



Warszawa, dnia

2023 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.124.2022.JB

KND/122/22/DKZP

Pan

Wójt Gminy Giżycko
ul. Mickiewicza 33
11-500 Giżycko

ugg@ugg.pl

W odpowiedzi na pismo z dnia 3 kwietnia 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 kwietnia 2023 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia na **świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg na terenie gminy Giżycko**, przeprowadzonego przez Gminę Giżycko, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisu 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”) wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 marca 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.124.2022.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisu art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu.

Pismem z dnia 3 kwietnia 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. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 214 ust. 9 ustawy pzp poprzez niezgodne z prawem dopuszczenie do udziału w realizacji umowy nr RRG.271.19.2021 z dnia 31 grudnia 2021 r. podmiotów trzecich w sytuacji udzielana 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 umowy z dnia 5 stycznia 2022 r. zawarte pomiędzy , a:

1. obowiązuje w okresie od dnia 5 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. (umowa nr GZK/DT/1/2022):

- 1) przedmiot umowy – wynajem sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.
- 2) wynagrodzenie uzależniane od czasu pracy wynajętego sprzętu:
 - traktor mocy pow. 95 KM z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 130,00 zł,
 - traktor mocy pow. 210 KM z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 130,00 zł,

2. obowiązuje w okresie od dnia 5 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. (umowa nr GZK/DT/2/2022):

- 1) przedmiot umowy – wynajem sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.
- 2) wynagrodzenie uzależniane od czasu pracy wynajętego sprzętu:
 - traktor mocy pow. 140 KM z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 140,00 zł,
 - piaskarka za godzinę pracy kwota netto 150,00 zł,
 - traktor mocy pow. 140 KM za godzinę pracy kwota netto 255,00 zł,
 - mały sprzęt do odśnieżania chodników za godzinę pracy kwota netto 115,00 zł.

3. obowiązuje w okresie od dnia 5 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. (umowa nr GZK/DT/2/2022):

- 1) przedmiot umowy – wynajem sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.
- 2) wynagrodzenie uzależniane od czasu pracy wynajętego sprzętu:
 - samochód wyposażony w posypywarkę o pojemności min. 5m² i pług lemieszowy za godzinę pracy kwota netto 195,00 zł,
 - koparko-ładowarka samojezdna kołowa z łyżką czołową o pojemności minimum 1,0 m³ za godzinę pracy kwota netto 100,00 zł,
 - traktor z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 100,00 zł.

nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.19.2021 z dnia 31 grudnia 2021 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 powołaną 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 2021 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 2021 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 5 stycznia 2022 r., o których mowa w pkt 1-3 zastrzeżeń od wyniku kontroli nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.19.2021 z dnia 31 grudnia 2021 r. – tj. umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (dalej także:

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

Należy wskazać, iż na str. 14 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 marca 2023 r. 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 osoby pozostające w dyspozycji podwykonawcy na sprzęcie należącym do podwykonawcy zadań wchodzących w główny zakres obowiązków wykonawcy wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie zakwestionował ustaleń faktycznych kontroli w tym zakresie. Bez wątpienia zakres powierzonych podwykonawcom zadań jest tym samym szerszy aniżeli „najem sprzętu”, mieszcząc się w zakresie zasadniczych i pierwszorzędnych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co daje podstawę do uznania, iż nastąpiło w ten sposób powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 214 ust. 9 ustawy Pzp.

Jednocześnie brak jest podstaw do uwzględnienia argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do kwestii wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp 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. 7 pkt 32 ustawy Pzp, poprzez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego

od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Nie budzi wątpliwości, iż taka umowa została zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w dniu 31 grudnia 2021 r. Należy podkreślić, iż z dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego w toku kontroli niewątpliwie wynika, iż Zamawiający stosował przepisy ustawy Pzp do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp (m.in. pkt 3.1 ogłoszenia o wyniku postępowania; pkt 5 protokołu postępowania; §1 ust. 1 umowy z dnia 31 grudnia 2021 r.), w rezultacie którego zawarto daną umowę z dnia 31 grudnia 2021 r., co w świetle art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej, 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 Pzp, pozwala na uznanie tej umowy za umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu ustawy Pzp.

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, 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.271.19.2021 z dnia 31.12.2021 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 Pzp.

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 Pzp i wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

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

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 21 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 8/23) 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 uwzględniam zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania

o udzielenie zamówienia na *świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg na terenie gminy Giżycko*.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 8/23).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 8/23).