

# **Informacja dotycząca skuteczności realizacji funkcji kontrolnych Regionalnych Izb Obrachunkowych w aspekcie obowiązujących przepisów prawnych**

Regionalne izby obrachunkowe są państwowymi organami nadzoru i kontroli gospodarki finansowej:

- 1) jednostek samorządu terytorialnego,
- 2) związków międzygminnych
- 3) stowarzyszeń gmin oraz gmin i powiatów,
- 4) związków powiatów,
- 5) stowarzyszeń powiatów,
- 6) samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych,
- 7) innych podmiotów, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

**Działalność nadzorcza regionalnych izb obrachunkowych** obejmuje uchwały i zarządzenia podejmowane przez organy jednostek samorządu terytorialnego w sprawach:

- 1) procedury uchwalania budżetu i jego zmian,
- 2) budżetu i jego zmian,
- 3) zaciągania zobowiązań wpływających na wysokość długu publicznego jednostki samorządu oraz udzielania pożyczek,
- 4) zasad i zakresu przyznawania dotacji z budżetu,
- 5) podatków i opłat lokalnych, do których mają zastosowanie przepisy ordynacji podatkowej,
- 6) absolutorium.

Poza nadzorem, **regionalne izby obrachunkowe kontrolują gospodarkę finansową** (w tym realizację zobowiązań podatkowych oraz zamówień publicznych) podmiotów wymienionych powyżej – **na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym.**

Z dotychczasowej praktyki RIO wynika, że skuteczność zarówno nadzoru, jak i kontroli uległaby znacznej poprawie po wyeliminowaniu wielu niejasności lub sprzeczności w obowiązującym stanie prawnym.

Uwagi dotyczące obowiązujących przepisów prawnych i propozycje zmian podzielono na te wynikające z nadzoru (I) i kontroli (II).

## **I. Nadzór nad uchwałami organów jednostek samorządu terytorialnego.**

### **1. Układ kompetencji organów jednostki samorządu terytorialnego przy opracowywaniu projektu budżetu oraz uchwalaniu budżetu i jego zmian.**

Bezpośrednie wybory wójtów, burmistrzów i prezydentów uwydatniły występujący już wcześniej problem stosunku art. 179 do art. 183 ust. 2 ustawy o finansach publicznych oraz w przypadku województw i powiatów, do odpowiadających temu ostatniemu przepisowi uregulowań zawartych w art. 66 ust. 1 ustawy o samorządzie wojewódzkim oraz art. 55 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym. Ze względu na bezpośrednie wybory organów wykonawczych w gminach, problem ten jest szczególnie widoczny na tym poziomie samorządu terytorialnego, a zwłaszcza w tych gminach, w których „bezpośrednio” wybrany wójt nie uzyskuje większościowego poparcia w radzie.

Opracowanie projektu budżetu jest obowiązkiem wójtów, burmistrzów i prezydentów oraz zarządów powiatów i województw, a zarazem należy do ich wyłącznych kompetencji. Także wójtom (zarządom) i tylko im, przysługuje inicjatywa uchwałodawcza w sprawie zmian budżetów (art. 179 u.f.p.). Przepisy wprowadzające tę zasadę, podobnie sformułowane w stosunku do wszystkich jednostek samorządu terytorialnego (art. 55 ust. 3 u.s.p., art. 52 ust. 1a u.s.g., art. 66 ust. 3 u.s.w.) wywołują, zwłaszcza w poróżnionych radach, niepotrzebne konflikty proceduralne podczas uchwalania budżetów lub ich zmian. Z jednej strony przyznają one wójtom i zarządom „wyłączność” w omawianych sprawach, z drugiej zaś „wyłączność” tę - ograniczają. Każda z ustaw ustrojowych zawiera postanowienie, w myśl którego bez zgody zarządu (wójta), rada nie może wprowadzić w projekcie budżetu zmian powodujących zwiększenie wydatków nie znajdujących pokrycia w planowanych dochodach lub zwiększenie planowanych dochodów bez jednoczesnego ustanowienia źródeł tych dochodów.

Po pierwsze, skoro „wyłączna inicjatywa” uchwałodawcza w zakresie spraw budżetowych przysługuje zarządowi, to brakuje miejsca na inicjatywę radnych, a wobec tego, także na zgodę zarządu (wójta) na te inicjatywę i powodowane nią zmiany budżetu lub projektu budżetu.

Po drugie, rada (sejmik) może z własnej inicjatywy dokonać zmiany budżetu lub jego projektu, jeżeli zmiany te nie spowodują wzrostu deficytu budżetowego lub zwiększenie dochodów będzie połączone ze wskazaniem źródeł tych dochodów.

Po trzecie, za zgodą zarządu (wójta) możliwe jest zwiększenie wydatków bez zwiększenia planowanych dochodów.

Problemy te mogą być wprawdzie rozwiązane za pomocą reguł wykładni prawa, lecz skomplikowana wykładnia nie trafia do licznych radnych i ich nie przekonuje. Twierdzą oni, iż omawiane przepisy pozostają we wzajemnej sprzeczności. Sprzeczności te można i należy wyeliminować przyjmując, iż zgoda zarządu (wójta), o której mowa w art. 55 ust. 3 u.s.p., art. 52 ust. 1a u.s.g. i art. 66 ust. 3 u.s.w., oznacza objęcie inicjatywą uchwałodawczą zarządu (wójta) zmian w budżecie (jego projekcie) proponowanych przez radnych. Zarządy wyrażając zgodę na proponowane przez radnych zmiany budżetu przejmują obowiązek opracowania tych zmian w zgodzie z zasadami budżetowymi, w tym zwłaszcza z zasadą równowagi budżetowej, a także z innymi przepisami szczególnymi, którym nie można przypisać rangi zasad budżetowych.

Celem omawianych regulacji jest bowiem zdyscyplinowanie, poprzez wyraźne określenie odpowiedzialności organów samorządu (zarówno zarządów, wójtów, jak i rad) za zgodność z prawem podejmowanych decyzji o skutkach finansowych (budżetowych). Odpowiedzialność tę ponoszą zawsze zarządy (wójtowie), o ile wyrażą zgodę na inicjatywę radnych lub wystąpią z własną inicjatywą w zakresie budżetu. Przyjęcie za prawdziwe wniosków drugiego i trzeciego prowadzi albo do zachwiania równowagi budżetowej, albo do zakwestionowania wyłącznych kompetencji zarządów (wójtów), a zatem, w obu przypadkach, do sprzeczności z prawem.

W praktyce jednak przedstawiona wyżej interpretacja nie znajduje zrozumienia wśród radnych, którzy wymóg uzyskania zgody wójta (zarządu) na ich inicjatywę w zakresie uchwały budżetowej odbierają jako ograniczenie samorządności i kompetencji rady. W szczególności uważa się, iż nie zwiększając deficytu budżetowego rada może bez zgody organu wykonawczego dokonać wszelkich zmian w projekcie budżetu, a po jego uchwaleniu wszelkich zmian w budżecie. **Najczęściej zmiany proponowane przez radnych, zwłaszcza przed wyborami, dotyczą zwiększenia wydatków inwestycyjnych kosztem wydatków bieżących. Zjawisko to prowadzi do niekontrolowanego zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego.**

**Propozycja:** Z tych względów, wydaje się, iż należy postulować, by uprawnienia rady do dokonywania zmian w projekcie budżetu i w samym budżecie były uwarunkowane nie

tylko poziomem deficytu budżetowego, ale także poziomem koniecznych wydatków bieżących.

## **2. Obowiązek publikowania uchwał budżetowych, sprawozdań z wykonania budżetu, opinii regionalnych izb obrachunkowych o możliwości sfinansowania deficytu budżetowego oraz opinii o prawidłowości prognozy kwoty długu**

Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych wprowadziła różne zasady ogłaszania uchwał budżetowych jednostek poszczególnych szczebli samorządu terytorialnego.

Ustawa ta, poprzez nowelizację art. 61 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, wprowadziła obowiązek ogłaszania uchwały budżetowej gminy i sprawozdania z jej wykonania w dzienniku urzędowym województwa. Obowiązek ten wynika pośrednio z zapisu, iż stosuje się do ich ogłaszania tryb przewidziany dla aktów prawa miejscowego. Bezpośrednio w art. 13 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych, zawierającym wykaz aktów prawnych podlegających ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym, wymieniono tylko uchwałę budżetową województwa oraz sprawozdanie z jej wykonania.

**Obowiązku publikacji w tym dzienniku nie przewiduje sama ustawa o samorządzie województwa.** Natomiast regulacje dotyczące ogłaszania uchwały budżetowej powiatu oraz sprawozdania z jej wykonania pozostały bez zmian.

Należy zatem uznać, iż nie ma obowiązku ogłaszania tych aktów powiatu w dzienniku urzędowym województwa; budżet i sprawozdania nie są bowiem aktami prawnymi jst i w związku z tym nie podlegają ogólnym regułom ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych. Zasadne jest także zwrócenie uwagi na konsekwencje praktyczne wprowadzenia obowiązku publikacji uchwał budżetowych i sprawozdań jednostek samorządu terytorialnego w dzienniku urzędowym województwa.

Zwielokrotnienie objętości tych publikacji, wbrew intencjom ustawodawcy, może bardziej utrudnić dostęp do tych materiałów niż ułatwić. Wydłużony zostanie także cykl ogłaszania aktów prawnych podlegających obowiązkowi publikacji, a tym samym, ich wejście w życie. W trybie określonym dla uchwał budżetowych, zgodnie z art. 172 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, muszą być ogłaszane także opinie o możliwości

sfinansowania deficytu przedstawionego przez jednostki samorządu terytorialnego oraz o prawidłowości załączonej do budżetu prognozy kwoty długu.

**Opinie te zgodnie z obecnym zapisem ustawy powinny być opublikowane w terminie miesiąca od dnia przekazania uchwały budżetowej do regionalnej izby obrachunkowej, co w praktyce może okazać się niemożliwe do spełnienia.**

### **3. Reprezentacja rady gminy w postępowaniu przed organem nadzoru.**

W myśl art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych w posiedzeniu kolegium regionalnej izby obrachunkowej ma prawo uczestniczyć przedstawiciel podmiotu określonego w art. 1 ust. 2, którego sprawa jest rozpatrywana.

