 36 uprawnień. W wyniku ww. przetargu przeprowadzonego w dniu 24.10.2018 r. zawarto w grudniu 2018 r. 33 umowy,
- ✓ 23.04.2021 r. na uzyskanie 9 uprawnień. W wyniku ww. przetargu przeprowadzonego w dniu 25.05.2021 r. zawarto w czerwcu 2021 r. 6 umów,
- ✓ 06.10.2021 r. na uzyskanie 30 uprawnień. Na dzień kontroli tego zagadnienia nie zawarto jeszcze umów z przedsiębiorcami, którzy wylicytowali w dniu 27.10.2021 r. uprawnienia na wjazd i zajmowanie miejsca na wyznaczonym postoju.

W wyniku przeprowadzonych przetargów zawierano umowy trwające od 6 miesięcy do 3 lat, zgodnie z warunkami podanymi w ogłoszeniach o przetargach.

Składający zastrzeżenie podniósł, iż nie miał obowiązku sporządzenia i podania do publicznej wiadomości wykazu nieruchomości udostępnianych czasowo na podstawie przetargów, gdyż umowy czasowego udostępnienia terenu zawierane w wyniku tychże przetargów są cyt. „*umowami nienazwanymi, zawieranymi zgodnie z zasadą swobody umów, o którym mowa w art 353 ustawy kodeks cywilny*”, a przepis art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami nie ma do nich zastosowania.

Przywołał cechy swobody umów, zaznaczając równocześnie, iż cyt. „*(...) brak jest regulacji prawnej, zakazującej ujęcie w umowie nienazwanej pewnych postanowień charakterystycznych dla umowy nazwanej, tym samym samo wprowadzenie (celem większej kontroli finansów publicznych) formy przetargu ustnego nieograniczonego nie determinuje obowiązku wynikającego z art 35 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami, gdyż nie dotyczy umowy dzierżawy sensu stricte.*”, a ponadto, cyt. „*z szeroko pojętej ostrożności zaczerpnięto szereg elementów charakteryzujących umowę dzierżawy i wprowadzono stosowne zapisy do zawieranych umów czasowego udostępnienia terenu, jednakże nie można zgodzić się ze stanowiskiem, aby klasyfikować je jako umowy dzierżawy w rozumieniu kodeksu cywilnego.*” Fakt wyboru kontrahenta w formie przetargu, jak wskazał Składający zastrzeżenie, nie wynika z regulacji ustawowej, a jedynie z wewnętrznych uregulowań (Zarządzenie nr 226/2020 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 29 stycznia 2020 r. w sprawie czasowego udostępniania nieruchomości), co ma na celu, cyt. „*wyłącznie dbałość o gospodarowanie finansami publicznymi, którymi należy gospodarować zgodnie z przepisami prawa, z zachowaniem zasady celowości i gospodarności, racjonalnie i efektywnie*”.

W dalszej części zastrzeżenia wskazano, że umowy czasowego udostępnienia terenu są umowami krótkoterminowymi, zawieranymi w celu realizacji konkretnych zamierzeń, np. sprzedaży pamiątek, obwarzanków czy organizacji imprezy, więc różnią się one od umów dzierżawy choćby ze względu na nietypowy i czasami krótki termin obowiązywania (jeden dzień lub dni parzyste/nieparzyste).

Powyższe wyjaśnienia, jak podkreślił Składający zastrzeżenie, przedstawione zostały w trakcie trwania kontroli, jednak Kontrolujący nie uwzględnił ich ze względu na odmienną interpretację przepisów.

Rozpatrując powyższą sprawę Kolegium Izby stwierdziło, co następuje:

Zgodnie z art. 693 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.), cyt. „*Przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz.*”

Dzierżawa jest umową wzajemną, w której wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz lub prawo do używania i pobierania pożytków, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Rzeczy i prawa stanowiące przedmiot umowy dzierżawy powinny umożliwić dzierżawcy korzystanie z nich oraz wytwarzanie i pobieranie pożytków (*naturalnych lub cywilnych*). Trzeba również dodać, że dzierżawa jest czynnością prawną odpłatną. Strony mogą swobodnie kształtować wysokość czynszu oraz sposób jego ustalania i płatności. Może być on płacony jako określona kwota pieniężna lub w ułamkowej części pożytków albo świadczeniach innego rodzaju. Trzeba podkreślić, że wydzierżawiający nie musi być właścicielem rzeczy oddanej w dzierżawę i nie musi mu przysługiwać wobec niej jakieś prawo. Wystarczy, że jest jej posiadaczem (patrz Ciszewski Jerzy (red.), Nazaruk Piotr (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2021).

Przywołana definicja w zestawieniu ze stanem faktycznym pozwala stwierdzić, że umowy zawarte z przedsiębiorcami w wyniku rozstrzygnięcia postępowań przetargowych zawierają niezbędne postanowienia, aby klasyfikować je, jako umowy dzierżawy w rozumieniu kodeksu cywilnego. Miasto Kraków, tj. innymi słowy „Zarządzający” lub „Wydzierżawiający” zobowiązał się udostępnić „Przedsiębiorcy” (dzierżawcy) rzecz do używania i pobierania pożytków, w zamian za określoną umową opłatą (umówiony czynsz).

Określenie „*oddanie rzeczy do używania*” stanowi w tym przypadku synonim wyrażenia „*udostępnianie nieruchomości i przestrzeni*”, o którym mowa w zasadach czasowego udostępniania nieruchomości i przestrzeni oraz czasowego udostępniania nieruchomości, wprowadzonych Zarządzeniem Nr 1125/2018 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 02.05.2018 r. (ze zmianami), a następnie Zarządzeniem Nr 226/2020 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 29 stycznia 2020 r.

Ponadto nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Składającego zastrzeżenie dotyczącym długości obowiązywania umów, gdzie wskazano, że były to umowy krótkoterowe, zawierane w celu realizacji konkretnych zamierzeń i celów, np. sprzedaży pamiątek, obwarzanków czy organizacji imprezy. Jak wynika z ustaleń kontrolujących żadna z objętych kontrolą umów zawarta w wyniku przeprowadzenia ww. przetargów nie była jednodniowa, zawierano je na okresy od 6 miesięcy do 3 lat.

Konsekwencją powyższego, zdaniem Kolegium Izby był obowiązek wynikający z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, polegający na sporządzeniu i podaniu do publicznej wiadomości wykazu nieruchomości przeznaczonych do oddania w dzierżawę.

W tym stanie rzeczy zarzut podnoszony do wniosku pokontrolnego nr 4 należy oddalić.

Wniosek pokontrolny nr 6

Wnioskowi pokontrolnemu nr 6 nadano następujące brzmienie, cyt. „*Zawieranie umów dzierżaw nieruchomości stanowiących własność Gminy Miejskiej Kraków lub Skarbu Państwa, zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami, tj. zarządzeniami Prezydenta Miasta Krakowa określającymi zasady wydzierżawiania oraz ustalenia stawek czynszu dzierżawnego dla nieruchomości stanowiących własność, współwłasność (lub będących w użytkowaniu wieczystym) Gminy Miejskiej lub analogicznie Skarbu Państwa, położonych w granicach administracyjnych Gminy Miejskiej Kraków oraz zgodnie z przyjętą Procedurą zewnętrzną w tym zakresie. Przestrzeganie tym samym obowiązującej dotychczas zasady zawierania ww. umów z wnioskodawcami posiadającymi uregulowane zobowiązania finansowe z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości objętej wnioskiem, jeśli takie miało miejsce, dla zapewnienia gospodarowania nieruchomościami w sposób zgodny z zasadami prawidłowej gospodarki, do czego zobowiązuje przepis art. 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1899, z późn. zm.) w powiązaniu z art. 50 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 559, z późn. zm.) – dot. mienia komunalnego oraz art. 23 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy o gospodarce nieruchomościami w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1526) – dot. mienia Skarbu Państwa.*”

Podstawą sformułowania wniosku pokontrolnego nr 6 było zawieranie umów dzierżawy nieruchomości stanowiących własność Gminy Miejskiej Kraków lub Skarbu Państwa w sytuacji gdy w dacie zawarcia umowy wnioskodawcy posiadali nieuregulowane zobowiązania finansowe z tytułu wcześniejszego korzystania z nieruchomości. W opisie nieprawidłowości do wniosku pokontrolnego nr 6 wyszczególniono powyższe przypadki wskazując, że w pięciu przypadkach nieegzekwowanie powyższej należności spowodowane było faktem, że przed podpisaniem umowy nie naliczono jeszcze wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości, mimo posiadania na ten temat informacji wynikających z dostępnych dokumentów (należności takie naliczono w dniu zawarcia umowy).

Powyższe stanowi w odniesieniu do nieruchomości komunalnych o nieprzestrzeganiu zapisów pkt 9 Procedury zewnętrznej GS-23 „*Oddawanie nieruchomości w dzierżawę*” – załącznik Nr 1 polecenia służbowego nr 1/1/2016 Dyrektora Wydziału Skarbu Miasta z dnia 20.06.2016 oraz postanowień § 2 ust. 3 Zarządzenia Nr 1852/2007 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 07.09.2007 r. w sprawie stawek czynszu dzierżawnego nieruchomości stanowiących własność, współwłasność lub będących w użytkowaniu wieczystym Gminy Miejskiej Kraków w brzmieniu wprowadzonym Zarządzeniem nr 2618/2012 z dnia 20.09.2012 stanowiącego, iż cyt. „*Posiadanie przez wnioskodawcę nieuregulowanych zobowiązań finansowych z tytułu bezumownego korzystania oraz z tytułu czynszu dzierżawnego z nieruchomości objętej wnioskiem stanowi podstawę odmowy zawarcia umowy dzierżawy*”.

