



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Hubert Nowak

Warszawa, 2023 roku

DKZP.WKZ3.442.123.2022.JB
KND/121/22/DKZP

Pan

**Wójt Gminy Giżycko
ul. Mickiewicza 33
11-500 Giżycko**

W odpowiedzi na pismo z dnia 28 czerwca 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 4 lipca 2023 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia na ***świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie Gminy Giżycko oraz terenach, na których Gmina Giżycko zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu o zawarte przez Gminę porozumienia***, przeprowadzonego przez Gminę Giżycko, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisu art. 36a ust. 2 pkt 1 oraz ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”), a w konsekwencji – naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.123.2022.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisu art. 36a ust. 2 pkt 1 oraz ust. 2a ustawy Pzp2004 poprzez dopuszczenie powierzenia wykonania kluczowych części usług użyteczności publicznej podmiotom innym aniżeli wykonawcą, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu.

Pismem z dnia 28 czerwca 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli doraźnej zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 36a ust. 2 pkt 1 oraz 2a dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. , poz. 2019, z późn. zm.) zwaną dalej „Ustawa pzp 2004” poprzez niezgodne z prawem dopuszczenie do udziału w realizacji umowy nr RRG.271.11.2020 z dnia 31 grudnia 2020 r. podmiotów trzecich w sytuacji udzielania zamówienia w trybie z wolej ręki w ramach in-house Wykonawcy będącym komunalną spółką prawa handlowego Gmina Giżycko tj.

Zamawiający nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.
W jego ocenie mowy z dnia 30 listopada 2021 r. zawarte pomiędzy , a:

1.

obowiązująca w okresie od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.;

- 1) zakres – dodatkowe wsparcie w utrzymaniu bezpieczeństwa na drogach gminnych w sytuacji nagłego wzmożonego opadu śniegu poprzez odśnieżanie pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania o odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od jednej,
- 2) wynagrodzenie uzależniane od ilości zleconych prac – wynagrodzenie stanowi iloczyn przepracowanych roboczogodzin i ceny za godzinę pracy dla jednostek sprzętu:
 - o mocy pow. 120 KM pług dwustronny typu „V” w kwocie brutto 130,00 zł,
 - o mocy p pow. 120 KM piaskarka w kwocie brutto 150,00 zł,
 - o mocy p pow. 120 KM zestaw pług + piaskarka w kwocie brutto 250,00 zł,
 - mały sprzęt do odśnieżania chodników w kwocie brutto 108,00 zł.

2.

obowiązująca w okresie od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.:

- 1) zakres – dodatkowe wsparcie w utrzymaniu bezpieczeństwa na drogach gminnych w sytuacji nagłego wzmożonego opadu śniegu poprzez odśnieżanie pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania o odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od jednej,
- 2) wynagrodzenie uzależniane od ilości zleconych prac – wynagrodzenie stanowi iloczyn przepracowanych roboczogodzin i ceny za godzinę pracy dla jednostek sprzętu:
 - ciężarówka z pługiem i piaskarka w kwocie brutto 239,85 zł,
 - JCB 4CX w kwocie brutto 108,00 zł.

3.

obowiązująca w okresie od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.

- 1) zakres – dodatkowe wsparcie w utrzymaniu bezpieczeństwa na drogach gminnych w sytuacji nagłego wzmożonego opadu śniegu poprzez odśnieżanie pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania o odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od jednej,
- 2) wynagrodzenie uzależniane od ilości zleconych prac – wynagrodzenie stanowi iloczyn przepracowanych roboczogodzin i ceny za godzinę pracy dla jednostek sprzętu:
 - mocy pow. 95 KM w kwocie brutto 140,40 zł,
 - mocy pow. 210 KM w kwocie brutto 156,600 zł,

nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.11.2020 z dnia 31 grudnia 2020 r. tj. świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie Gminy Giżycko oraz terenach, na których Gmina Giżycko zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu

o zawarte przez Gminę porozumienia, a dotyczyły najmu sprzętu niezbędnego do realizacji zadań własnych Gminy Giżycko powierzanych komunalnej spółce prawa handlowego .

Jednocześnie należy zauważyć, że jest komunalną spółką prawa handlowego powołanej na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej zgodnie z Uchwałą nr XI/139/2011 Rady Gminy Giżycko z dnia 26 października 2011 r. w sprawie utworzenia jednoosobowej spółki prawa handlowego pod nazwą według § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 w/w uchwały została powołana do wykonywania zadań własnych Gminy Giżycko w zakresie gminnych dróg, ulic, mostów, placów, utrzymania czystości i porządku”

Dowód:

- uchwała nr XI/139/2011 Rady Gminy Giżycko z dnia 26 października 2011 r.,
- Tekst Jednolity Aktu założycielskiego

W orzecznictwie przyjęto, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego, powołanej na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, w celu wykonywania tych zadań – co znajduje odzwierciedlenie w uchwale organu samorządu terytorialnego, określającej zadania spółki oraz w umowie spółki – nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga w ogóle zawarcia umowy. Nie jest jednak wykluczone zawarcie umowy wykonawczej z takim „podmiotem wewnętrznym”, choć bez stosowania żadnego trybu udzielania zamówień publicznych. Reżim zamówień publicznych obejmuje jedynie zadania inne niż te, dla których gmina powołała jednostkę.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie sposób zgodzić się z przedstawioną przez Zamawiającego tezą, iż umowy z dnia 30 listopada 2021 r., o których mowa w pkt 1-3 zastrzeżeń od wyniku kontroli nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.11.2020 z dnia 31 grudnia 2020 r. – tj. umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (dalej także:

), z uwagi na fakt, że umowy te miały dotyczyć najmu sprzętu niezbędnego do realizacji zadań własnych Gminy Giżycko powierzanych komunalnej spółce prawa handlowego .