Podmioty te to jednostki samorządu terytorialnego, związki międzygminne, stowarzyszenia gmin itp. Ustawa o rio nie określa, który organ reprezentuje dany podmiot.

Zgodnie z ustawami regulującymi ustrój samorządu terytorialnego reprezentowane są one przez wójta, burmistrza, starostę i marszałka.

Z art. 31 ustawy o samorządzie gminnym wynika, że wójt reprezentuje gminę na zewnątrz. Natomiast z art. 19 ust. 2 ustawy wynika, że zadaniem przewodniczącego rady jest wyłącznie organizowanie pracy rady oraz prowadzenie obrad rady. Zatem przewodniczący nie reprezentuje rady na zewnątrz. Wątpliwości budzi zatem zagadnienie, kto reprezentuje radę gminy w postępowaniach, w których rada pozostaje w konflikcie z organem wykonawczym, np. w sprawach toczących się przed organami nadzoru nad samorządem terytorialnym. Typowym przykładem takiego konfliktu jest sprawa zgodności, bądź niezgodności z prawem uchwały o nieudzieleniu absolutorium. Kolegium rio badając taką uchwałę zobowiązane jest ustalić, czy nieudzielenie absolutorium było spowodowane negatywną oceną wykonania budżetu, czy też innymi przyczynami niezwiązanymi z wykonaniem budżetu.

Absolutorium, zwłaszcza uchwała o jego nieudzieleniu, jest wolą organu stanowiącego i dlatego logiczne byłoby, aby gminę reprezentował również przedstawiciel rady. Nowelizacja art. 19 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym z 2001 r. (art. 1 pkt 17 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o zmianie ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa, o administracji rządowej w województwie oraz o

zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 45, poz. 497) podkreślająca, iż „zadaniem przewodniczącego rady jest **wyłącznie** organizowanie pracy rady oraz prowadzenie obrad rady” spowodowała, że nie może on reprezentować rady z racji pełnionej funkcji.

Termin powiadomienia gminy o posiedzeniu kolegium badającego uchwałę absolutoryjną jest na ogół krótki i rada gminy nie jest w stanie zebrać się i podjąć uchwałę upoważniającą określone osoby do jej reprezentacji. Powoduje to, iż organ nadzoru może wzywać przewodniczącego do udziału w posiedzeniu jedynie na podstawie przepisów działu II rozdz. 5 kpa o rozprawie i o świadkach. Konsekwencją są dalsze komplikacje związane m.in. z koniecznością pokrycia kosztów stawiennictwa na rozprawę (art. 56 § 1 kpa), gdy tymczasem przewodniczący rady pozostającej w sporze z organem wykonawczym powinien być stroną postępowania a nie świadkiem w sprawie.

#### **4. Zadłużenie związków międzygminnych i związków powiatów.**

Związki międzygminne oraz związki powiatów powoływane są w celu wspólnego wykonywania zadań gmin, bądź powiatów i tworzone są na podstawie uchwał rad zainteresowanych gmin, powiatów. Z dniem ogłoszenia statutu na związki przechodzą prawa i obowiązki gmin, powiatów związane z wykonywaniem przekazanych im zadań. Związek wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność, posiada osobowość prawną, co ułatwia mu uczestnictwo w obrocie gospodarczym, w tym także zaciąganie kredytów i pożyczek. Tworzenie i funkcjonowanie związków uregulowane zostało zarówno ustawą z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym jak i ustawą z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, w których ustawodawca określił, iż do gospodarki finansowej związków stosuje się odpowiednio przepisy o gospodarce finansowej gmin lub powiatów. Jednostki te zatem przygotowują projekt budżetu, uchwalają go i wykonują zgodnie z zasadami ujętymi w ustawie o finansach publicznych oraz innymi przepisami o gospodarce finansowej jednostek samorządu terytorialnego.

Od 2001 r., tj. wejścia w życie przepisów rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej związki międzygminne i związki powiatów składają sprawozdania ze swej działalności. Do związków jednostek samorządu terytorialnego mają również zastosowanie przepisy art.11 ust.1-3-ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych.

Obowiązująca obecnie ustawa z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104) przewiduje w art. 171, iż do związków jednostek samorządu terytorialnego stosuje się odpowiednio artykuły 169 i 170 tej ustawy, które ograniczają kwotę

długu w samorządowym sektorze finansów publicznych. Przepis art. 171 ustawy o finansach publicznych jest powtórzeniem reguł zawartych w ustawach ustrojowych, które także nakazują odpowiednie stosowanie przepisów tych ustaw do związków jst i, podobnie jak te przepisy, nie rozwiązuje problemów związanych z zadłużeniem związków, zwłaszcza tych, które osiągają niskie dochody, i które deficyt pokrywają kredytami poręcznymi przez jst, członków związku.

## **5. Związki międzygminne - przepisy dotyczące wyrejestrowywania wniosków o rejestrację.**

Związki międzygminne rozpoczynają swoją działalność z chwilą dokonania wpisu do rejestru prowadzonego przez MSWiA.

Z dokonanych w ostatnich latach analiz wynika, że istnieją związki międzygminne, które po zarejestrowaniu się:

- nie podjęły żadnej działalności gospodarczej, w wyniku której osiągałyby jakiegokolwiek dochody na pokrycie kosztów realizowanych zadań statutowych,
- zrealizowały statutowy cel, np. wybudowano konkretny obiekt infrastruktury komunalnej, a mimo to zgromadzenia związków nie podejmują ani uchwał o rozwiązaniu związku, ani też uchwał budżetowych na kolejne lata. Właściwe organy związku bądź też gmin nie podejmują żadnych działań związanych z zakończeniem działalności i wyrejestrowaniem związku.

Tworzone są też związki, których działalność nie wiąże się z zadaniami własnymi gmin, lecz np. celem ich jest zwiększenie dostępu do usług telekomunikacyjnych dla lokalnej społeczności. Działalność takiego związku jest realizowana przez przedstawicieli gmin nieodpłatnie. Związek taki nie uchwała budżetu.

Przyczyny powyższego stanu są różne, niemniej jedną z nich jest obowiązujący aktualnie przepis prawa – art. 67 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, w myśl którego sprawy dotyczące likwidacji związku są regulowane w statucie konkretnego związku. Uregulowania w omawianym zakresie są zatem bardzo różnorodne.

Brak jednolitych przepisów powoduje przedłużanie się postępowania o wyrejestrowanie związku. Zwłaszcza utrudniony jest proces likwidacyjny, gdy:

- do zakończenia i wyrejestrowania związku jest wymagana zgoda wszystkich gmin tworzących związek, a jedna z nich na to się nie zgadza lub nie podejmuje stosownej uchwały, pomimo że związek zaprzestał działalności,
- powołani likwidatorzy pracują społecznie i nie są zainteresowani szybką likwidacją związku.

**Propozycja:** Postuluje się zmianę obowiązujących przepisów w zakresie wyrejestrowywania związków międzygminnych w przypadku braku jakiejkolwiek działalności statutowej, do której powołano związek.

## **6. Absolutorium gminne.**

Liczne rozstrzygnięcia nadzorcze regionalnych izb obrachunkowych oraz wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego pokazują jak wiele konfliktów wywołuje procedura absolutoryjna.

Uchwały absolutoryjne podejmowane przez rady gmin w roku 2006 i 2007 dla swych organów wykonawczych z tytułu wykonania budżetów wskazują, że konstrukcja prawna przewidziana w art. 28a ustawy o samorządzie gminnym jest wadliwa, ponieważ dopuszcza do rozstrzygnięć, które nie mogą być akceptowane, zarówno przez społeczności lokalne, jak i przynajmniej przez część radnych. Artykuł 28a ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym wymaga, aby uchwałę w sprawie absolutorium rada gminy podjęła bezwzględną większością głosów. Nieuzyskanie takiej większości, zarówno gdy głosowany jest wniosek o udzielenie absolutorium, jak i nieudzielenie absolutorium, skutkuje niepodjęciem żadnej uchwały.

Konsekwencje tego stanu rzeczy są takie, że w praktyce błędnie przyjmuje się domniemanie uzyskania lub nieuzyskania absolutorium. Organ nadzoru, tj. regionalne izby obrachunkowe, nie mogą tych stanowisk weryfikować w trybie przewidzianym prawem, ponieważ brak przedmiotu nadzoru — odpowiedniej uchwały rady gminy. Wykładnia systemowa dotycząca przepisów absolutorium komunalnego wynikająca z ustaw samorządowych nie pozwala przyjąć stanowiska, że odrzucenie w głosowaniu w radzie gminy wniosku w sprawie udzielenia absolutorium jest równoznaczne z przyjęciem uchwały o nieudzieleniu absolutorium. Konstrukcja ta dotyczy wyłącznie absolutorium powiatowego (art. 13 ust. 2 ustawy o samorządzie powiatowym) i absolutorium wojewódzkiego (art. 19 ust. 3 ustawy o samorządzie).



Obecnie obowiązujące uregulowanie zawarte w ustawie o samorządzie gminnym wiązane jest z potrzebą zabezpieczenia się przed zbyt dużą ilością referendów w sprawie odwołania wójta, burmistrza, prezydenta miasta z powodu nie uzyskania absolutorium. Wydaje się, że dużo lepszym rozwiązaniem byłoby zastosowanie wymogu większości 3/5 głosów, o którym mowa w art. 28b ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym, także w przypadku głosowania uchwały o referendum w sprawie odwołania wójta w wyniku nieudzielenia absolutorium (art. 28a ust. 5).

## **7. Opinie o uchwale w sprawie nieudzielenia absolutorium wójtowi.**

Zgodnie z art. 43 pkt 19 ustawy z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta dokonano zmiany art. 28a ustawy o samorządzie gminnym poprzez wprowadzenie w ustępie czwartym wymogu, zgodnie z którym rada gminy, przed powzięciem uchwały o przeprowadzeniu referendum w sprawie odwołania wójta winna zapoznać się z opinią regionalnej izby obrachunkowej w sprawie uchwały rady gminy o nieudzieleniu wójtowi absolutorium.