W odniesieniu do nieruchomości skarbowych zastrzeżenia dotyczyły trzech przypadków przy czym w dwóch należności naliczono przed zawarciem umowy ale

termin płatności przypadał po zawarciu umowy. W jednym przypadku przed zawarciem umowy wpłynął wniosek o umorzenie należności.

Powyższe uznano za naruszenie zapisów § 2 ust. 5 Zarządzenia Nr 2658/2007 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 12.12.2007 r. w sprawie stawek czynszu dzierżawnego nieruchomości stanowiących własność, współwłasność lub oddanych w użytkowanie wieczyste na rzecz Skarbu Państwa położonych w granicach administracyjnych Gminy Miejskiej Kraków w brzmieniu wprowadzonym Zarządzeniem nr 1476/2017 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 12.06.2017 o treści, cyt. *„Posiadanie przez wnioskodawcę nieuregulowanych zobowiązań finansowych z tytułu bezumownego korzystania oraz z tytułu czynszu dzierżawnego z nieruchomości objętej wnioskiem stanowi podstawę odmowy zawarcia umowy dzierżawy”* oraz pkt 9 Procedury zewnętrznej GS-23 *„Oddawanie nieruchomości w dzierżawę”* – załącznik Nr 1 polecenia służbowego nr 1/1/2016 Dyrektora Wydziału Skarbu Miasta z dnia 20.06.2016 r.

W konkluzji we wniosku pokontrolnym nr 6 zawarto obowiązek przestrzegania obowiązujących procedur w celu zapewnienia prawidłowej gospodarki nieruchomościami zgodnie z przepisami art. 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2021 r. poz. 1899 z późn. zm.) – dalej jako „u.g.n.” oraz art. 50 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r. poz. 559 z późn. zm.) – dalej jako „u.s.g.” i art. 23 ust 1 pkt 5 u.g.n. oraz art. 92. ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 1526) – dalej jako „u.s.p.”.

Składający zastrzeżenie podniósł w zakresie dotyczącym ww. wniosku, iż we wszystkich wymienionych sprawach zostały naliczone opłaty za bezumowne korzystanie i w wezwaniach został wskazany termin ich zapłaty, niemniej jednak w dacie zawarcia umów dzierżawy należności te nie były jeszcze wymagalne, gdyż termin zapłaty nie upłynął. Z uwagi na fakt, iż nieuregulowane należności z tytułu bezumownego korzystania powstają dopiero w momencie upływu wyznaczonego w piśmie terminu płatności, brak było uzasadnienia do odmowy zawarcia umów dzierżawy. Tylko w przypadku wymienionym w poz. 4 tabeli na str. 10 wystąpienia pokontrolnego w dniu zawarcia umowy należność była już wymagalna, ale zobowiązana powołując się na szczególne okoliczności osobiste złożyła wniosek o jej umorzenie. Mając na uwadze powyższe okoliczności przyjęto, że fakt złożenia wniosku o umorzenie nie pozwala na uznanie wnioskodawcy za dłużnika, o którym mowa w zarządzeniu, co umożliwiało zawarcie umowy. Nadto podniesiono, że kontrolujący dokonali indywidualnej dowolnej interpretacji wewnętrznych regulacji mając na względzie tylko jej literalne brzmienie zasad prawidłowej gospodarki, które nie zostały ustawowo skatalogowane i opisany przypadkiem nie sposób przypisać nieracjonalności z ekonomicznego punktu widzenia. Co więcej wskazane zarzuty nie wynikają z naruszenia obowiązujących przepisów prawa, które uniemożliwiałyby zawarcie umowy dzierżawy z dłużnikiem.

Kolegium odnosząc się do wskazanej argumentacji pragnie zauważyć co następuje.

Zgodnie z treścią art. 225 k.c. posiadacz samoistny w złej wierze jest zobowiązany względem właściciela m.in. do wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z rzeczy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy powstaje od chwili objęcia rzeczy w posiadanie przez posiadacza, a po powstaniu uzyskuje samodzielny byt prawny jako roszczenie o charakterze obligacyjnym i może być dochodzone niezależnie od roszczenia windykacyjnego (por. m.in. uchwały SN z dnia 24 października 1972 r., III CZP 70/72, OSNCP 1973, Nr 6, poz. 102 i z dnia 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, Nr 12, poz. 149 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 1967 r., IICR 443/66, OSNCP 1967, Nr 9, poz. 163). Roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy bez tytułu prawnego nie jest świadczeniem okresowym, stanowi jednorazową należność za cały okres korzystania z rzeczy nieopartego na tytule prawnym (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 października 1972 r., III CZP 70/72, OSNCP 1973, Nr 6, poz. 12 oraz z dnia 18 kwietnia 1974 r., III CZP 20/74, OSNCP 1974, Nr 12, poz. 208; wyrok z dnia 4 grudnia 1980 r., II CR 501/80, OSNCP 1981, nr 19, nr 191). Przy takiej konstrukcji prawnej roszczenia o wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z rzeczy istotą problemu jest data powstania wymagalności wymienionego roszczenia. Roszczenia mogą uzyskać przymiot wymagalności w dniu oznaczonym przez ustawę lub przez czynność prawną albo w dniu wynikającym z właściwości zobowiązania. Początek wymagalności zależy zatem od charakteru zobowiązań i ich właściwości. W przypadku zobowiązań bezterminowych, termin spełnienia świadczenia nadchodzi z momentem wezwania (art. 455 k.c.), natomiast gdy wezwanie nie następuje, dochodzi do swoistego „wymuszenia” początku wymagalności na zasadach określonych w art. 120 § 1 zdanie drugie k.c. (por. wyrok SN z dnia 18 czerwca 2014 r. V CSK 421/13, LEX nr 1504855). Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 27 maja 2021 r. I ACa 639/20 (LEX nr 3225535), cyt. *„Wymagalność roszczenia powinno się rozumieć ostatni dzień, w którym dłużnik może spełnić świadczenie w sposób zgodny z treścią zobowiązania. W przypadku zobowiązań terminowych wymagalność wiąże się zazwyczaj z nadejściem terminu do spełnienia świadczenia. Jeżeli natomiast zobowiązanie jest bezterminowe, to przekształca się ono w terminowe po wezwaniu dłużnika do jego wykonania (art. 455 k.c.)”*. Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy należy przyjąć, że roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy powstaje z chwilą objęcia rzeczy w posiadanie przez posiadacza i skoro nie jest świadczeniem okresowym, to przekształcenie się posiadania bezumownego w posiadanie umowne oparte na zawartej umowie dzierżawy skutkuje powstaniem po stronie właściciela jednorazowej należności za cały okres korzystania z rzeczy nieopartego na tytule prawnym. Jest zatem zobowiązaniem o charakterze bezterminowym i wymagalne staje się z chwilą wezwania do zapłaty w terminie określonym w wezwaniu. Z uwagi na fakt, że wnioskodawcy z którymi Gmina Miasta Krakowa zawarła umowy dzierżawy do dnia zawarcia umowy byli posiadaczami władającymi przedmiotem dzierżawy bez tytułu prawnego, to przy takiej konstrukcji prawnej wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z rzeczy i jego wykładni, należy przyjąć, że prawidłowym byłoby naliczenie wysokości wynagrodzenia w terminie nie późniejszym niż data zawarcia umowy. Zgodnie z treścią art. 455 k.c. jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.

„Niezwłocznie” należy rozumieć jako „bez nieuzasadnionego odwołania”, co oznacza, że wzywając do zapłaty wierzyciel winien określić dłużnikowi realny termin usprawiedliwiony okolicznościami i umożliwiający realne wykonanie nałożonego obowiązku zapłaty.

Odnosząc się zatem do oceny naruszenia postanowień zapisów pkt 9 Procedury zewnętrznej GS-23 *„Oddawanie nieruchomości w dzierżawę”* – załącznik Nr 1 do polecenia służbowego nr 1/1/2016 Dyrektora Wydziału Skarbu Miasta z dnia 20.06.2016 oraz postanowień § 2 ust. 3 Zarządzenia Nr 1852/2007 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 07.09.2007 r. w sprawie stawek czynszu dzierżawnego nieruchomości stanowiących własność, współwłasność lub będących w użytkowaniu wieczystym Gminy Miejskiej Kraków w brzmieniu wprowadzonym Zarządzeniem nr 2618/2012 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 20.09.2012 r. oraz zapisów § 2 ust. 5 Zarządzenia Nr 2658/2007 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 12.12.2007 r. w sprawie stawek czynszu dzierżawnego nieruchomości stanowiących własność, współwłasność lub oddanych w użytkowanie wieczyste na rzecz Skarbu Państwa położonych w granicach administracyjnych Gminy Miejskiej Kraków w brzmieniu wprowadzonym zarządzeniem nr 1476/2017 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 12.06.2017 r. o treści, cyt. *„Posiadanie przez wnioskodawcę nieuregulowanych zobowiązań finansowych z tytułu bezumownego korzystania oraz z tytułu czynszu dzierżawnego z nieruchomości objętej wnioskiem stanowi podstawę odmowy zawarcia umowy dzierżawy”*, w opinii Kolegium, w dacie zawarcia umowy po stronie wnioskodawcy istniały nieuregulowane zobowiązania finansowe z tytułu bezumownego korzystania, ale z uwagi na ich naliczenie na dzień ustania takiego stanu nie były jeszcze wymagalne, poza jednym przypadkiem (dotyczącym nieruchomości Skarbu Państwa – poz. 4 z tabeli ujętej w opisie nieprawidłowości).