Należy wskazać, iż w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2023 r. (m.in. str. 6-7 informacji o wyniku kontroli doraźnej) Kontrolujący wskazał na konkretne postanowienia umów zawartych pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, z których wynika, że zakres przedmiotowy umów nie obejmuje wyłącznie udostępnienia przez podwykonawcę sprzętu wykonawcy , lecz wykonywanie przez podwykonawcę osobiście na należącym do niego sprzęcie zadań wchodzących w główny zakres obowiązków wykonawcy wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie sposób uznać, iż wskazane przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli argumenty kwestionują ustalenia kontroli doraźnej w tym zakresie. Bez wątpienia zakres powierzonych podwykonawcom zadań jest szerszy aniżeli „najem sprzętu”, mieszcząc się w zakresie zasadniczych i pierwszorzędnych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego (szczegółowa argumentacja w tym zakresie została zawarta

na str. 9-10 informacji o wyniku kontroli doraźnej)), co daje podstawę do uznania, iż nastąpiło w ten sposób powierzenie podwykonawcom kluczowych części zamówienia.

Jednocześnie brak jest podstaw do uwzględnienia argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do kwestii wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp2004 do powierzenia wykonawcy wykonywania zadań w zakresie zadań spółki wynikających z uchwały rady gminy na podstawie ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 679). Należy podkreślić, iż stosownie do treści art. 2 pkt 13 ustawy Pzp2004, poprzez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Nie budzi wątpliwości, iż taka umowa została zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w dniu 31 grudnia 2020 r. Należy podkreślić, iż z dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego w toku kontroli niewątpliwie wynika, że Zamawiający stosował przepisy ustawy Pzp2004 do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 (m.in. pkt IV.9 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia; pkt 2 i 4 protokołu postępowania; §1 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego), w rezultacie którego zawarto umowę z dnia 31 grudnia 2020 r., co w świetle art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiącego podstawę do powierzania przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej m.in. osobom prawnym w drodze umowy w trybie przepisów ustawy Pzp2004, pozwala na uznanie tej umowy za umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu ustawy Pzp2004.

Jednocześnie zauważyć należy, iż Zamawiający w toku kontroli nie kwestionował faktu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia a następnie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie przepisów ustawy Pzp2004, pomimo przywołania tej kwestii w piśmie Urzędu do Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2022 r. Przeciwnie, w skierowanym do Urzędu piśmie z dnia 5 września 2022 r. Zamawiający wprost referuje do przedmiotowego postępowania jako „postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w wyniku którego zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego nr RRG.271.11.2020 z dnia 31.12.2020 r.”. W tym względzie podkreślić należy, że zgodnie z opinią Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażoną w uchwale z dnia 21 października 2011 r., sygn. KIO/KD 78/11, *należy odmówić zamawiającemu na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli prawa do przywoływania innych podstaw prawnych, wskazywania nowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w informacji o wynikach kontroli*. Powyższe należy również odnieść do przepisów prawa wyłączających w opinii Zamawiającego stosowanie ustawy Pzp2004.

Z kolei w uchwale z dnia 15 lipca 2022 r., sygn. KIO/KD 21/22 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż *nie można zatem powoływać się [...] na podstawy prawne czy też okoliczności faktyczne, które nie zostały wprost wymienione w uzasadnieniu udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Tylko bowiem wprost wyartykułowane podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które zamieści Zamawiający w dokumentacji prowadzonego postępowania, są przedmiotem oceny czy to organów kontrolujących, czy też Krajowej Izby Odwoławczej*. Ponownie podkreślić należy, iż z uzasadnienia udzielenia zamówienia zamieszczonego w przekazanej do Urzędu dokumentacji postępowania wyraźnie wynikał fakt stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp2004 i wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Na marginesie wskazać należy, iż w toku kontroli doraźnej o sygn. KND/122/22/DKZP prowadzonej względem postępowania pn. *świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg na terenie gminy Giżycko* przeprowadzonego przez Zamawiającego (umowa w sprawie zamówienia publicznego z dnia 31 grudnia 2021 r.) w informacji o wyniku kontroli z dnia 20 marca 2023 r. Prezes Urzędu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu. Uchwałą z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. KIO/KD 8/23 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując, podtrzymuję stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględniam zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 17 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 13/23) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia na *świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie Gminy Giżycko oraz terenach, na których Gmina Giżycko zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu o zawarte przez Gminę porozumienia*.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 13/23).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 13/23).