Obowiązek ten w sposób doskonały komplikuje procedowanie rady w tej sprawie oraz postępowanie nadzorcze wobec uchwały o nieudzieleniu absolutorium. Organ nadzoru - regionalna izba obrachunkowa - zmuszony jest bowiem do dwukrotnego zajmowania stanowiska w tej samej sprawie; raz wydając opinię o uchwale, w której rada odmówiła udzielenia absolutorium oraz ponownie, podejmując rozstrzygnięcie nadzorcze w stosunku do tej samej uchwały.

Opinie o takiej uchwale wydaje skład orzekający w terminie 14 dni (art. 13 w związku z art. 19 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych). Radzie przysługuje odwołanie od opinii do pełnego składu kolegium izby, które winno być rozpatrzone w terminie następných 14 dni (art. 20 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych).

Tymczasem ogólny, trzydziestodniowy termin do wydania rozstrzygnięcia nadzorczego ma zastosowanie także do uchwał o nieudzieleniu absolutorium (art. 91 ustawy o samorządzie gminnym).

W praktyce omawiane uregulowanie prowadzi do dwukrotnego orzekania w tej samej sprawie przez ten sam organ - raz w formie niewiążącej opinii i drugi raz w formie

rozstrzygnięcia nadzorczego i jest całkowicie niezrozumiałe dla działaczy i pracowników samorządowych.

## **8. Absolutorium dla zarządów powiatów.**

Zgodnie z art. 21 ust. 7 ustawy o samorządzie powiatowym radny nie może brać udziału w głosowaniu, jeżeli dotyczy to jego interesu prawnego. Oznacza to, że radny, który jest członkiem zarządu powiatu nie może wziąć udziału w głosowaniu uchwały o udzieleniu absolutorium dla zarządu. Pogląd ten podziela Naczelny Sad Administracyjny uznając, iż „Interes prawny to interes wypływający z przepisów ustrojowych, przepisów prawa materialnego i przepisów prawa procesowego.

Każdy z tych przepisów może kształtować uprawnienia i obowiązki jednostki. Nie można zatem zawęzić interesu prawnego jednostki wyłącznie do przepisów prawa materialnego. Interes prawny może zatem wypływać też z przepisów prawa ustrojowego (...) Interes prawny to interes chroniony przez przepisy prawa ustrojowego. Radny nie może więc brać udziału w głosowaniu w sprawach, które dotyczą jego osoby. (...) Udział w głosowaniu radnego podlegającego wyłączeniu jest istotnym naruszeniem prawa”. (Wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego, Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu z dnia 10 września 2002 r.; II SA/Wr 1498/02; OSS 2003 nr 1, poz.18). W radach, w których zarząd popierany jest przez znikomą większość, udzielenie absolutorium zarządowi, przy wyłączeniu z głosowania radnych - członków zarządu, staje się niemożliwe.

Przewidziany w art. 13 ustawy o samorządzie powiatowym mechanizm nakazujący traktować odrzucenie w głosowaniu uchwały o udzieleniu absolutorium jako równoznaczne z przyjęciem uchwały o nieudzieleniu zarządowi absolutorium powoduje, iż w takiej sytuacji uruchamiana jest automatycznie procedura odwołania zarządu. Jednak do odwołania zarządu, w przeważającej liczbie przypadków, nie dochodzi ze względu na wymóg kwalifikowanej większości, bowiem radni - członkowie zarządu nie mogą brać udziału także i w tym głosowaniu.

Opisana konstrukcja absolutorium powiatowego zmusza do podejmowania działań, a w tym uchwał, o których z góry wiadomo, iż nie mogą przynieść żadnych rezultatów. Wobec powyższego zasadny jest postulat, by w ustawie o samorządzie powiatowym została zastosowana konstrukcja przyjęta w ustawie o samorządzie województwa. Ustawa ta w art. 24 wyraźnie wskazuje uchwały, w głosowaniu których udział radnych zainteresowanych prawnie

jest wyłączony. Katalog tych spraw nie obejmuje uchwał w sprawach absolutorium dla zarządu województwa.

## **9. Wydatki niewygasające jednostek samorządu terytorialnego - art. 191 ust. 2 ustawy o finansach publicznych**

**PROBLEM:** Wskazany przepis prawa daje szerokie możliwości organom stanowiącym j.s.t., w zakresie ustalania wykazu wydatków, które nie wygasają z upływem roku budżetowego, przy spełnieniu jedynie warunków z ust. 3 i 4 tego przepisu (czyli: ustalenie planu finansowego w podziale na działy i rozdziały klasyfikacji wydatków, z wyodrębnieniem wydatków majątkowych oraz zgromadzeniem wydatków na odrębnym subkoncie podstawowego rachunku bankowego j.s.t.). **W konsekwencji organy stanowiące wskazują w uchwałach wydatki niewygasające na dowolne kwoty. Z praktyki zaś wynika, że brak jest realizacji wydatków w terminach określonych w tych uchwałach.** Powoduje to także wątpliwości w zakresie sprawozdawczości j.s.t., gdyż w budżecie roku, którego dotyczą wydatki niewygasające mamy pełne wykonanie zadań (co oczywiście pozytywnie wpływa na ocenę wykonania budżetu w procedurze udzielania absolutorium), a de facto wydatki nie zostały wykonane.

**Propozycja:** W związku z powyższym proponujemy, aby dostosować przepis art. 191 do procedur przyjętych w budżecie państwa, a określonych w art. 157 u.f.p. - dotyczących wykazów niewygasających z upływem roku budżetowego wydatków budżetu państwa, gdzie wyraźnie określono jakie wydatki można umieścić w takim wykazie.

Należy również zauważyć, że obecne brzmienie ustawy powoduje, że nawet w przypadku nie uzyskania dochodów ze źródeł określonych w art. 5 ust. 3 pkt 2-4 u.f.p., jednostka samorządu terytorialnego z mocy ustawy ma obowiązek uznania ich za wydatki niewygasające. Przepis ustawy zmusza jednostki samorządu terytorialnego do zaangażowania zarówno środków pieniężnych będących udziałem j.s.t. w finansowaniu programów i projektów, jak również do tymczasowego zabezpieczenia udziału części zagranicznej w przypadku nie otrzymania środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt. 2-4 u.f.p. Przepis w obecnym brzmieniu narusza zdaniem KRRIO zasadę celowości i gospodarności wykorzystywania środków publicznych.

**Propozycja:** Ograniczenie ustawowego obowiązku ustalania jako wydatków niewygasających w stosunku do wydatków budżetowych jednostki samorządu terytorialnego przeznaczonych na programy i projekty realizowane przy udziale środków, o których mowa w

art. 5 ust. 3 pkt 2-4. Artykuł 191 ust. 1a mógłby brzmieć: „ Nie wygasają z upływem roku budżetowego wydatki budżetowe jednostki samorządu terytorialnego przeznaczone na programy i projekty w części w jakiej zostały wykonane dochody ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt. 2-4, z których nie sfinansowano wydatków”. Oznaczałoby to doprecyzowanie w zakresie braku obowiązku przekazywania tych środków przez jednostki samorządu terytorialnego na wyodrębnione subkonto.

## **10. Realizacja zadań z udziałem środków wskazanych w art. 5 ustawy o finansach publicznych**

**Zastanowienia wymaga problem j.s.t. realizujących zadania z udziałem środków wskazanych, w art. 5 ufp ( budżet UE),** w sytuacji gdy j.s.t. zrealizowała zadania i oczekuje na refundację, (którą zaliczy do dochodów i zrealizuje spłatę zobowiązań zaciągniętych na zadania) i jednocześnie wskaźniki wynikające z art. 169 i art. 170 u.f.p. osiągnęły w jednostce normy graniczne, (przede wszystkim wskaźnik 15 %). Co w sytuacji, w której jednostka nie otrzyma (w przewidzianym umową terminie albo w ogóle nie otrzyma) środków z tytułu refundacji, a nie może już zaciągnąć zobowiązania zwrotnego na spłatę wcześniej zaciągniętych zobowiązań? Czy w związku z tym przykładowo mała gmina może tak ograniczyć wydatki (nawet na zadania obowiązkowe), by zapłacić zaciągnięte zobowiązania? KRRIO zwraca uwagę, że problem opisany powyżej w chwili obecnej jest problemem hipotetycznym i zapewne wystąpi w latach późniejszych. Ustawodawca jednak nie przewiduje takiej sytuacji.

## **11. Zaciąganie kredytów długoterminowych z bardzo odroczonym terminem spłaty.**

Przepisy obowiązującego prawa nie wprowadzają żadnych ograniczeń dotyczących terminów spłaty zaciągniętego zobowiązania. Należy jednak zauważyć, że coraz bardziej upowszechnia się praktyka obciążania spłatami następnych zarządów. Rekordziści w tym zakresie w umowach z bankami przewidują spłacanie zaciągniętych kredytów dopiero w roku 2030. W przypadku takich kredytów kontrola przez regionalne izby obrachunkowe łącznej kwoty długu (art. 170 u.f.p.) i łącznej kwoty przypadających w danym roku spłat (art. 169 u.f.p.) może stać się ustawową fikcją. Zmuszanie samorządów przez regionalne izby

obrachunkowe do opracowywania planów długofalowego rozwoju, byłoby zalegalizowaniem fikcji.

## **12. Uprościć sposób i metodę określenia stawek podatku od środków transportowych określonych w art. 8 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 roku o podatkach i opłatach lokalnych.**

W/w przepis stanowi, że podstawowym kryterium różnicowania stawek podatku od środków transportowych jest dopuszczalna masa całkowita pojazdu, a dla pojazdów wymienionych w art. 8 pkt. 3, 4, 5, 6 dopuszczalna masa całkowita zespołu pojazdów. Brak odpowiednich zapisów dotyczących dopuszczalnej masy całkowitej zespołu w dowodzie rejestracyjnym pojazdu, uniemożliwia ustalenie prawidłowej stawki np. dla przyczep.

Należałoby również **wprowadzić zmiany do obowiązku podatkowego z tytułu podatku od nieruchomości w przypadku opodatkowania nieruchomości lub obiektu budowlanego stanowiących współwłasność lub znajdujących się w posiadaniu dwóch lub większej liczby podmiotów**. Wydaje się, że przepis art. 3 ust. 4 winien otrzymać brzmienie:

„ Jeżeli nieruchomość lub obiekt budowlany stanowi współwłasność lub znajduje się w posiadaniu dwóch lub więcej podmiotów, to stanowi odrębny przedmiot opodatkowania, a obowiązek podatkowy od nieruchomości lub obiektu budowlanego ciąży na wszystkich współwłaścicielach lub posiadaczach w częściach odpowiadających ich udziałowi”.