Skoro podstawą odmowy zawarcia umowy jest posiadanie nieuregulowanego zobowiązania, to niewymagalna należność nie może być za takie uznana. Przez nieuregulowaną należność należy rozumieć dług wymagalny, którego dłużnik nie uiszczył w terminie zapłaty. Należność istniejąca ale jeszcze niewymagalna, której termin zapłaty nie nadszedł nie może być uznana za należność nieuregulowaną.

Mając powyższe na uwadze, Kolegium Izby postanowiło w przedmiotowej sprawie zastrzeżenie uwzględnić.

Wniosek pokontrolny nr 7

Wnioskowi pokontrolnemu nr 7 nadano następujące brzmienie, cyt. *„Zaprzestanie na etapie wszczynania postępowania w sprawie zbycia nieruchomości w drodze bezprzetargowej, żądania od potencjalnych nabywców nieruchomości zobowiązania do ponoszenia kosztów związanych z przygotowaniem nieruchomości do sprzedaży w zakresie m.in. jej wyceny i kosztów materiałów geodezyjno-kartograficznych, stosownie do postanowień wynikających z dyspozycji art. 25 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1899, z późn. zm.),*

w powiązaniu z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1526), w myśl których do zadań Prezydenta – w zakresie gospodarowania gminnym zasobem nieruchomości oraz zasobem nieruchomości Skarbu Państwa – należy obowiązek zapewnienia wyceny nieruchomości wchodzących w skład tych zasobów. Ponadto, podjęcie działań w celu dostosowania procedur uregulowań wewnętrznych do ww. przepisów.”

Wniosek pokontrolny nr 7 został sformułowany w związku z nieprawidłowością stwierdzoną podczas kontroli, polegającą na wprowadzeniu przez Gminę Miejską Kraków obowiązku pokrywania przez wnioskodawców (potencjalnych nabywców nieruchomości) kosztów przygotowania nieruchomości do sprzedaży, w tym np. materiałów geodezyjno - kartograficznych i operatu szacunkowego jako podstawowej reguły postępowania w zakresie gospodarki nieruchomościami.

Powyższe stwierdzono w kilkunastu objętych badaniem postępowaniach dot. zbycia nieruchomości w drodze bezprzetargowej, w trakcie których obowiązywały procedury zewnętrzne nr: GS-02, GS-17, GS-60 (dot. nieruchomości gminnych) lub GS-47 (dot. nieruchomości Skarbu Państwa) wprowadzone w Urzędzie Miasta Krakowa. Z ww. procedur wynikał wymóg złożenia przez potencjalnego nabywcę – w formie pisemnego oświadczenia – zobowiązania do zwrotu Gminie poniesionych kosztów przygotowania nieruchomości do sprzedaży już na etapie wszczęcia procedury zbycia mienia gminnego. Treść przedmiotowego oświadczenia zawierała równocześnie pouczenie o konieczności zwrotu Gminie ww. kosztów również w sytuacji, gdy nie dojdzie do zawarcia umowy (odmowa nabycia).

Obciążenie potencjalnego nabywcy nieruchomości kosztami przygotowania nieruchomości do sprzedaży stanowi naruszenie postanowień art. 25 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2021 r. poz. 1899 z późn. zm.), również jako „u.g.n.”, w powiązaniu z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 1526), również jako „u.s.p.”, zgodnie z którymi do zadań Prezydenta – w zakresie gospodarowania gminnym zasobem nieruchomości oraz zasobem nieruchomości Skarbu Państwa – należy obowiązek zapewnienia wyceny nieruchomości wchodzących w skład tych zasobów.

W ocenie Składającego zastrzeżenie wniosek pokontrolny nr 7 opiera się na błędnej interpretacji treści przepisów art. 25 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Podnosi on przy tym, iż w zakresie zbywania nieruchomości Gminy jak i Skarbu Państwa działa zgodnie z zasadą racjonalności gospodarowania, wyrażoną w art. 12 u.g.n., z której wywodzi obowiązek gospodarowania nieruchomościami w sposób celowy i oszczędny, zachowanie zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Kierując się tą właśnie zasadą cyt. „właściciel nieruchomości (Skarb Państwa oraz Gmina Miejska Kraków) zdecydował, iż przy sprzedaży nieruchomości w drodze bezprzetargowej to wnioskodawca, inicjujący sprawę zbycia, zobowiązany jest do zwrotu kosztów związanych z przygotowaniem nieruchomości do sprzedaży, w tym jej ewentualnego podziału geodezyjnego, mającego na celu wyodrębnienie terenu objętego wnioskiem oraz kosztu sporządzenia wyceny nieruchomości.

Dlatego dokumentem stanowiącym załącznik do procedur, które regulują tok podejmowanych przez Gminę Miejską Kraków działań w związku z realizacją wniosków, w tym przypadku związanych ze sprzedażą nieruchomości w drodze bezprzetargowej procedury - GS-2, GS-17, GS-47, jest oświadczenie zobowiązujące wnioskodawcę do pokrycia kosztów przeprowadzonego postępowania."

Zdaniem Składającego zastrzeżenie za niecelowe należałoby uznać działania Gminy Miejskiej Kraków czy też Skarbu Państwa polegające na wydatkowaniu środków publicznych na przygotowanie do zbycia w drodze bezprzetargowej nieruchomości, bez zabezpieczenia zwrotu poniesionych kosztów przez wnioskodawcę, który na każdym etapie prowadzonego postępowania może z tego nabycia zrezygnować (przykładowo po uzyskaniu informacji o cenie nieruchomości). Żaden przepis nie zakazuje organowi gospodarującemu mieniem pozyskiwania ww. oświadczeń, tym bardziej, że tryb bezprzetargowy, przy którym wnioskodawca zobowiązany jest do pokrycia kosztów postępowania, jest trybem wyjątkowym, ponieważ postępowania prowadzone są na wniosek osób zainteresowanych.

Na poparcie swojego stanowiska powołano się na stanowiska sądów powszechnych, tj. wyrok Sądu Rejonowego dla Krakowa – Podgórze w Krakowie I Wydział Cywilny z dnia 13 maja 2015 r. sygn. akt I C 373/15/P oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie Wydział II Cywilny Odwoławczy z dnia 23 października 2015 r.

Kolegium Izby ustaliło następujący stan faktyczny i prawny:

Zgodnie z treścią art. 23 ust. 1 pkt 2 u.g.n. zasobem nieruchomości Skarbu Państwa gospodarują, z zastrzeżeniem ust. 1e, art. 43 ust. 2 i 4, art. 51, art. 57 ust. 1, art. 58-60, starostowie, wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej, a w szczególności zapewniają wycenę tych nieruchomości. Stosownie do treści art. 25 ust. 1 u.g.n. Gminnym zasobem nieruchomości gospodaruje wójt, burmistrz albo prezydent miasta.

W myśl natomiast art. 92 ust. 1 pkt 2 u.s.p. funkcje organów powiatu w miastach na prawach powiatu sprawuje prezydent miasta.

Skoro wycena nieruchomości należy według komentowanego przepisu do obowiązków starosty (w odniesieniu do nieruchomości wchodzących w skład zasobu Skarbu Państwa) i analogicznie do obowiązków organów wykonawczych jednostek samorządów terytorialnego (zgodnie z kolejnymi przepisami ustawy u.g.n.) w odniesieniu do zasobów nieruchomości tych jednostek, to wskazane organy nie powinny tego obowiązku przerzucać na inne osoby, np. nie mogą żądać, by nabywca nieruchomości (nabywca lokalu) pokrył koszt opracowania operatu szacunkowego sporządzonego w związku ze sprzedażą (por. E. Bończak-Kucharczyk [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 23).

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał w wyroku z dnia 24 stycznia 2012 r., iż z woli ustawodawcy koszty te obciążają organ gospodarujący zasobem nieruchomości Skarbu Państwa (sygn. akt I OSK 1807/11, LEX nr 1120623). Analogicznie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy w wyroku z dnia 23 września 2014 r. (sygn. akt II SA/Bd 780/14) podał, że gminnym zasobem nieruchomości gospodaruje wójt,

burmistrz albo prezydent miasta, co w szczególności polega na wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 23 ust. 1 u.g.n. Stosownie do art. 23 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy wójt, burmistrz albo prezydent miasta, gospodarujący gminnym zasobem nieruchomości, zapewnia wycenę tych nieruchomości, a następnie podaje ją do publicznej wiadomości (art. 35 ust. 2 pkt 6 u.g.n.). Oznacza to, że zarówno dokonanie wyceny, jak i pokrycie jej kosztów należy w świetle ustawy do zadań organu administracji publicznej.