Przyjęte obecnie rozwiązanie nastęrcza wiele trudności przy prawidłowym ustaleniu wymiaru podatku od nieruchomości oraz przy prowadzeniu postępowania windykacyjnego.

Na ogół współwłaściciele nie mogą uzgodnić między sobą, kto złoży jedną wspólną deklarację od całości nieruchomości. W przypadku wszczęcia postępowania z urzędu dotyczącego określenia zobowiązania podatkowego, postępowanie to przedłuża się z uwagi na to, że organ podatkowy prowadzi je ze wszystkim współwłaścicielami.

## **14. Ujednolicenie kosztów utrzymania dzieci uczęszczających do przedszkoli**

Do regionalnych izb obrachunkowych docierają, zgłaszane przez nadzorowane przez Izby jednostki samorządu terytorialnego, sygnały dotyczące trudności z rozliczaniem

kosztów utrzymania dzieci niebędących mieszkańcami danej gminy, a uczęszczających do prowadzonych przez tę gminę publicznych przedszkoli.

Pragniemy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 7 września 1991 roku o systemie oświaty (tekst jednolity z 2004 roku Dz.U.nr 256, poz. 2572 z późniejszymi zmianami) prowadzenie publicznych przedszkoli należy do zadań własnych gmin.

Ustawa o systemie oświaty nie nakłada na jednostki samorządu terytorialnego obowiązku ponoszenia kosztów uczęszczania dzieci do przedszkoli prowadzonych przez inną jednostkę samorządową.

Z obowiązujących przepisów prawa nie wynika także obowiązek zawierania porozumień w przedmiocie zwrotu przez gminy miejsca zamieszkania dzieci kosztów ich utrzymania w przedszkolach publicznych prowadzonych przez inną jednostkę samorządu terytorialnego.

**Prowadzi to do sytuacji, w której jednostka samorządu terytorialnego przyjmująca, na wniosek rodziców, do prowadzonej przez siebie placówki dzieci z innej j.s.t. - w sytuacji gdy gmina miejsca zamieszkania dziecka odmawia zwrotu tych kosztów - zmuszona jest *de facto* do ponoszenia kosztów ich utrzymania.**

Mając to na uwadze należy jednocześnie podkreślić, że ustawodawca inaczej rozwiązał sytuację dotyczącą dotowania przez gminę miejsca zamieszkania dziecka, jego pobytu w publicznym przedszkolu prowadzonym przez inny, niż jednostka samorządu terytorialnego podmiot - zarówno na jej terenie, jak również prowadzonych na terenie innej gminy. Zgodnie z art. 80 ust. 2 ustawy o systemie oświaty przedszkola (publiczne, prowadzone przez inny niż j.s.t. podmiot) otrzymują na każdego ucznia z budżetu gminy dotację w wysokości równej wydatkom bieżącym przewidzianym na jednego ucznia w przedszkolach publicznych prowadzonych przez gminę (...). Jeżeli natomiast, zgodnie z art. 80 ust. 2a ustawy o systemie oświaty, do przedszkola publicznego, prowadzonego przez inny niż j.s.t. podmiot, uczęszcza uczeń niebędący mieszkańcem gminy dotującej to przedszkole, gmina, której mieszkańcem jest ten uczeń pokrywa koszty dotacji udzielonej zgodnie z ust. 2.

Bez wątpienia takie działania gminy służą realizacji zadań własnych, do których, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jednolity z 2001 roku Dz.U. Nr 142, poz. 1591 z późniejszymi zmianami) należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty.

Zasady przekazywania dotacji za uczniem przedszkola publicznego prowadzonego przez jednostkę samorządową, inna niż miejsce zamieszkania ucznia, nie można wywieść wprost z art. 79 i 80 ustawy o systemie oświaty.

W tej sytuacji powstaje pytanie, czy faktycznie intencją ustawodawcy było wyłączenie możliwości (a nawet konieczności) pokrywania przez gminę miejsca zamieszkania dziecka kosztów jego utrzymania w publicznym przedszkolu prowadzonym przez inną jednostkę samorządu terytorialnego, a jeżeli tak to z jakiego powodu.

**Propozycja :** Zrównanie pozycji prawnej przedszkola publicznego w zakresie otrzymywanych dotacji, założonego przez gminę i tego, które utworzone zostało przez inny podmiot wymagałoby wykreślenia przez ustawodawcę z art. 80 ust. 2a ustawy o systemie oświaty słów „, o których mowa w ust. 1.”.

Innym problemem jest realizacja w praktyce obowiązku wynikającego z art. 17 ust. 3a i 4 ustawy o systemie oświaty. Zgodnie z ustawą, uczniowi, który chodzi do szkoły na terenie innej gminy, niż miejsce zamieszkania, nie przysługuje zwrot kosztów przejazdu. Można zrozumieć intencje ustawodawcy – zapewne chodzi o to, aby gmina nie refundowała kosztów przejazdu, np. na trasach kilkusetkilometrowych, kiedy rodzic dziecka uzna, że najlepsza szkoła znajduje się w Warszawie czy innym dużym mieście. Natomiast trudnym do racjonalnego wytłumaczenia jest sytuacja, w której odmawia się refundacji kosztów przejazdu, a odległość do tego samego typu szkoły w innej gminie jest taka sama lub mniejsza. W zakresie refundacji kosztów przejazdu w skali kraju (sytuacja ta dotyczy kilku tysięcy uczniów w Polsce), w sytuacji opisanej powyżej, istnieje dwojaka praktyka, albo gminy refundują koszty w oparciu o zawarte porozumienia, albo odmawiają takiej refundacji, wskazując na brak wyraźnej podstawy prawnej.

**Propozycja:** Wydaje się jednak, że drobna korekta nowelizacyjna ustawy wskazująca na możliwość refundacji kosztów dojazdu, przy założeniu, że nie mogą one być wyższe, niż w przypadku gdyby dziecko uczęszczało do szkoły położonej na terenie gminy miejsca zamieszkania, uczyniłoby realizację tego obowiązku bardziej sprawiedliwym, a zasadę – „subwencja idzie za uczniem” bardziej prawdziwą.

## **15. Stworzenie spójnego prawa w zakresie kultury fizycznej i sportu ( w tym sportu kwalifikowanego)**

Artykuł. 7 ust. 1 pkt 10 i 15 ustawy o samorządzie gminnym wskazuje na zadania gminy z zakresu kultury fizycznej i sportu. Nie stanowi on jednak podstawy do wykonywania i finansowania zadań z zakresu kultury i sportu ( w tym kwalifikowanego). Jest to przepis ustrojowy – dla realizacji tego zadania musimy znaleźć także przepis prawa materialnego. Możemy wprost powiedzieć, że sport kwalifikowany nie stanowi zadania własnego gminy. Podstaw materialnych dla rozwoju kultury fizycznej i sportu należy szukać w chwili obecnej w trzech ustawach:

- ustawie o kulturze fizycznej
- ustawie o sporcie kwalifikowanym
- ustawie o pożytku publicznym i wolontariacie.

Te trzy ustawy muszą być rozpatrywane łącznie z ustawą czwartą - o finansach publicznych. Wydatkowanie środków publicznych zgodnie z art. 216 Konstytucji RP, może odbywać się wyłącznie w sposób określony w ustawie. Ustęp 3 art. 2 ustawy o sporcie kwalifikowanym znajduje się dalej w rozdziale ustawy – przepisy ogólne ( zgodnie z wyrokiem WSA Rzeszów będzie to dalej stało w sprzeczności z zasadami techniki legislacyjnej).

**Dokonywanie wydatków z budżetu jst ( a więc wydatków publicznych) musi odbywać się zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków.**

Podstawą do dokonania wydatku na sport kwalifikowany i ujęcia go w formie dotacji nie może być art. 167 ust. 2 pkt 1 u.f.p. w/z z art. 176 ust. 3 u.f.p., bo sport kwalifikowany nie jest zadaniem własnym gminy.

Nie może być również art. 176 ust. 1 u.f.p., bo zlecenie zadania odbywa się w zgodzie z zasadami wynikającymi z ustawy o pożytku publicznym i wolontariacie, a spółka prawa handlowego nie jest jednostką non profit, a finansowane mogą być tylko zadania enumeratywnie wymienione w art. 4 ustawy o pożytku i wolontariacie. Wydaje się, że w chwili obecnej – mimo dokonania nowelizacji, przepis art. 2 ust. 3 ustawy o sporcie kwalifikowanym jest legislacyjnie pusty.

**Co do zasady, jako KRRIO nie kwestionujemy idei wspierania sportu kwalifikowanego, ale wskazujemy, że powinno to być uchwalone w sposób legislacyjnie poprawny.**

**Propozycja:** Jeżeli samorządy mają być jednym ze źródeł finansowania sportu to koniecznym jest:

- zdefiniowanie lub doprecyzowanie pojęć z obszaru sportu ( np. „wysokie wyniki sportowe”) występujących w aktualnie obowiązujących aktach prawnych dotyczących kultury fizycznej ( ustawy o kulturze fizycznej i sporcie kwalifikowanym),



- wprowadzenie definicji imprezy rekreacyjnej,
- **dokładne** sprecyzowanie w jakim zakresie samorządy mogą wspierać kluby sportowe (działające w formie spółek prawa handlowego oraz stowarzyszeń) oraz określić formę przekazywania środków finansowych,
- uregulować kwestie dotyczące możliwości współfinansowania remontów i modernizacji obiektów sportowych nie będących własnością gminy lecz znajdujących się we władaniu stowarzyszeń,
- stworzyć spis dyscyplin sportowych oraz kryteriów, które warunkują uznanie danej aktywności fizycznej za dyscyplinę sportową,
- ujednoczyć kategorie wiekowe we wszystkich dyscyplinach sportowych w zakresie nazewnictwa oraz progów wiekowych.

## **II. Działalność kontrolna regionalnych izb obrachunkowych.**

### **1. Udzielanie zamówień publicznych w trybie negocjacji bez ogłoszenia.**

Wątpliwości interpretacyjne budzą przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r. nr 164, poz.1163 ze zm.) dotyczące udzielania zamówień publicznych w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a konkretnie art. 62 ust.1 pkt 1 oraz art. 65 w zw. z art. 60 ust.1 przedmiotowej ustawy. Zgodnie z przytoczonym art. 62 ust.1 pkt 1 zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Z powyższego wynika, że jednym z warunków zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia jest zakaz zmiany - w istotny sposób - pierwotnych warunków zamówienia, natomiast pojęcie pierwotnych warunków zamówienia nie zostało prawnie zdefiniowane.

Zamawiający może po unieważnieniu postępowania przetargowego udzielić zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, po spełnieniu wskazanych przesłanek, przy czym jeżeli pod pojęciem pierwotnych warunków zamówienia będziemy rozumieli, m.in., szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a więc również warunki oraz termin realizacji, to wszczynając postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający nie będzie mógł tego opisu zmodyfikować w istotny sposób. Natomiast z drugiej strony warunkiem zastosowania tegoż trybu jest unieważnienie uprzednio prowadzonego postępowania przetargowego z powodu braku ważnych ofert, w tym z powodu odrzucenia wszystkich ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Wystąpienie wskazanej okoliczności może oznaczać, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia jeżeli wszystkie złożone oferty byłyby z nim niezgodne, jednocześnie ustawodawca wykluczył możliwości jego zmiany.

Jednakże istotniejszym problemem związanym z tym zagadnieniem jest możliwość zmiany warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ pojęcie pierwotnych warunków zamówienia nie zostało zdefiniowane, pojawia się pytanie, czy obejmuje ono swym zakresem również warunki udziału w postępowaniu. Mając na względzie fakt, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do wykonawcy, a więc mają charakter podmiotowy, a warunki, o których mowa w analizowanym przepisie odnoszą się do zamówienia, co przesądza o ich przedmiotowym charakterze, wydaje się, że są to różne pojęcia, tym samym zakaz modyfikacji nie dotyczy warunków odnoszących się do wykonawcy. Powyższe umożliwia zamawiającemu istotnie różne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w trybie przetargowym i w trybie negocjacji bez ogłoszenia, co może prowadzić do sytuacji, w której „nadmierne” warunki udziału w postępowaniu sprawią, że żaden z wykonawców niełoży oferty (i protestu), a zamawiającemu da to możliwość prowadzenia postępowania w trybie w części tylko konkurencyjnym (bez publicznego ogłoszenia, z prawem zamawiającego do wyboru wykonawców, z którymi będzie negocjował warunki zamówienia).

Powyższe obrazować może stan faktyczny stwierdzony podczas kontroli przeprowadzonej przez regionalną izbę obrachunkową. Przedmiot zamówienia obejmował zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych o wartości - 17.882.076,00 zł (4.076.151,36 euro). Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, który został unieważniony z uwagi na brak złożenia ofert.

Przedmiot zamówienia i termin wykonania określony zaproszeniu do negocjacji nie zmienił się w stosunku do przedmiotu zamówienia i terminu jego wykonania określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej na okoliczność przetargu

ograniczonego. Złagodzone natomiast w sposób bardzo istotny warunki udziału w postępowaniu, co można wskazać w oparciu o kilka, niżej wymienionych, przykładów:

- w przetargu ograniczonym wymagano, aby wykonawca wykazał, że: w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w tym okresie, posiadał przeciętną liczbę zatrudnionych, co najmniej 50 osób, w tym co najmniej 10 osób personelu kierowniczego, wykonał w okresie ostatnich 5-ciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w tym okresie, co najmniej jeden kontrakt o wartości 7.000.000 PLN brutto, obejmujący robotę podobną zakresem i rozmiarem do robót budowlanych przewidywanych w niniejszym zamówieniu, osiągnął w ostatnich 3-ach latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w całym okresie, średnioroczny przychód ze sprzedaży minimum 40.000.000,00 PLN, posiadał środki finansowe w wysokości 5.000.000,00 PLN lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5.000.000,00 PLN,
- w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia wymagano, aby wykonawca wykazał, że: w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w tym okresie, posiadał przeciętną liczbę zatrudnionych, co najmniej 30 osób, w tym co najmniej 5 osób personelu kierowniczego, wykonał w okresie ostatnich 5-ciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w tym okresie, co najmniej jeden kontrakt o wartości 4.000.000 PLN brutto, obejmujący robotę podobną zakresem i rozmiarem do robót budowlanych przewidywanych w niniejszym zamówieniu, osiągnął w ostatnich 3-ach latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy to w tym okresie, średnioroczny przychód ze sprzedaży minimum 15.000.000,00 PLN, posiadał środki finansowe w wysokości 1.000.000,00 PLN lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.000.000,00 PLN.

Ponadto w postępowaniu przetargowym wymagano, aby wykonawca posiadał przez cały okres wykonywania umowy ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej kontraktowej na kwotę minimum 22.360.252,72 PLN, z którego to warunku w drugim postępowaniu zrezygnowano.

Opisany stan faktyczny pokazuje, że zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów przetargowych, ustalając warunki udziału w postępowaniu w sposób wygórowany, który utrudni, bądź nawet uniemożliwi złożenie ofert przez potencjalnych wykonawców (nawet bardzo duże firmy), a następnie korzystając z przesłanki, o której mowa w art. 62 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przy czym

wskazane warunki podmiotowe, jako nie mieszczące się w pojęciu pierwotnych warunków zamówienia, może swobodnie zmodyfikować i zaprosić do negocjacji wykonawców, wyselekcjonowanych przez siebie w zupełnie dowolny sposób.

Należy podnieść, że tożsama, do wynikającej z art. 62 ust.1 pkt 1, regulacja wynika z art. 67 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zawiera przesłankę udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Jedyna różnica, jaka wynika z przywołanych przepisów polega na tym, że zamówienia publicznego w trybie z wolej ręki można udzielić po przeprowadzeniu dwóch kolejnych postępowań (a nie jednego jak w przypadku negocjacji bez ogłoszenia), z których jedno powinno być przeprowadzone w trybie przetargowym.

## **2. Przekazywanie środków finansowych przez jednostki samorządu terytorialnego na rzecz sportowych spółek akcyjnych.**

Należy zwrócić uwagę na problem związany z przekazywaniem przez jednostki samorządu terytorialnego środków finansowych na rzecz klubów sportowych działających w formie spółki akcyjnej. Zgodnie z art. 176 ust.1 i 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. nr 249, poz. 2104 ze zm.) podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje na cele publiczne związane z realizacją zadań tej jednostki, przy czym zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje zgodnie z przepisami ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. nr 96, poz. 873 ze zm.), a jeżeli dotyczy ono innych zadań niż określone w tej ustawie - na podstawie umowy jednostki samorządu terytorialnego z podmiotem, o którym mowa w ust.1. Z powyższego wynika, że jednostka samorządu terytorialnego może przekazać środki finansowe na rzecz podmiotów spoza sektora finansów publicznych, w formie dotacji celowej, jeżeli podmioty te nie działają w celu osiągnięcia zysku. W przypadku zadań publicznych, o których mowa w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie należy przekazać środki w trybie, o którym mowa w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, która w art. 5 ust.1 stanowi, że organy administracji publicznej prowadzą działalność w sferze zadań publicznych, o których mowa w art.4 we współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz podmiotami wymienionymi w art. 3 ust.3. Ponadto w art. 3 ust.2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie zdefiniowane zostały organizacje pozarządowe, jako niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, i niedziałające w celu osiągnięcia zysku, osoby prawne lub jednostki nieposiadające osobowości prawnej utworzone na podstawie

przepisów ustaw, z wyraźnym wyłączeniem klubów sportowych będących spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 18 stycznia 1996 roku o kulturze fizycznej (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. nr 81, poz. 889, ze zm.).

W związku z czym trzeba zauważyć, że ustawodawca wyłączył możliwość dofinansowania przez jednostki samorządu terytorialnego klubów sportowych funkcjonujących jako spółki sportowe działające w celu osiągnięcia zysku. Natomiast w wyniku kontroli stwierdzono, że gminy mając świadomość powyższych regulacji przekazują spółkom sportowym, działającym na ich terenie, środki finansowe poprzez udzielenie zamówień publicznych obejmujących świadczenie usług promocyjnych na rzecz gminy. Podstawą udzielenia zamówienia publicznego jest, co do zasady tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W wielu wypadkach przedmiot zamówienia był opisany w sposób bardzo ogólny, natomiast z jego uszczegółowienia wynikało, że promocja miała polegać głównie na używaniu nazwy gminy, m.in., na oficjalnych materiałach reklamowych wykonawcy, tj. bilety wstępu, czy też stroje sportowe. Powyższe dotyczyło jednak podmiotów, które w swojej nazwie i tak zawierały nazwę gminy udzielającej zamówienia. Zamawiający w każdym odrębnym postępowaniu opisywał przedmiot zamówienia, jako promowanie gminy w prowadzonej działalności sportowej przez np. drużynę piłki nożnej, czy też drużynę koszykarek, ze wskazaniem nazwy konkretnego klubu sportowego.

Wg obecnie obowiązującego stanu prawnego gmina może udzielić zamówienia o wartości do 14.000 euro nie stosując w ogóle przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych.