Kolegium Izby nie podziela zatem stanowiska Składającego zastrzeżenie i wskazuje, że regulacja ustawowa bezsprzecznie określa podmiot, na którym spoczywa obowiązek dokonania i pokrycia kosztów wyceny nieruchomości, a także podania do publicznej wiadomości ich ceny, którym w przypadku gminy jest jej organ wykonawczy. W podobnym stanie rzeczy można znaleźć szersze orzecznictwo (tak m.in.: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. akt XVI Ca 1053/12; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2011 r. sygn. akt II SA/Gd 401/11), potwierdzające, iż art. 23 ust. 1 pkt 2 u.g.n. ma charakter norm kompetencyjno-merytorycznych.

Odnieść się również należy do treści art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.), również jako „k.c.”, zgodnie z którego brzmieniem *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

Powyższy przepis wskazuje na podstawowy element, jaki dla swobody umów obligacyjnych ma kompetencja stron w zakresie kształtowania treści zobowiązania: „(...) mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego” (por. A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 353(1)).

Żądanie od potencjalnych nabywców nieruchomości zobowiązania do ponoszenia kosztów związanych z przygotowaniem nieruchomości do sprzedaży w zakresie m.in. jej wyceny i kosztów materiałów geodezyjno-kartograficznych na etapie wszczynania postępowania w sprawie zbycia nieruchomości w drodze bezprzetargowej narusza zdaniem Kolegium przywołaną swobodę umów. W opisanym stanie faktycznym jest to jednostronnie narzucony obowiązek w drodze procedur postępowania przyjętych w Urzędzie Miasta Krakowa, niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

Zbycie nieruchomości następuje w drodze umowy cywilnoprawnej, a ustalenie jej warunków, do których zaliczyć możemy np. poniesienie kosztów wyceny nieruchomości, podlega woli stron takiej umowy, zgodnie z zasadą autonomii woli stron i zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.). W ocenie Kolegium kształtowanie postanowień umownych powinno mieć więc miejsce dopiero przy jej zawieraniu np. poprzez uzgodnienie z nabywcą, że koszty wyceny poniesione zostaną po połowie lub że nabywca zgadza się na poniesienie ich w całości.

Mając powyższe na uwadze, Kolegium Izby stwierdziło, że brak jest podstaw do uwzględnienia wniesionych zastrzeżeń, a wniosek pokontrolny nr 7 należy uznać za prawidłowy.

Wniosek pokontrolny nr 8

Wnioskowi pokontrolnemu nr 8 nadano następujące brzmienie, cyt. *„Prowadzenie ewidencji gruntów Skarbu Państwa zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, do czego zobowiązuje przepis art. 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1899, z późn. zm.), tj. w sposób zapewniający jej zgodność ze stanem faktycznym, m.in. poprzez wprowadzanie zmian związanych ze zbyciem nieruchomości należących do tego zasobu, na zasadach określonych w uregulowaniach wewnętrznych, wprowadzonych stosownymi zarządzeniami Prezydenta Miasta Krakowa na podstawie przepisów art. 30 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 559, z późn. zm.), art. 11 ust. 1 i art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1899, z późn. zm.) w powiązaniu z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1526).”*

Wniosek pokontrolny nr 8 został sformułowany w związku z niedokonaniem wykreślenia do dnia kontroli niniejszego zagadnienia z ewidencji nieruchomości gruntowych Skarbu Państwa, działki nr 396/10 o pow. 0,0026 ha zabudowanej garażem (jedn. ewid. Krowodrza, w rejonie ul. Siemaszki), zbytej w dniu 09.04.2021 r. za cenę 42.600 zł. Zmiana w ewidencji gruntów Skarbu Państwa (druk Likwidacji Środka Trwałego nr LT/422/2021) została dokonana w dniu 9 listopada 2021 r. (w trakcie trwania kontroli).

Powyższe było skutkiem niewłaściwego oraz nieterminowego (tj. niezgodnego z uregulowaniami wewnętrznymi) przekazania informacji o dokonanej sprzedaży przez Referat Gospodarowania Nieruchomościami Skarbu Państwa (Wydział Skarbu Miasta), co naruszało przepisy art. 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami w powiązaniu z wewnętrznymi uregulowaniami aktualnymi na dzień zbycia nieruchomości, tj.:

- § 5 zarządzenia Nr 3121/2018 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 19.11.2018 r. w sprawie sporządzenia wykazu nieruchomości Skarbu Państwa przekazywanego do Krajowego Zasobu Nieruchomości o treści, cyt. *„Wydział Skarbu Miasta, Wydział Mieszkalnictwa oraz Biuro Przejmowania Mienia i Rewindykacji **przekazują na bieżąco** do Biura ds. Ewidencji Mienia dokumentację związaną z obrotem nieruchomościami wchodzącymi w skład zasobu Skarbu Państwa dotyczącą zbycia, nabycia, utraty, oddania w trwałe zarząd lub wygaśnięcia trwałego zarządu w celu uaktualnienia wykazu o którym mowa w § 1”*,
- obowiązującymi od dnia 01.07.2021 r. zapisami § 15 i § 16 ust. 1 pkt 3 instrukcji stanowiącej załącznik do zarządzenia Nr 1748/2021 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 25.06.2021 r. w sprawie ustalenia zasad ewidencjonowania składników mienia Gminy Miejskiej Kraków, Miasta Kraków – miasta na prawach powiatu oraz Skarbu Państwa, z których najistotniejsze dla zrozumienia sprawy są § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1

pkt 3, wskazujące, że Wydziały cyt. „ § 15 ust. 1 (...) które dysponują dokumentacją dotyczącą nabycia lub w których toczyło się postępowanie zakończone zdarzeniem gospodarczym mającym wpływ na zmianę danych księgowych w odniesieniu do środków trwałych zaliczonych do grupy 0 według KŚT wprowadzają wszystkie zdarzenia pociągające za sobą konieczność zmian w ewidencji analitycznej poprzez sporządzenie w aplikacji ST odpowiedniego dokumentu (...) 8) SP- sprzedaż środka trwałego (...)” oraz cyt. „§ 16. 1. Wydziały, o których mowa w § 15 ust. 1 po wprowadzeniu do aplikacji ST dokumentu niezwłocznie przekazują w formie elektronicznej do Biura ds. Ewidencji Mienia: [tu wymieniono rodzaje wniosków i odniesienie do numerów ich wzorów ujętych w tych uregulowaniach].

Składający zastrzeżenie wskazał, że informacja o zbyciu nieruchomości przy ul. Siemaszki w Krakowie (zabudowanej garażem) została przekazana do Biura ds. Ewidencji Mienia (obecnie Wydział Kontroli Wewnętrznej i Ewidencji Mienia) w dniu 16 sierpnia 2021 r. W dniu 9 listopada 2021 r. do Wydziału Kontroli Wewnętrznej i Ewidencji Mienia zostały przekazane odpowiednie dane, celem dokonania właściwych operacji księgowych, zgodnie z zapisami zarządzenia Prezydenta Miasta Krakowa nr 1748/2021 z dnia 25 czerwca 2021 r. w sprawie ustalenia zasad ewidencjonowania składników mienia Gminy Miejskiej Kraków, Miasta Kraków – miasta na prawach powiatu oraz Skarbu Państwa o zbyciu przedmiotowej nieruchomości.

Tym samym wyeliminowano nieprawidłowość związaną z ujęciem w ewidencji księgowej odpowiednich danych, która - zdaniem Składającego zastrzeżenie - nie stanowi naruszenia zasady racjonalnej gospodarki określonej w art. 12 u.g.n., podnosząc w tym zakresie, cyt. „Zasady prawidłowej gospodarki nie zostały ani określone ustawowo, ani skatalogowane. (...) Przez zasady prawidłowej gospodarki należy zatem rozumieć takie reguły zarządzania, korzystania i rozporządzania nieruchomościami, które pozostają w zgodzie z przepisami działu II ww. ustawy tj. Gospodarowanie nieruchomościami stanowiącymi własność Skarbu Państwa oraz własność jednostek samorządu terytorialnego, a zarazem są racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia. (...)”.

Ponadto Składający zastrzeżenia zwrócił uwagę, iż późniejsze wykreślenie nieruchomości z ewidencji środków trwałych prowadzonej w oparciu o przepisy ustawy o rachunkowości nie może zostać zakwalifikowane jako naruszenie zasady racjonalnej gospodarki wynikającej z art 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.

Odnosząc się do zastrzeżenia w zakresie wniosku pokontrolnego nr 8 Kolegium Izby stwierdza, jak poniżej:

Zgodnie z treścią art. 12 u.g.n.: *Organy, o których mowa w art. 11, działające za Skarb Państwa i jednostkę samorządu terytorialnego, są zobowiązane do gospodarowania nieruchomościami w sposób zgodny z zasadami prawidłowej gospodarki.*” Organem reprezentującym Skarb Państwa w sprawach gospodarowania nieruchomościami, zgodnie z przepisem art. 11 ww. ustawy, jest starosta, przy czym w myśl art. 92 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.s.p. - w przypadku miasta na prawach powiatu (wykonującego zadania powiatu) - funkcję starosty sprawuje prezydent miasta,

natomiast samo pojęcie „zasady prawidłowej gospodarki” nie zostało zdefiniowane w przepisach prawa. W literaturze przyjmuje się, że to działania dobrego gospodarza (M. Habdas, *Publiczna własność nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 367 i n.; J. Szachulowicz, M. Krassowska, A. Łukaszewska, *Gospodarka nieruchomościami...*, red. J. Szachulowicz, 2003, s. 55). Powinny one być legalne oraz celowe. Oznacza to, że działania starosty czy organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego nie mogą znajdować odzwierciedlenia tylko w przepisach prawa, ale muszą one co do zasady być działaniem celowym, pozytywnym. R. Pessel wskazuje jako główne elementy zasady prawidłowej gospodarki: rzetelne ewidencjonowanie nieruchomości, opracowywanie planów wykorzystywania nieruchomości w zasobie i rozporządzania nimi, przestrzeganie procedur zbywania nieruchomości, efektywne użytkowanie przychodów (R. Pessel, *Nieruchomości Skarbu Państwa*, Warszawa 2010, s. 83).