Należy jeszcze odnieść się do dwóch regulacji, po pierwsze do art. 5 ust.1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis zezwala na udzielenie zamówienia publicznego polegającego na świadczeniu usług w zakresie kultury, sportu i rekreacji z pominięciem niektórych przepisów ustawy, w tym dotyczących przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, jednakże dotyczy to zupełnie innej sytuacji. Mianowicie, wskazany przepis mógłby mieć zastosowanie, gdyby gmina chciała udzielić zamówienia publicznego, którego przedmiot obejmowałby zadania z zakresu sportu i rekreacji, a nie z zakresu promocji, a ponadto zadanie takie powinno wiązać się z realizacją zadań należących do jej właściwości. Po drugie należy przywołać art. 2 ust.2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o sporcie kwalifikowanym (Dz.U. nr 155, poz. 1298 ze zm.), zgodnie z którym – w brzmieniu obowiązującym od dnia 5 października 2007 roku – jednostki samorządu terytorialnego mogą wspierać, w tym finansowo, rozwój sportu kwalifikowanego, przy czym organ stanowiący

danej jednostki, w drodze uchwały, określi warunki i tryb wspierania, w tym finansowego, rozwoju sportu kwalifikowanego. Jednakże wskazany przepis jest na tyle nieprecyzyjny, że choć z jednej strony ustawodawca dopuszcza możliwość wspierania sportu kwalifikowanego poprzez jego finansowanie z budżetu jednostki samorządu terytorialnego, to z drugiej strony niejasne pozostaje, czy z przyznanych środków można sfinansować każdy wydatek klubu sportowego związany z prowadzoną działalnością sportową, gdyż z dyspozycji przywołanego art. 2 ust.2, przed dokonaniem jego nowelizacji, również wynikało, że jednostki samorządu terytorialnego mogły wspierać, w tym finansowo, rozwój sportu kwalifikowanego. Natomiast interpretowano ten przepis wyłącznie, jako możliwość przyznawania stypendiów sportowych oraz nagród i wyróżnień zawodnikom, co potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 19 lipca 2006 roku, sygn. akt I S.A./GI 927/06, z którego wynikało m.in., że *„Przedsięwzięcia związane z funkcjonowaniem sportu kwalifikowanego jako takiego nie mieszczą się w zakresie spraw publicznych o zakresie lokalnym i nie stanowią zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty, o których mowa w art. 6 i art. 7 ustawy o samorządzie gminnym. Uprawnienia jednostki samorządu terytorialnego w zakresie finansowego wspierania sportu kwalifikowanego zostały ograniczone do - wyraźnie wskazanej w art. 35 i art. 37 ustawy o sporcie kwalifikowanym - możliwości przyznawania stypendiów sportowych oraz nagród i wyróżnień zawodnikom, którzy osiągnęli wysokie wyniki sportowe”*.

W wyniku dokonanej nowelizacji do art. 2 ustawy o sporcie kwalifikowanym dodany został ust.3 na mocy, którego wyposażono organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego w kompetencje do ustalenia w drodze uchwały warunków i trybu wspierania, w tym finansowego, rozwoju sportu kwalifikowanego. Wątpliwości związane z treścią tego przepisu, w szczególności z zakresem dopuszczalnych wydatków na rozwój sportu kwalifikowanego, sprawiają, że nadal aktualny pozostaje problem udzielania przez jednostki samorządu terytorialnego zamówień publicznych, w trybie z wolnej ręki (lub do kwoty 14.000 euro), na rzecz sportowych spółek akcyjnych, których przedmiot obejmuje świadczenie usług promocyjnych.

### **3. Sposób zlecenia do realizacji - przez jednostki samorządu terytorialnego - zadań na rzecz własnych spółek komunalnych.**

Ważnym i budzącym szereg wątpliwości problemem pozostaje udzielanie przez jednostki samorządu terytorialnego zamówień na rzecz komunalnych osób prawnych, i konieczność stosowania w takich przypadkach przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych. W trakcie prowadzonej przez jedną z regionalnych izb obrachunkowych kontroli stwierdzono, że gmina zlecając utworzonej przez siebie spółce wykonywanie usług w zakresie gospodarki komunalnej nie stosowała procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych. W opisanej sytuacji gmina zawierała ze spółką odpłatne umowy cywilno-prawne, w których powoływano się na art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej. Przywołany przepis wskazuje, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Jednakże jednostki samorządu terytorialnego mogą też powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych - z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (art.3 ust.1 cyt. ustawy). Wydaje się zatem, że unormowanie to odnosi się do konstrukcji powierzenia zadania, w związku z wykonaniem którego spółka może realizować określone przychody, a nie do udzielenia zamówienia publicznego na usługę, robotę budowlaną lub dostawę.

Należy wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zwalnia jednostek samorządu terytorialnego z obowiązku stosowania jej przepisów w przypadku odpłatnego udzielania zamówienia komunalnej osobie prawnej (także spółkom prawa handlowego ze 100% kapitałem gminy).

W 2006 roku wskazana wyżej gmina zaprzestała zawierania umów cywilno-prawnych z własną spółką, na mocy których udzielano zamówień z zakresu gospodarki komunalnej. Natomiast w oparciu o art. 9 ust.1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz.1591 ze zm.) oraz art. 2 i art. 4 ust.1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej, rada gminy podjęła uchwałę wskazującą konkretne zadania, które miały być realizowane przez spółkę. Na mocy tejże uchwały organ wykonawczy gminy został upoważniony do corocznego ustalania wysokości cen i opłat za określony asortyment wykonywanych robót oraz określenia stawek jednostkowych stanowiących podstawę wyceny robót, pod warunkiem uzyskania pozytywnej opinii komisji gospodarki komunalnej i mieszkaniowej rady gminy. Uchwała stanowiła podstawę prawną prowadzenia działań zmierzających do realizacji zadań własnych w zakresie utrzymania porządku i czystości w mieście, bieżącego utrzymania dróg gminnych, utrzymania i konserwacji zieleni miejskiej oraz zarządzania targowiskiem miejskim. Spółka realizując przedmiotowe usługi

wystawiała comiesięczne faktury stanowiące podstawę do przekazania na jej rzecz środków finansowych.

Należy stwierdzić, że rada gminy tworząc spółkę komunalną oraz podejmując uchwałę w sprawie określenia sposobu i form prowadzenia gospodarki komunalnej na terenie gminy nie ma podstaw, aby zakładać, że będzie to podmiot wyłączony spod zasad działania wolnego rynku i ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązujące, jednostki samorządu terytorialnego, przepisy dotyczące zasad i form prowadzenie gospodarki komunalnej, wyrażone w ustawie o gospodarce komunalnej, przewidują, iż powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej powinno następować z zastosowaniem przepisów ustawy o zamówieniach. Wynika to bezpośrednio z treści art. 3 ust.1 ustawy o gospodarce komunalnej, który stanowi, iż jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych, z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. W tym miejscu należy podkreślić, iż cytowany przepis nie czyni różnicy pomiędzy spółkami z udziałem jednostek samorządu terytorialnego, a pozostałymi spółkami. Gmina więc, jako zamawiający, chcąc powierzyć realizację ciężących na niej zadań z zakresu gospodarki komunalnej, powinna stosować przepisy prawa zamówień publicznych.

Odnosnie analizowanego problemu należy podnieść, że wiąże się on z brakiem jednoznacznych regulacji prawnych, stąd też w praktyce stosowane są przez gminy różne rozwiązania. Wskazana kwestia stanowiła również przedmiot orzecznictwa sądowego. W tym miejscu można przywołać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt II S.A. 1921/03, z dnia 13 października 2004 roku, z którego wynikało, m.in., że zamówienia udzielane przez jednostki samorządu terytorialnego własnym spółkom komunalnym podlegają rygorom ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych, bowiem ustawodawca nie przewidział takiego wyłączenia w art. 6 tej ustawy (na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych należałoby to odnieść do braku stosownego wyłączenia w art. 4 tejże ustawy), czy też wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt II GSK 93/06, z dnia 6 czerwca 2006 roku, w którym wskazano, m.in., że z zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy o zamówieniach publicznych mamy do czynienia w razie zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych opłaconego środkami pieniężnymi, a obowiązek stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej



odnosi się do tych przypadków powierzania wykonywania zadań, w których mamy do czynienia z zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy o zamówieniach publicznych. Z kolei w wyroku z dnia 14 grudnia 2005 roku, sygn. akt III S.A./Wa 2815/05, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał, że tryb zamówień publicznych nie dotyczy spółek, w których gmina jest jedynym udziałowcem lub akcjonariuszem, a ustawa - Prawo zamówień publicznych niezależnie od określonego nią zakresu podmiotowego, dotyczy tylko tych stosunków prawnych, które powstają na gruncie umów cywilnoprawnych. Przedmiotowe kwestie stanowiły również przedmiot orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Niewątpliwie zlecenie przez gminę, na podstawie zawartych umów, usług oraz robót budowlanych oznacza udzielanie zamówień publicznych, co powinno nastąpić z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych. Obowiązujące w tym zakresie przepisy nie przewidują podmiotowego wyłączenia stosowania procedur udzielania zamówień publicznych w przypadku zawierania umów ze spółkami komunalnymi, gdyż wyłączenie dotyczy jedynie samorządowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej (zakłady budżetowe, gospodarstwa pomocnicze). Odróżnić należy sytuację, w której gmina powołuje spółkę prawa handlowego w celu samodzielnej realizacji przez nią określonych zadań w sferze użyteczności publicznej, na bazie powierzonego majątku (np. aportu, dzierżawy), od sytuacji, w której gmina zawiera ze spółką umowę odpłatną dotyczącą usług, dostaw czy robót budowlanych. W pierwszym przypadku dochodzi do powierzenia wykonywania zadań, zaś w drugim – do udzielenia zamówienia publicznego.

#### **4. Zwrot niewykorzystanej części dotacji udzielonej z budżetu jednostki samorządu terytorialnego.**

Kolejnym problemem na gruncie obowiązującego ustawodawstwa jest brak odpowiednich regulacji dotyczących obowiązku zwrotu niewykorzystanych części dotacji udzielanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 144 ust.1 ustawy o finansach publicznych dotacje udzielone z budżetu państwa w części niewykorzystanej do końca roku budżetowego lub w terminie określonym w rozporządzeniu, wydanym na podstawie art. 157, podlegają zwrotowi do budżetu państwa odpowiednio do dnia 15 lutego następnego roku albo w terminie 21 dni od dnia określonego w tym rozporządzeniu.

Natomiast ustawodawca nie wprowadził stosownych rozwiązań odnośnie dotacji udzielanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego (zastosowanie do dotacji udzielanych z budżetu jednostki samorządu terytorialnego mają przepisy art. 145 i art. 146

ustawy o finansach publicznych), stad też powstaje realny problem związany ze zwrotem niewykorzystanych części dotacji. W przypadku dotacji celowych udzielanych na rzecz podmiotów spoza sektora finansów publicznych, stosownie do art. 176 ust.2 ustawy o finansach publicznych, dotacje udzielane są na podstawie umowy, do której stosuje się odpowiednio art. 131 ust.2 ustawy o finansach publicznych, a także przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, jeżeli dotacja przyznana jest na realizację zadania objętego zakresem przedmiotowym tej ustawy. W związku z czym jednostka udzielająca dotacji w treści samej umowy ustala termin oraz zasady zwrotu niewykorzystanej części dotacji. Natomiast na mocy art. 174 ust.1 i 2 ustawy o finansach publicznych z budżetu jednostki samorządu terytorialnego mogą być udzielane dotacje przedmiotowe dla zakładów budżetowych oraz gospodarstw pomocniczych, czy też innych podmiotów, o ile tak stanowią odrębne przepisy, przy czym zgodnie z art. 174 ust.3 i 4 – kwoty i zakres dotacji, o których mowa w ust. 1 i 2, określa uchwała budżetowa, a stawki dotacji ustala organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego. W tym przypadku dotacje przekazywane są na rzecz własnych jednostek organizacyjnych w drodze bezumownej, natomiast ustawodawca nie przewidział, czy to poprzez wprowadzanie stosownych przepisów, czy też poprzez odesłanie do art. 144 ustawy o finansach publicznych, regulacji dotyczących zwrotu niewykorzystanej części dotacji, jak to uczynił odnośnie dotacji przyznawanych z budżetu państwa. W związku z powyższym w praktyce organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego pozbawiony jest możliwości prawnych egzekwowania niewykorzystanej części dotacji.

#### **5. Realizowana przez jednostki samorządu terytorialnego kontrola w zakresie wykorzystania dotacji przez podmioty spoza sektora finansów publicznych.**

W trakcie działalności kontrolnej realizowanej przez regionalne izby obrachunkowe wyłonił się problem związany z wykonywaniem przez jednostki samorządu terytorialnego kontroli wykorzystania dotacji celowych udzielanych na rzecz podmiotów spoza sektora finansów publicznych na podstawie przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Stosownie do art. 17 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie organ administracji publicznej zlecający zadanie publiczne dokonuje kontroli i oceny realizacji zadania, a w szczególności: stanu realizacji zadania, efektywności, rzetelności i jakości wykonania zadania, prawidłowości wykorzystania środków publicznych otrzymanych na realizację zadania, prowadzenia dokumentacji określonej w przepisach prawa i w postanowieniach umowy. Natomiast w praktyce jednostki samorządu terytorialnego dokonują wyżej opisanej kontroli również w siedzibie zleceniobiorcy w oparciu o wszelkiego

rodzaju dokumenty mające znaczenie dla oceny wykonania zadania oraz sporządzają opracowania pokontrolne bez szczegółowego określenia, wynikającego z przepisów prawa obowiązującego, ich uprawnień.

Należy wskazać, że podstawę działań kontrolnych w takich przypadkach stanowią zapisy umów zawieranych z podmiotem dotowanym, co podyktowane jest treścią ramowego wzoru umowy o wykonanie zadania publicznego przez organizację pozarządową, podmiot wymieniony w art. 3 ust.3 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz jednostkę organizacyjną wymienioną w art. 11 ust.3 tej ustawy, stanowiącego załącznik nr 2 do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 grudnia 2005 roku (Dz.U. nr 264, poz. 2207) w sprawie wzoru oferty realizacji zadania publicznego, ramowego wzoru umowy o wykonanie zadania publicznego i wzoru sprawozdania z wykonania tego zadania. Zgodnie z powołanym wzorem - zleceniodawca sprawuje kontrolę prawidłowości wykonywania zadania przez zleceniobiorcę, w tym wydatkowania przekazanych mu środków finansowych. Kontrola może być przeprowadzona w toku realizacji zadania oraz po jego zakończeniu. W ramach kontroli, o której mowa w ust. 1, upoważnieni pracownicy zleceniodawcy mogą badać dokumenty i inne nośniki informacji, które mają lub mogą mieć znaczenie dla oceny prawidłowości wykonywania zadania, oraz żądać udzielenia ustnie lub na piśmie informacji dotyczących wykonania zadania. Zleceniobiorca na żądanie kontrolującego jest zobowiązany dostarczyć lub udostępnić dokumenty i inne nośniki informacji oraz udzielić wyjaśnień i informacji w terminie określonym przez kontrolującego. Prawo kontroli przysługuje upoważnionym pracownikom zleceniodawcy zarówno w siedzibie zleceniobiorcy, jak i w miejscu realizacji zadania.

W związku z powyższym nasuwa się wątpliwość, czy postanowienia umowy w sprawie przyznania dotacji celowej stanowią wystarczającą podstawę do przeprowadzenia kontroli w siedzibie podmiotu, który uzyskał taką dotację wraz z prawem do żądania od niego przedstawienia do wglądu wszelkich dokumentów, złożenia informacji oraz wyjaśnień mogących mieć wpływ na prawidłową ocenę realizacji zadania. Należy w tym miejscu przywołać regulacje zawarte w art. 2 oraz w art. 7 Konstytucji RP, z których wynikają dwie podstawowe zasady ustrojowe, zgodnie z którymi - Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, a organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Stosownie natomiast do art. 87 ust.1 i 2 ustawy zasadniczej - źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego.

W przypadku udzielenia dotacji na rzecz podmiotów spoza sektora finansów publicznych na cele związane z realizacją zadań innych niż określone w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, na mocy delegacji zawartej w art. 176 ust.3 ustawy o finansach publicznych, tryb postępowania o udzielenie dotacji, sposób jej rozliczania oraz sposób kontroli wykonywania zleconego zadania określa w drodze uchwały organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, mając na uwadze zapewnienie jawności postępowania o udzielenie dotacji i jej rozliczenia. W związku z czym sposób przeprowadzenia kontroli każdorazowo określony powinien być w uchwale stanowiącej akt prawa miejscowego.

Mając na względzie opisany problem trzeba podnieść, że należałoby ustanowić, w aktach zawierających źródła prawa powszechnie obowiązującego, tryb oraz zakres kontroli dotyczących wykorzystania dotacji udzielanych celem realizacji zadań wynikających z ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, w sposób jednoznacznie określający zarówno prawa, jak i obowiązki podmiotów: kontrolującego i kontrolowanego.

Konsekwencją opisanej sytuacji jest ustalanie wielu różnych zasad prowadzenia działalności kontrolnej, właściwych wyłącznie dla danej umowy zawartej między jednostką samorządu terytorialnego a organizacją pozarządową i stosowanych wyłącznie w okresie obowiązywania umowy. Jednocześnie brak odpowiednich postanowień umownych eliminuje możliwość podjęcia działań kontrolnych.

## **6. Problem przekształcania lub likwidacji samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej w przypadku ujemnego wyniku finansowego.**

W działalności zarówno nadzorczej, jak i kontrolnej Regionalnych Izb Obrachunkowych problem stanowi realizacja dyspozycji art. 60 ust.3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r. nr 14, poz. 89 ze zm.), zgodnie z którym – jeżeli ujemny wynik finansowy nie może być pokryty we własnym zakresie przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej organ, który utworzył ten zakład, wydaje rozporządzenie lub podejmuje uchwałę o zmianie formy gospodarki finansowej zakładu lub o jego likwidacji.

W praktyce mamy do czynienia z różnymi sytuacjami, gdyż niektóre samorządy w sytuacji opisanej w przywołanym przepisie realizują wynikający z niego obowiązek, inne pokrywają ujemny wynik finansowy samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej bez dokonania zmiany formy gospodarki finansowej lub likwidacji tych zakładów, a ponadto

część samorządów nie podejmuje żadnych działań, gdyż nie mają odpowiednich środków finansowych.

Należy zwrócić też uwagę na treść art. 60 ust.2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, który stanowi, że ujemny wynik finansowy samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej nie może być podstawą do zaprzestania działalności, jeżeli dalsze istnienie tego zakładu uzasadnione jest celami i zadaniami, do których realizacji został utworzony, a których nie może przejąć inny zakład w sposób zapewniający nieprzerwane sprawowanie opieki zdrowotnej nad ludnością. Przywołany przepis jest mało precyzyjny i prowadzi do tego, że egzekwowanie realizacji dyspozycji normy prawnej zawartej w art. 60 ust.3 jest utrudnione nie tylko ze względów finansowych, gdyż umożliwia on organom założycielskim zaniechanie działań mających na celu zmianę sytuacji ekonomicznej samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej poprzez powołanie się na, określone przez ustawodawcę w sposób bardzo nieostry, cele i zadania społeczne do realizacji, których zakład został powołany.

W związku z powyższym niezbędne wydaje się wprowadzenie stosownych zmian do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, które w sposób jednoznaczny uregulują prawa i obowiązki organów założycielskich względem samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej.

## **7. Ekwiwalent wypłacany z tytułu niewykorzystanego urlopu wypoczynkowego przez wójtów (burmistrzów, prezydentów).**

Istotnym problemem powtarzającym się w trakcie kontroli prowadzonych przez Regionalne Izby Obrachunkowe jest kwestia wykorzystywania, a raczej zaniechania wykorzystywania, przez wójtów (burmistrzów, prezydentów) przysługującego im prawa do urlopu wypoczynkowego. Wskazani pracownicy wykonują swoje obowiązki służbowe w ramach nienormowanego czasu pracy, a poza tym jako kierownicy danej jednostki w zasadzie nie podlegają żadnej kontroli w zakresie ewidencji czasu pracy. W związku z czym powszechnym zjawiskiem jest stan faktyczny, w którym okazuje się, że z upływem kadencji wójtowi przysługuje ekwiwalent pieniężny w związku z niewykorzystaniem w poszczególnych latach przysługującego urlopu wypoczynkowego w naturze, co wiąże się z wypłatą znacznych środków pieniężnych na ich rzecz. Powyższe oznacza, że pracodawca w takich przypadkach narusza w sposób istotny art. 168 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks Pracy (tekst jednolity: Dz.U. z 1998 roku nr 21, poz. 94 ze zm.), zgodnie z którym - urlopu niewykorzystanego w terminie ustalonym w planie urlopów należy udzielić

pracownikowi najpóźniej do końca pierwszego kwartału następnego roku kalendarzowego. Jednakże pomimo stwierdzenia tego typu nieprawidłowości w zasadzie nie ma żadnej prawnej możliwości egzekwowania w tym zakresie wykonywania przez pracodawców obowiązków wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących, gdyż regionalna izba obrachunkowa może jedynie zalecić ich przestrzeganie, natomiast nie może dochodzić zwrotu pobranego świadczenia, które zostało wypłacone jako świadczenie należne, stanowiące ekwiwalent pieniężny w zamian za utracone prawo do wypoczynku. Jednocześnie egzekwowanie odpowiedzialności w stosunku do pracodawcy wydaje się również wątpliwe, ze względu na przyjęte przez ustawodawcę założenie, że czynności pracodawcy wobec wójta (burmistrza, prezydenta) wykonuje rada gminy.