Według przepisów Kodeksu cywilnego, o zasadach prawidłowej gospodarki mówią art. 53 § 1, art. 213 § 1, 256, 257 § 1, art. 258, 267 § 3, art. 696, 706 oraz 1067 § 2. Pojęcie to obejmuje czynności faktyczne i czynności prawne, przy czym prawidłowość prowadzenia gospodarki ustawodawca odnosi do spełnienia niektórych warunków lub osiągania wskazanych celów. Na przykład do zasad prawidłowej gospodarki należy zachowywanie nieruchomości w stanie niepogorszonym, korzystanie z nieruchomości zgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (obejmujące także czynienie nakładów mających sprzyjać pełnieniu przez nieruchomość przypisanej jej funkcji, osiąganie korzyści i przychodów z nieruchomości) oraz wykonywanie czynności prawnych związanych z ustaleniem i zachowaniem stanu własności. Prawidłowa gospodarka obejmuje także proces planowania (w tym sporządzanie planów miejscowych i innych planów zagospodarowania), a także podejmowanie decyzji dotyczących całych zasobów lub grup nieruchomości, w tym podejmowanie racjonalnych decyzji dotyczących ich zbywania i nabywania (z uwzględnieniem zarówno racjonalności ekonomicznej, jak i niezbędności do wykonywania zadań publicznych lub potrzeby wykorzystania nieruchomości do innych ważnych celów, np. określonych w strategii rozwoju). Do prawidłowej gospodarki należy też zaliczyć czynności wymienione w art. 23 u.g.n. wchodzące w zakres gospodarowania nieruchomościami, których część ma charakter obligatoryjny.

Kolegium Izby podkreśla, iż przedmiotem opisu nieprawidłowości do wniosku pokontrolnego nr 8 nie było późniejsze wykreślenie przedmiotowej działki, a niewykonanie tej czynności do dnia kontroli.

Z opisanego stanu faktycznego, wynika, iż z powodu zmian w uregulowaniach wewnętrznych obowiązujących w Urzędzie Miasta Krakowa, zdarzenie gospodarcze polegające na zbyciu ww. działki nie zostałoby nadal odnotowane w ewidencji nieruchomości gruntowych Skarbu Państwa, gdyby nie objęto kontrolą niniejszego zagadnienia przez Inspektorów kontroli. Komórki organizacyjne Urzędu Miasta przekazywały dokumenty dotyczące przedmiotowej nieruchomości, wymagane uregulowaniami wewnętrznymi, obowiązującymi w różnych okresach uznając, że wypełniły zakres swoich obowiązków i nie są już wymagane żadne dalsze działania z ich strony (na co wskazują wyjaśnienia Dyrektora Wydziału Skarbu Miasta oraz Dyrektora Wydziału Kontroli Wewnętrznej i Ewidencji Mienia ujęte w protokole

kontroli), natomiast nie skutkowało to doprowadzeniem ewidencji nieruchomości do zgodności ze stanem faktycznym.

Zdaniem Kolegium ewidencja nieruchomości Skarbu Państwa, jest niezwykle istotna jako źródło informacji na temat danych identyfikujących konkretny składnik aktywów trwałych. Znajomość stanu posiadania mienia Skarbu Państwa, w tym m.in. wiedza o wartości poszczególnych składników jest niezbędnym warunkiem realizacji właściwej polityki gospodarowania tym mieniem. Dla zapewnienia prawidłowej gospodarki nieruchomościami Skarbu Państwa niezbędne jest wprowadzenie i kolejno przestrzeganie regulacji wewnętrznych gwarantujących prowadzenie ewidencji w tym zakresie w sposób zgodny ze stanem faktycznym.

A contrario brak należytej staranności w prowadzeniu tej ewidencji, a przez to brak faktycznej wiedzy na temat nieruchomości przekłada się na nieprzestrzeganie zasad prawidłowej gospodarki, dookreślonych w uregulowaniach wewnętrznych, tak więc w omawianym przypadku doszło do naruszenia art. 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.

Kolegium Izby zwraca również uwagę na błędne przyjęcie przez Składającego zastrzeżenie, że cyt. *„późniejsze wykreślenie nieruchomości z ewidencji środków trwałych (dokonane w tym samym roku obrotowym, a więc i tu nie ma naruszenia rangi ustawowej), prowadzonej nie w oparciu o przepisy ww. ustawy o gospodarce nieruchomościami, ale przepisy o rachunkowości, nie może zostać zakwalifikowane jako naruszenie zasady racjonalnej gospodarki wynikającej z art 12 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.”*

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż nieruchomości, stanowiące własność Skarbu Państwa przekazane Prezydentowi w zarządzanie, nie stanowią składnika aktywów Urzędu Miasta, podlegającego ewidencji na koncie 011 - „Środki trwałe”. Prezydent pełni w tym przypadku rolę zarządcy tych nieruchomości. Nie spełniają one warunków określonych w przepisach art. 3 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, w myśl których aktywa stanowią kontrolowane przez jednostkę zasoby majątkowe o wiarygodnie określonej wartości, powstałe w wyniku przeszłych zdarzeń, które spowodują w przyszłości wpływ do jednostki korzyści ekonomicznych. Nie można ich też uznać za środki trwałe Urzędu Miasta w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 15 tejże ustawy o rachunkowości, do których zalicza się m.in. nie należące do inwestycji, rzeczowe aktywa trwałe i zrównane z nimi, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki. Tytuł własności w odniesieniu do tych nieruchomości – zgodnie z wpisem do ksiąg wieczystych – przysługuje Skarbowi Państwa. Z tego też powodu ewidencja księgowa nieruchomości Skarbu Państwa, nawet jeśli prowadzona w sposób analogiczny jak mienie gminy, stanowi de facto ewidencję księgową pozabilansową, a zasady jej prowadzenia nie podlegają przepisom ustawy o rachunkowości, a wynikają z uregulowań wewnętrznych. Stąd też w opisie nieprawidłowości do wniosku pokontrolnego nr 8 nie sformułowano zarzutu późniejszego wykreślenia nieruchomości z ewidencji (w innym okresie sprawozdawczym), a jak opisano powyżej kwestionowano brak dokonania tej czynności, skutkujący niezgodnością ewidencji nieruchomości ze stanem faktycznym.

Mając powyższe na uwadze zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego nr 8 nie zasługuje na uwzględnienie.

Wniosek pokontrolny nr 9

Wnioskowi pokontrolnemu nr 9 nadano następujące brzmienie, cyt. „*Dochowanie szczególnej staranności w przypadku udzielania dotacji organizacjom pozarządowym lub podmiotom wymienionym w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1327, z późn. zm.), na podstawie art. 19a tej ustawy, tj. z pominięciem otwartego konkursu ofert, m.in. poprzez przestrzeganie warunku:*

- *dofinansowania lub finansowania zadania publicznego realizowanego przez dany podmiot do wysokości kwoty 10.000 zł, wskazanej w art. 19a ust. 1 pkt 1 ww. ustawy,*
- *ograniczania łącznej kwoty środków finansowych, przekazywanych przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego temu samemu podmiotowi, w danym roku kalendarzowym, do kwoty 20.000 zł, zgodnie z wymogiem art. 19a ust. 6 ww. ustawy.”*

Wniosek pokontrolny nr 9 został sformułowany na podstawie ustaleń kontroli przedstawionych w opisie nieprawidłowości, polegającej na (tiret 1) udzieleniu w 2019 r., w trybie art. 19a ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (dalej: *u.d.p.p.w.*), dwóch dotacji w łącznej wysokości 14.020,00 zł na wsparcie realizacji jednego zadania publicznego temu samemu podmiotowi (Fundacji Internationaler Bund Polska), na podstawie umów:

- z dnia 14.10.2019 r. na zadanie publiczne pn. „*Empatia i wielokulturowość*” (projekt nr 1) realizowane w okresie od dnia 14 października 2019 r. do dnia 20 grudnia 2019 r. (kwota dotacji 9.720,00 zł, termin realizacji: 14.10.-20.12.2019 r.),
- z dnia 30.10.2019 r. na zadanie publiczne pod tytułem: „*Empatia i wielokulturowość – kontynuacja*” (projekt nr 2), realizowane w okresie od dnia 04 listopada 2019 r. do dnia 20 grudnia 2019 r. (kwota dotacji 4.300,00 zł, termin realizacji: 04.11.-20.12.2019 r.).