#### **8. Kontrola finansowa realizowana przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego względem podległych i nadzorowanych jednostek organizacyjnych.**

Art.187 ustawy z dnia 30 czerwca o finansach publicznych stanowi prawną podstawę podejmowania przez jednostki samorządu terytorialnego kontroli wobec samorządowych jednostek organizacyjnych, zaliczonych do sektora finansów publicznych. Przepis wyznacza minimalny zakres kontroli (czyli przestrzeganie przez podległe i nadzorowane jednostki organizacyjne realizacji procedur kontroli finansowej), jak również minimalną próbę kontrolną (co najmniej 5 % wydatków podległych jednostek organizacyjnych w każdym roku). Sposób sformułowania przepisów zawartych w art.187 ww. ustawy nie pozwala jednakże na jednoznaczne określenie obowiązków jednostek samorządu terytorialnego w omawianym obszarze, co istotnie ogranicza i utrudnia sprawdzenie przez organy kontroli zewnętrznej przestrzegania przedmiotowych unormowań. Po pierwsze, nałożenie na przewodniczącego zarządu jednostki samorządu terytorialnego obowiązku kontroli w odniesieniu do podległych i nadzorowanych przez niego jednostek sektora finansów publicznych, sprawia, że trudno wskazać podmioty, które poddane są temu obowiązkowi, bowiem o ile można mówić o jednostkach podległych i nadzorowanych przez jednostkę samorządową, czy chociażby organ wykonawczy tej jednostki, to trudno wymienić podmioty podległe, czy nadzorowane wyłącznie przez przewodniczącego zarządu jednostki samorządu terytorialnego. Istotne wątpliwości i dalece rozbieżną praktykę rodzi także art.187 ust.3 omawianej ustawy, określający próbę kontrolną. Przepis ten nie daje jednoznacznej odpowiedzi, czy nakłada obowiązek przeprowadzania kontroli wobec wszystkich podległych jednostek organizacyjnych w każdym kolejnym roku, czy też wymaga, by kontrola

przeprowadzana okresowo (np. co dwa lata) uwzględniała także badanie roku poprzedniego lat poprzednich), przy zastosowaniu minimalnej próby kontrolnej wymienionej w tym przepisie. Wreszcie, opisanie próby kontroli jako, co najmniej 5% wydatków podległych jednostek organizacyjnych, skutkuje przyjmowaniem interpretacji odnoszących próbę do ogółu poniesionych (planowanych) w danym roku, przez podległe jednostki organizacyjne, wydatków. Oznacza to w praktyce podjęcie kontroli w jednej, dwóch jednostkach organizacyjnych w odpowiednio szerokim zakresie (np. 85% wydatków dwóch jednostek organizacyjnych, co stanowi np. 5,5% wydatków wszystkich podległych jednostek organizacyjnych). Ponadto, wątpliwości budzi nadzwyczaj zawężony zakres kontroli, czyli weryfikacja procedur kontroli finansowej wyłącznie w odniesieniu do celowości zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków. Mając na uwadze fakt, że procedury kontroli finansowej powinny obejmować w jednostce sektora finansów publicznych, procesy związane z prowadzeniem gospodarki finansowej na poszczególnych jej etapach, pominięcie istotnych elementów tych procedur dotyczących pobierania, gromadzenia dochodów, czy też gospodarowania majątkiem nie wydaje się uzasadnione. Brak jest także uzasadnienia dla wskazania w analizowanej regulacji tylko jednego kryterium kontroli – celowości, z pominięciem zgodności z prawem, gospodarności i rzetelności działania.

#### **9. Niezgodność sprawozdań zbiorczych z danymi wynikającymi ze sprawozdań jednostkowych.**

Obowiązek sporządzania sprawozdań budżetowych wynika z rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej. Wykazanie w tych sprawozdaniach danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej jest czynem stanowiącym naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z art. 18 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W świetle tej ustawy nie ma natomiast sankcji za niesporządzenie i niezłożenie tych sprawozdań oraz wykazanie w sprawozdaniach zbiorczych danych niezgodnych ze sprawozdaniami jednostkowymi. Skutkiem braku tych regulacji np. gdy w jednostce doszło do przekroczenia wydatków (a jej kierownik nie chce ujawniać tego przekroczenia, gdyż jest ono zagrożone odpowiedzialnością z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych) może być niesporządzenie sprawozdań jednostkowych w ogóle (jest to dla niego „bezpieczniejsze” rozwiązanie z punktu widzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny), a jeśli je sporządził wykazując zaistniałe przekroczenia – sporządzenie przez skarbnika sprawozdań zbiorczych niezgodnie ze sprawozdaniami jednostkowymi (co również nie skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie

dyscypliny), jeśli on również nie chce ujawniać przekroczenia wydatków (tylko sprawozdania zbiorcze wychodzą na zewnątrz gminy).

Za niesporządzenie sprawozdań sankcje przewiduje wprawdzie art. 77 ustawy o rachunkowości, lecz przepis ten dotyczy tylko sprawozdań finansowych (nie obejmuje sprawozdań budżetowych, które sporządzane są na podstawie odrębnych przepisów).

Wydaje się konieczne uzupełnienie katalogu czynów naruszających dyscyplinę finansów publicznych o niesporządzanie sprawozdań budżetowych oraz wykazywanie w sprawozdaniach zbiorczych danych niewynikających ze sprawozdań jednostkowych.

#### **10. Dokumentowanie poniesionych kosztów związanych z podróżami służbowymi.**

W wyniku nowelizacji rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 roku (Dz.U. nr 236, poz. 1990 ze zm.) w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju z dniem 1 stycznia 2007 roku wprowadzony został w życie § 8a ust.3 zgodnie z którym - do rozliczenia kosztów podróży pracownik załącza dokumenty (rachunki) potwierdzające poszczególne wydatki; nie dotyczy to diet oraz wydatków objętych ryczałtami. Jeżeli uzyskanie dokumentu (rachunku) nie było możliwe, pracownik składa pisemne oświadczenie o dokonany wydatku i przyczynach braku jego udokumentowania. Należy zauważyć, że pracownicy często nie są w stanie przedłożyć biletów potwierdzających poniesione koszty, co wynika z różnych powodów, w tym np. z powodu zagubienia, zniszczenia, kradzieży. W takiej sytuacji pracownik, który odbył podróż służbową na polecenie pracodawcy, w związku z czym na mocy art. 77<sup>5</sup> § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy ma zagwarantowane prawo do zwrotu poniesionych kosztów, zwrotu tych kosztów może nie otrzymać. Z literalnego brzmienia powołanego przepisu wynika, że można do rozliczenia kosztów przyjąć pisemne oświadczenie pracownika o dokonany wydatku, ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, w której uzyskanie stosownego dokumentu nie było możliwe, a nie sytuacji, w której dokument uległ np. zniszczeniu. Tym samym trudno jednoznacznie odróżnić sytuację, w której pracodawca bezprawnie dokonuje zwrotu kosztów podróży, od sytuacji, w której bezprawnie tych kosztów nie zwraca.

#### **11. Zakres przedmiotowy opłaty targowej.**



Z dniem 1 stycznia 2003 roku nadana została nowa treść normie prawnej zawartej w art. 15 ust.2 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 roku o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r. nr 121, poz. 844 ze zm.) w następującym brzemieniu: targowiskami, o których mowa w ust.1, są wszelkie miejsca, w których jest prowadzony handel, z zastrzeżeniem ust. 2a. Zgodnie natomiast z art. 15 ust.2a opłacie targowej nie podlega sprzedaż dokonywana w budynkach lub częściach budynków, z wyjątkiem targowisk pod dachem oraz hal używanych do targów, aukcji i wystaw.

Z przytoczonych przepisów wynika, że targowiskami są wszelkie miejsca, w których prowadzony jest handel z wyłączeniem sprzedaży dokonywanej w budynkach lub częściach budynków, za wyjątkiem targowisk pod dachem oraz hal używanych do targów, aukcji i wystaw. Pojęcie budynku zostało zdefiniowane w art. 1a ust.1 pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, jako obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowanych oraz posiadający fundamenty i dach.

Natomiast ustawodawca nie zdefiniował pojęcia targowiska pod dachem, które można wyprowadzić pośrednio z przywołanych regulacji, jako każde miejsce pod dachem, w którym prowadzony jest handel. Należy zauważyć, że przytoczone regulacje zawierają wewnętrzną sprzeczność, gdyż z jednej strony na mocy art. 15 ust.2a z zakresu przedmiotowego opłaty targowej wyłączony został handel w budynkach lub ich częściach, a z drugiej strony obciążono opłatą handel na targowiskach pod dachem, a więc w każdym miejscu będącym budynkiem, w którym prowadzony jest handel.

Wskazane zagadnienie stanowi istotny problem, a od jego rozwiązania zależy ukształtowanie obowiązków związanych z zakresem przedmiotowym opłaty targowej stanowiącej formę daniny publicznej. W jednej z gmin wskazany problem był przedmiotem postępowań prowadzonych przed sądem administracyjnym, które kończyły się rozbieżnymi rozstrzygnięciami. Organ wykonawczy tej gminy złożył skargę do Trybunału Konstytucyjnego podnosząc niezgodność art. 15 ust.2a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych z art. 2 w zw. z art. 217 ustawy zasadniczej, poprzez naruszenie zasady przyzwoitej legislacji. Jednocześnie można zauważyć, że tak daleko idące rozbieżności orzecznicze uniemożliwiają organowi kontroli ocenę prawidłowości postępowania organów podatkowych w tym zakresie.