Obie umowy dotyczyły tego samego zadania publicznego pn. „*Empatia i wielokulturowość*”, którego celem było podnoszenie poziomu empatii w społeczeństwie realizowanego za pomocą różnych środków (zakresów rzeczowych), niemalże w tym samym okresie (mniej więcej od dnia zawarcia umów do 20 grudnia 2019 r.). Tym samym łączna kwota dotacji udzielonej w 2019 r. ww. organizacji pozarządowej na realizację przedmiotowego zadania w trybie tzw. „*małych zleceń*” przekroczyła kwotę 10.000 zł, wbrew zasadom określonym w art. 19a ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.

Nie wniesiono zastrzeżenia do drugiej części wniosku pokontrolnego nr 9 (tiret 2) dotyczącej przestrzegania przepisu art. 19a ust. 6 *u.d.p.p.w.*

Składający zastrzeżenie zwrócił uwagę, że opiniowanie obu projektów (projekt nr 1 - „*Empatia i wielokulturowość*”, projekt nr 2 - „*Empatia i wielokulturowość* -

kontynuacja”) oparto na specyfice adresatów zadań. W przypadku projektu nr 1 zakładano rekrutację z kilku krakowskich szkół podstawowych (SP 109, SP 67, SP 37, dzieci w wieku powyżej 12 r. ż.), a w przypadku projektu nr 2 rekrutacja dotyczyła uczniów VII Prywatnego Liceum Ogólnokształcącego im. M. Reja (dzieci w wieku powyżej 16 r. ż.). Również termin realizacji projektów różnił się datą rozpoczęcia zadań (odpowiednio 14.10.2019 r. i 04.11.2019 r.). W treści zastrzeżenia podniesiono ponadto, iż przeznaczenie środków finansowych dotacji w projekcie nr 1 dotyczyło specyficznych jego celów, tj. opracowania scenariuszy i przeprowadzenia warsztatów, opracowania ewaluacji warsztatów i czynności administracyjnych, podczas gdy w projekcie nr 2 - organizacji i przeprowadzenia warsztatów, zakupu materiałów i czynności administracyjnych.

W ocenie Składającego zastrzeżenia, mimo iż schemat realizacji powyższych projektów był podobny w obu przypadkach, jako że dotyczył organizacji warsztatów dla młodzieży, jednak każdy projekt wniósł nowe, specyficzne elementy edukacyjne i ewaluacyjne oraz inną grupę adresatów, co stanowi wystraczający warunek do uznania odrębności zakresu przedmiotowego zadania. W związku z powyższym zastosowano wykładnię art. 19a ust. 6 u.d.p.p.w.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, nie podziela argumentacji Składającego zastrzeżenie.

Z treści zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego nr 9 wynika, że Składający zastrzeżenie interpretuje stan faktyczny opisany w protokole w sposób odmienny niż tam przedstawiono, wskazując, iż objęte badaniem dotacje, udzielone Fundacji Internationaler Bund Polska, stanowiły dwa odrębne zadania zlecone jednemu podmiotowi, zgodnie z warunkami art. 19a ust. 6 u.d.p.p.w. Kolegium Izby uznaje zatem, że wnioskowi pokontrolnemu nr 9 zarzucone zostało naruszenie prawa, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że ww. Umowy obejmowały jedno zadanie i w związku z tym łączny limit udzielonych na ich podstawie dotacji nie powinien przekroczyć 10.000 zł.

Zgodnie z postanowieniami art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, na podstawie oferty realizacji zadania publicznego (...), złożonej przez organizacje pozarządowe lub podmioty wymienione w art. 3 ust. 3, organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego uznając celowość realizacji tego zadania, może zlecić organizacji pozarządowej lub podmiotom wymienionym w art. 3 ust. 3, z pominięciem otwartego konkursu ofert, realizację zadania publicznego o charakterze lokalnym lub regionalnym, spełniającego łącznie następujące warunki: wysokość dofinansowania lub finansowania zadania publicznego nie przekracza kwoty 10.000 zł, a zadanie publiczne ma być realizowane w okresie nie dłuższym niż 90 dni.

O ile drugi warunek został spełniony, o tyle łączna wartość dotacji udzielonych Fundacji w 2019 r. na to samo zadanie przekroczyła kwotę 10.000 zł. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Składającego zastrzeżenie, iż mimo podobieństw w schemacie realizacji powyższych projektów, zakres przedmiotowy każdego zadania był odmienny. Nazwa projektów jest taka sama - „*Empatia i wielokulturowość*”, z tym, że przy

projekcie nr 2 dopisano słowo „kontynuacja”. Oba projekty dotyczą więc tego samego zadania publicznego pn. „Empatia i wielokulturowość”, którego celem było podnoszenie poziomu empatii w społeczeństwie realizowanego za pomocą różnych środków (zakresów rzeczowych) i trudno tu mówić o, cyt. „nowych, specyficznych elementach edukacyjnych”.

Wskazane w uproszczonych ofertach realizacji zadania cele: ogólny i szczegółowe, tj. zakładany zakres wiedzy i umiejętności, jakie powinni zdobyć uczniowie, jak również opis zakładanych rezultatów realizacji zadania (w tym: ukończenie serii sześciu warsztatów przez uczniów) wyglądają identycznie. Zgodnie z szacunkową kalkulacją kosztów wg poszczególnych rodzajów większa część dotacji przeznaczona była w obu przypadkach na prowadzenie warsztatów. Faktem jest, iż w przypadku projektu nr 2 nie uwzględniono kosztów opracowania scenariuszy, mimo wskazania w „Opisie zakładanych rezultatów realizacji zadania publicznego” w obu ofertach stworzenia sześciu scenariuszy lekcji i odebrania ich od prowadzących. Każdy z projektów opierał się na tożsamych zadaniach, tj. organizacji warsztatów w zakresie wielokulturowości dla młodzieży z krakowskich szkół.

Zdaniem Kolegium Izby, „specyfika adresatów zadań” nie była tak zróżnicowana. W ofercie na realizację projektu nr 2 zakładano rekrutację jednej wybranej krakowskiej szkoły podstawowej lub licealnej, podczas gdy projekt nr 1 skierowany miał być (i faktycznie był) do trzech krakowskich szkół podstawowych. Tak więc mogło ostatecznie dojść do zawarcia umowy dotacyjnej na realizację projektu nr 2, w wyniku której Fundacja realizowałaby warsztaty w kolejnej szkole podstawowej (założono w ofercie taki wariant). Doprecyzowanie adresatów nastąpiło dopiero na etapie rekrutacji szkół.

Odnosząc się natomiast do terminu realizacji projektów, Kolegium zauważa, iż w przeważającej części się one pokrywały, a rozpoczęcie realizacji drugiego projektu (w Liceum) było po prostu konsekwencją późniejszego terminu zawarcia drugiej umowy dotacyjnej (30.10.2019 r.). Projekt nr 2 zawierał się czasowo w projekcie nr 1.

Ze złożonych ofert nie wynika więc, aby każdy z ww. projektów miał wnieść nowe, specyficzne elementy edukacyjne i ewaluacyjne. Po zapoznaniu się z dokumentacją oraz opisem stanu faktycznego utrwalonym w protokole, Kolegium nie może uznać interpretacji, według której projekty nr 1 i nr 2 pn. odpowiednio „Empatia i wielokulturowość” oraz „Empatia i wielokulturowość - kontynuacja” stanowiły dwa odrębne zadania.

Mając na uwadze powyższe, Kolegium Izby stwierdziło, że brak jest podstaw do uwzględnienia wniesionego zastrzeżenia, a wniosek pokontrolny nr 9 należy uznać za prawidłowy.

Wniosek pokontrolny nr 11

Wnioskowi pokontrolnemu nr 11 nadano następujące brzmienie, cyt. „Precyzyjne wskazywanie w dokumentacji placowej zakresu zwiększonych obowiązków lub dodatkowych zadań, tj. przesłanek uzasadniających przyznanie dodatku specjalnego, o których mowa w art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r.

o pracownikach samorządowych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 530), w tym w odniesieniu do pracowników na stanowiskach dyrektorów lub kierowników komórek organizacyjnych wchodzących w skład Urzędu Miasta Krakowa na prawach Wydziału i ich zastępców oraz pracowników na stanowiskach specjalistycznych.”

Wniosek pokontrolny nr 11 został sformułowany w związku z ustaleniami kontroli przedstawionymi w opisie nieprawidłowości, dotyczącymi przyznawania, w latach 2019 - 2020 i w roku 2021 (do dnia kontroli), pracownikom zatrudnionym na stanowiskach dyrektorów lub kierowników komórek organizacyjnych wchodzących w skład Urzędu Miasta Krakowa na prawach Wydziału i ich zastępców oraz pracownikom na stanowiskach specjalistycznych, dodatków specjalnych bez szczegółowego uzasadnienia, z którego wynikałoby wystąpienie przesłanek określonych w art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (dalej: *u.o.p.s.*).

Dodatek specjalny, o którym mowa w tym przepisie może zostać przyznany jedynie w przypadku spełnienia wskazanych w nim przesłanek: okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań. Pracodawca winien, więc szczegółowo uzasadnić przyznanie takiego świadczenia. W pismach kierowanych do tej kategorii pracowników, informowano o przyznaniu dodatku, podawano jego wysokość oraz okres, na jaki został przyznany, jednak nie wskazywano na żadne z okoliczności określonych w art. 36 ust. 5 wskazanej wyżej ustawy. W toku kontroli nie przedstawiono również żadnej innej dokumentacji uzasadniającej przyznanie dodatków specjalnych tej kategorii pracowników, w zakresie objętym badaniem kontrolnym. W złożonych kontrolującym wyjaśnieniach w tym przedmiocie nie przedstawiono szczegółowego i indywidualnego uzasadnienia przyznania dodatków specjalnych poszczególnym pracownikom, których wynagrodzenie objęto kontrolą, tj. nie wskazano okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań.

W ocenie Składającego zastrzeżenie w otrzymanym wystąpieniu pokontrolnym wskazano, iż w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawiono szczegółowego i indywidualnego uzasadnienia przyznania dodatków specjalnych poszczególnym pracownikom, których wynagrodzenie objęto kontrolą, tzn. nie wskazano okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzonych zadań. Zdaniem Składającego zastrzeżenie, przedstawione w toku kontroli uzasadnienia nie były zindywidualizowane, ponieważ dotyczyły grupy stanowisk, w wyjaśnieniach natomiast wskazano wyraźnie i bardzo szczegółowo jakie dodatkowe zadania oraz czasowo zwiększone obowiązki służbowe spoczywają na kadrze kierowniczej jednostki wyższego i specjalistycznego szczebla (wraz z przyczyną ich nałożenia), co stanowiło podstawę i uzasadnienie dla każdorazowej decyzji o przyznaniu dodatku specjalnego na określony czas i w określonej wysokości oraz w odniesieniu do każdej z osób. Dodatkowe zadania skutkujące zwiększonymi obowiązkami stanowią z reguły elementy systemowo wprowadzonych w Urzędzie Miasta Krakowa procesów zarządczych, które regulują funkcjonowanie danych ról, zadań i nadzoru, a wynikają z wielkości organizacji i jej dojrzałości, a więc jego zdaniem przesłanki uzasadniające przyznanie dodatku specjalnego zostały zatem wykazane. Składający zastrzeżenie podtrzymał prezentowane

w toku kontroli stanowisko i nie zgodził się z przyjętą przez Inspektorów kontroli oceną, równocześnie wskazując, że dla większej przejrzystości procesu podejmowanych decyzji kadrowych, zdecydowano o zmianach w dokumentowaniu przyznawania dodatków specjalnych, idąc w kierunku bardziej precyzyjnego wskazywania zakresu zwiększonych obowiązków lub dodatkowych zadań przez konkretnych pracowników.

Odnosząc się do powyższych zarzutów, Kolegium wskazuje, jak poniżej:

Możliwość przyznawania dodatków specjalnych pracownikom umownym wynika z art. 36 ust. 5 u.o.p.s., gdzie wskazano, iż jest to świadczenie, które może być przewidziane jedynie z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub za wykonanie dodatkowych zadań, co jest podkreślane w orzecznictwie. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 22.11.2018 r., sygn. akt III SA/Gd 741/18, LEX nr 2592722 wskazał [cyt.]: „Z kolei świadczenie, o którym mowa w art. 36 ust. 5 u.p.s., mające charakter fakultatywny, może być przewidziane jedynie za wykonanie dodatkowych zadań, poza stricte bieżącymi zadaniami służbowymi lub z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych. Jest to świadczenie o charakterze jednorazowym lub krótkookresowym, które może być ustalone dla wszystkich pracowników umownych, w tym zatrudnionych na stanowiskach urzędniczych, kierowniczych stanowiskach urzędniczych, pomocniczych i obsługi, a także doradców i asystentów.” Analogicznie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 3 lipca 2019 r. (sygn. akt II OSK 1477/19), również zaznaczył, że dopiero zwiększenie obowiązków służbowych lub powierzenie dodatkowych zadań uzasadnia przyznanie dodatku specjalnego pracownikowi samorządowemu na podstawie art. 36 ust. 5 cytowanej ustawy. Powyższe wskazuje, że fakt spełnienia ww. przesłanek musi mieć charakter bezsporny, zindywidualizowany i precyzyjny. Dodatek specjalny ma więc charakter fakultatywny, ale jego przyznanie jest zależne nie tylko od woli pracodawcy, ale również od spełnienia przytoczonych powyżej, określonych ustawowo przesłanek.

W piśmie Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 listopada 2009 r. wskazano natomiast, że przyznanie dodatku może nastąpić w indywidualnym akcie, który określa w związku z jakimi czynnościami został przyznany, jego wysokość oraz okres na który dodatek został przyznany (pismo z dnia 5.11.2009 r., wydane przez: Prezes Rady Ministrów, DP-171-471(2)/09/MT, Dodatki specjalne dla pracowników samorządowych zatrudnionych na podstawie wyboru i powołania, www.poznan.rio.gov.pl).

Odnosząc się zatem do powyższego, Kolegium Izby uznaje za prawidłowe ustalenia kontroli wskazujące, że nie można uznać za wypełnienie przesłanek przyznania dodatku specjalnego przedstawienia w toku kontroli ogólnych wyjaśnień dotyczących dodatkowych zadań oraz czasowo zwiększonych obowiązków służbowych grupy pracowników. Brak zindywidualizowanego uzasadnienia, nie oznacza, że ono nie istniało w momencie przyznawania przedmiotowego dodatku, ale skoro wykładnia ww. przepisu wymaga, aby przesłanki przyznania dodatku specjalnego były precyzyjnie zidentyfikowane to właściwa w tym celu jest dokumentacja płacowa, którą należy skonstruować tak, aby nie było wątpliwości, że zostały one spełnione.

W tym stanie rzeczy sformułowany wniosek pokontrolny nr 11, zobowiązujący do precyzyjnego wskazywania w dokumentacji płacowej zakresu zwiększonych

obowiązków lub dodatkowych zadań, tj. przesłanek uzasadniających przyznanie dodatku specjalnego zakresu uznaje się za prawidłowy.

Wniosek pokontrolny nr 13

Wnioskowi pokontrolnemu nr 13 nadano następujące brzmienie, cyt. *„Naliczanie i pobieranie kaucji z tytułu zajęcia terenu na organizację imprez w terminach i wysokościach wynikających z obowiązujących w Urzędzie Miasta Krakowa aktów wewnętrznych, określających m.in. stawki za czasowe udostępnienie nieruchomości i przestrzeni, dla zapewnienia przestrzegania zasad należytej staranności w gospodarowaniu mieniem, określonej w art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 559, z późn. zm.).”*

Wniosek tej treści został sformułowany w związku ze stwierdzeniem nieprawidłowości w pobieraniu od organizatorów imprez kaucji z tytułu zajęcia terenu, stanowiącej zabezpieczenie przed ewentualnym uszkodzeniem tego terenu. Powyższe dotyczyło następujących imprez pn.:

- *„Kiermasz Rzemieślniczy z okazji Święta Rzemiosła”* – impreza organizowana w dniach 17 - 26.05.2019 r. (nr sprawy: SA-05.6852.1.9.2019.KNB), gdzie pobrano kaucję w wysokości zaniżonej o 2.400,00 zł.
- *„Najedzeni Fest”* – przedsięwzięcie organizowane w dniu 21.05.2021 r. (nr sprawy: SA-05.6852.1.10.2021.EB), gdzie nie została naliczona i pobrana kaucja w wysokości 3.975,00 zł za food trucki, obiekt gastronomiczny, stoiska handlowe i namiot organizatora, umieszczone na placu Wolnica w związku z organizacją ww. imprezy.
- *„Jarmark na św. Michała”* – impreza organizowana w dniach 10 - 19.09.2021 r. (nr sprawy: SA-05.6852.4.139.2021.KNB), gdzie kaucja w kwocie 5.000,00 zł została przekazana przez Organizatora imprezy na rachunek Gminy Miejskiej Kraków w dniu 09.09.2021 r., tj. 2 dni po przekazaniu terenu, co miało miejsce w dniu 07.09.2021 r.

Powyższe nieprawidłowości stanowiły o nieprzestrzeganiu uregulowań wewnętrznych wprowadzonych w UMK w tym - w odniesieniu do nieterminowego przekazania kaucji w związku z organizacją *„Jarmarku na św. Michała”* - § 7 ust. 3 (rozdz. IV *„Kaucje i opłaty manipulacyjne”*) zarządzenia Nr 226/2020 Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 29.01.2020 r. w sprawie czasowego udostępnienia nieruchomości (ze zm.), gdzie w końcowej części wskazano, cyt. *„(...) Kaucja pobierana jest przez Dyrektora Wydziału przed protokolarnym przekazaniem terenu (...)”*.

W we wszystkich powyższych przypadkach nie zachowano należytej staranności w gospodarowaniu mieniem gminnym, do czego zobowiązują przepisy określone w art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.

Składający zastrzeżenie odniósł się w treści wniesionego pisma do ostatniej sytuacji ze wskazanych w opisie nieprawidłowości do wniosku pokontrolnego nr 13 (tiret 3), podkreślając fakt, że przekazanie terenu Małego Rynku miało miejsce w tym

samym dniu co podpisanie umowy. Wobec powyższego, cyt. „(...) w dniu 7 września 2021 r. organizator zgodnie z umową został zobowiązany do wpłacenia kaucji za zajęcie Małego Rynku, która musi wpłynąć na konto Wydziału Finansowego UMK przed rozpoczęciem imprezy. Impreza odbywała się w terminie 10 -19 września 2021 r., natomiast kaucja wpłynęła w dniu 9 września 2021r.” Składający zastrzeżenie wskazał ponadto, iż Gmina Miejska Kraków nie ma wpływu na czas wykonywania operacji bankowych, a wcześniejsze naliczenie kaucji nie było możliwe ze względu na fakt, iż ostateczna powierzchnia ustawionych elementów imprezy była znana w krótkim czasie przed przekazaniem terenu. Niemniej jednak wyliczona kaucja została uwzględniona w zawartej umowie i wpłacona przed rozpoczęciem Jarmarku.

W ocenie Kolegium Izby Składający zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego nr 13, nie powołał się na błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie przepisów wskazanych w wystąpieniu pokontrolnym. Zwrócił natomiast szczególną uwagę, iż wysokość kaucji za zajęcie terenu, jaką organizator imprezy był zobowiązany uregulować przed przekazaniem mu terenu, została obliczona dopiero w samej umowie zawartej w dniu przekazania tego terenu (07.09.2021 r.). Fakt ten, jak można wywnioskować z opisu sytuacji, uniemożliwił jej wcześniejsze opłacenie zgodnie z uregulowaniami wewnętrznymi. Równocześnie w treści zastrzeżenia podkreślono, iż kaucja wpłynęła w dniu 09.09.2021 r., tj. przed terminem organizacji samej imprezy (10-19 września 2021 r.).

Po analizie stanu faktycznego, Kolegium Izby uznaje wniosek za zasadny.

Dla zachowania należytej staranności w gospodarowaniu mieniem, Prezydent Miasta Krakowa określił zarządzeniem Nr 226/2020 z dnia 29.01.2020 r. (ze zm.) zasady czasowego udostępnienia nieruchomości, gdzie wyraźnie wskazano obowiązek pobierania kaucji przed protokolarnym przekazaniem terenu, nie określając odstępstw od tej zasady ani nie odnosząc się w żaden sposób do terminu organizacji imprez. Kaucja w kwocie 5.000,00 zł wpłynęła na rachunek Gminy Miejskiej Kraków w dniu 09.09.2021 r., tj. 2 dni po przekazaniu terenu. Tym samym protokolarnie przekazanie terenu nastąpiło pomimo braku spełnienia wymogów wynikających z uregulowań wewnętrznych w zakresie wpłaty kaucji przez organizatora imprezy.

Odnosząc się do twierdzenia Składającego zastrzeżenia, że operacje bankowe w obrębie jednego banku zazwyczaj są realizowane tego samego dnia, natomiast operacje między różnymi bankami są przesunięte w czasie Kolegium Izby zwraca uwagę, że w sytuacji, gdy zachodzi pilna potrzeba przekazania środków finansowych pomiędzy różnymi bankami istnieje taka możliwość, poprzez przelew natychmiastowy (ekspresowy).

W tym stanie rzeczy zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego nr 13 należało odrzucić.

Wniosek pokontrolny nr 18

Wnioskowi pokontrolnemu nr 18 nadano następujące brzmienie, cyt. *„Przedkładanie Radzie Miasta Krakowa, zgodnie z wymogami art. 30 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 559, z późn. zm.), projektu uchwały w sprawie rocznego programu współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz podmiotami wymienionymi w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1327, z późn. zm.), po przeprowadzonych konsultacjach, w terminie umożliwiającym uchwalenie przedmiotowego programu współpracy do dnia 30 listopada roku poprzedzającego okres obowiązywania programu, stosownie do wymogu art. 5a ust. 1 powołanej ustawy.”*

Powyższy wniosek został sformułowany w związku z ustaleniami kontroli przedstawionymi w opisie nieprawidłowości, dotyczącymi nieprzedłożenia pod obrady Rady Miasta Krakowa, w trybie art. 30 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r., poz. 1526 z późn. zm.), projektu uchwały w sprawie przyjęcia *„Programu Współpracy Gminy Miejskiej Kraków na rok 2020 z organizacjami pozarządowymi i innymi podmiotami, o których mowa w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie”* w terminie umożliwiającym uchwalenie tego programu do dnia 30 listopada 2019 r., co jest wymagane art. 5a ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Ustalenia kontroli wskazują, że przedmiotowy projekt uchwały został złożony w Kancelarii Rady Miasta Krakowa w dniu 26 listopada 2019 r., wskutek czego Rada Miasta Krakowa przyjęła ww. Program Współpracy uchwałą Nr XXX/792/19 z dnia 5 grudnia 2019 r. W ww. uchwale przeznaczono na zadania publiczne zaplanowane przez Gminę Miejską Kraków do realizacji we współpracy z organizacjami pozarządowymi w 2020 roku kwotę: 98.560.254,00 zł oraz na zadania publiczne zaplanowane przez Dzielnice Miasta Krakowa do realizacji we współpracy z organizacjami pozarządowymi na rok 2020 kwotę: 431.300,00 zł.

Składający zastrzeżenie, w zakresie ww. wniosku, podniósł, że proces tworzenia programu współpracy Gminy Miejskiej Kraków z podmiotami trzecimi jest procesem wielowątkowym, składającym się na konsultacje projektu programu z organizacjami pozarządowymi oraz podmiotami określonymi w art. 3 ust. 3 u.d.p.p.w., zarówno w kwestiach merytorycznych, jak i finansowych, a także konsultacje z poszczególnymi wydziałami i miejskimi jednostkami organizacyjnymi będącymi jego realizatorami. Wskazał także, że opracowywanie programu współpracy zbiega się w czasie z planowaniem budżetu Gminy na następny rok oraz że nie bez znaczenia pozostaje również liczba realizowanych zadań. Składający zastrzeżenie przywołał treść uzasadnienia wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 20 marca 2012 r. sygn. akt III SA/Wr 13/12 odwołującego się do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 listopada 2011 r. sygn. akt II OSK 1824/11, gdzie wskazano, że termin określony w art. 5a ust. 1 u.d.p.p.w. jest terminem instrukcyjnym, ponieważ nie określa charakteru terminu ani jego skutków prawnych. Powołany przepis został wprowadzony w celu zobowiązania organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego do

uchwalania rocznych programów współpracy i to zawierających ustawowo określone elementy, w tym zgodnie z brzmieniem art. 5a ust. 4 pkt 8 u.d.p.p.w., wysokość środków planowanych na realizację programu. W ww. wyroku NSA zajął stanowisko, że termin określony w art. 5a ust. 1 u.d.p.p.w. nie ma charakteru zawitego materialnoprawnego, a prawidłowe rozumienie tego przepisu musi uwzględniać także konsekwencje związane z charakterem terminu. NSA podkreślił, że uznanie tego terminu za termin instrukcyjny, wewnętrzny nie oznacza, że organy stanowiące mogą się uchylać od podjęcia stosownej uchwały. Oznacza natomiast, że uchybienie określonego w art. 5a ust. 1 ustawy terminu, mimo że stanowi niewątpliwie naruszenie prawa, nie daje podstaw do stwierdzenia nieważności uchwały i samo przez się nie pozbawia organu stanowiącego kompetencji do podjęcia takiej uchwały. Tym samym podjęcie uchwały w sprawie programu współpracy z organizacjami pozarządowymi po upływie ustawowego terminu, mimo że jest naruszeniem prawa, to - w świetle zasad wykładni celowościowej, nie jest - z uwagi na przedmiot uchwały, charakter terminu i skutki jakie wiąże się z uznaniem terminu za materialnoprawny - naruszeniem istotnym dającym podstawę do stwierdzenia nieważności takiej uchwały.

Odnosząc się do powyższej argumentacji, Kolegium Izby wskazuje co następuje:

W istocie Składający zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego nr 18, nie powołał się na błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie przepisów wskazanych w wystąpieniu pokontrolnym. Opisał natomiast proces tworzenia programu współpracy Gminy Miejskiej Kraków, wskazując m.in. na towarzyszące mu uwarunkowania czasowe i organizacyjne.

Powołane przez Składającego zastrzeżenie orzeczenia (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 20 marca 2012 r. sygn. akt III SA/Wr 13/12 odwołujący się do treści wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 listopada 2011 r. sygn. akt II OSK 1824/11) wskazywały, że uchybienie wskazanego w art. 5a ust. 1 u.d.p.p.w. terminu stanowi niewątpliwie naruszenie przepisów prawa, ale nie daje podstaw do stwierdzenia nieważności uchwały i samo przez się nie pozbawia organu stanowiącego kompetencji do podjęcia takiej uchwały. Takie stanowisko zaprezentował również NSA w wyroku z dnia z 24 listopada 2011 r., o sygn. akt II OSK 2107/11. Powyższe orzecznictwo jest zgodne z ustaleniami opisanymi w protokole kontroli, gdzie wskazano, że w wyniku uchybienia terminu wynikającego z art. 5a ust. 1 u.d.p.p.w. doszło do naruszenia prawa.

Kolegium Izby zauważa również, że kontrolujący nie kwestionują w żaden sposób ważności uchwały, a jedynie jako nieprawidłowość wskazują uchwalenie jej z uchybieniem terminu, co znajduje potwierdzenie zarówno w treści protokołu jak i w wyjaśnieniach udzielonych przez Składającego zastrzeżenie.

W tym stanie rzeczy sformułowany wniosek pokontrolny nr 18 należy uznać za prawidłowy.

POUCZENIE

Od przedmiotowej uchwały nie przysługują środki odwoławcze.

**PRZEWODNICZĄCY
KOLEGIUM IZBY**

Jolanta Nowakowska

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

