

Sygn. akt: KIO/KD 13/23

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 17 lipca 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2023 r. przez **Wójta Gminy Giżycko**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 16 czerwca 2023 r. (znak: KND/121/22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. 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,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Członkowie: Małgorzata Jodłowska
Monika Kawa-Ogorzałek

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „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 wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził, że poprzez dopuszczenie powierzenia wykonania kluczowych części usług użyteczności publicznej podmiotom innym aniżeli wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp2004”, Zamawiający naruszył art. 36a ust. 2 pkt 1 i ust. 2a ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu, Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

W wyniku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Zamawiający – Gmina Giżycko, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 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. Umowa w sprawie ww. zamówienia została zawarta w dniu 31.12.2020 r. z wykonawcą Gminnym Zakładem Komunalnym sp. z o.o. (dalej także: „GZK”).

W § 1 ust. 1-2 ww. umowy zamawiający określił przedmiot zamówienia w następujący sposób:

1. *Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do realizacji powierzone w oparciu o zamówienie publiczne przeprowadzone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zmianami), wykonanie usługi zimowego utrzymanie dróg, chodników, ciągów pieszych i placów na nieruchomości stanowiących własność Gminy Giżycko, dla których zarządcą jest Wójt Gminy Giżycko lub oddanego jej w posiadanie na podstawie innych tytułów prawnych oraz gruntu, na którym Gmina zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu o zawarte przez Gminę porozumienia oraz w oparciu o zasady opisane w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 ze zmianami).*
2. *Do obowiązków Wykonawcy należy:*
 - 1) *podjęcie czynności zabezpieczających wykonanie zadania polegających m.in. na przygotowaniu sprzętu, zakupie środków chemicznych i niechemicznych oraz materiałów do zimowego utrzymania dróg w tym przygotowaniu zamówienia na usługi świadczone przez podwykonawców;*
 - 2) *odsnieżanie dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków,*
 - 3) *zwalczanie środkami chemicznymi i niechemicznymi gołoledzi, szronu, sadzi, śliskości pośniegowej i lodowicy powstałej na nawierzchniach dróg, chodników ciągów pieszych i placów, przystanków;*
 - 4) *usunięcie luźnego śniegu, błota pośniegowego, śniegu zajeżdżonego, których warstwa może utrudniać ruch pojazdów i pieszych;*
 - 5) *usunięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń uprzątniętych z chodników przez właścicieli nieruchomości przyległych do dróg publicznych lub z innych chodników oddanych Gminie w posiadanie na podstawie innych tytułów prawnych oraz gruntu, na którym Gmina zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu o zawarte przez Gminę porozumienia;*

6) pozostawanie w gotowości do podjęcia działań związanych z zimowym utrzymaniem, a w szczególności do odśnieżania oraz zwalczania śliskości i gołoledzi.

Aneks nr 1 z dnia 14.04.2021 r., do §1 ust. 2 ww. umowy dodano następującą treść:

- 7) *odśnieżania i usuwania lodu z płaskich połaci dachowych budynków znajdujących się w posiadaniu Gminy,*
- 8) *likwidacji nawisów śnieżnych i sopli lodu z krawędzi dachów budynków znajdujących się w posiadaniu Gminy,*
- 9) *przemieszczanie nadmiernych zwałów śniegu powstałych przy odśnieżaniu dróg poza pas ruchu, których wystąpienie uniemożliwia utrzymanie dróg w ustalonych standardach zimowego utrzymania dróg określonych w załączniku nr 2 do umowy,*
- 10) *załadunek i wywóz śniegu z terenu znajdującego się w posiadaniu Gminy.*

Dodatkowo § 11 ww. umowy zamawiający przewidział następujące postanowienia dotyczące podwykonawstwa:

1. *Wykonawca wykona przedmiot umowy samodzielnie z zastrzeżeniem ust. 2-5.*
2. *Wykonawca, w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, może powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy (om), mimo niewskazania w ofercie przetargowej takiej części zamówienia do powierzenia podwykonawcom. W takim przypadku, Wykonawca pisemnie niezwłocznie poinformuje Zamawiającego o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy (om).*
3. *W przypadku gdy dojdzie do zmiany albo rezygnacji z podwykonawcy, wykonawca jest obowiązany wykazać pisemnie zamawiającemu, iż proponowany inny Wykonawca lub sam wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Zmiana ta wymaga aneksu do umowy.*
4. *Wykonawca nie może zwolnić się od odpowiedzialności względem Zamawiającego z tego powodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę było następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wobec Wykonawcy przez jego podwykonawców.*
5. *Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność odszkodowawczą za działania i zaniechania podjęte przez podwykonawcę w związku z realizacją niniejszej umowy.*

W toku kontroli ustalono, że wykonawca GZK zawarł trzy umowy z odrębnymi podmiotami, których przedmiotem było wykonywanie części usług objętych ww. umową z dnia 31.12.2020 r. Były to:

1. Umowa z dnia 30 listopada 2021 r. zawarta pomiędzy GZK a D. L. – PPHU DarKa Serwis Motorowodny RAPID, z/s Wilkasy, ul. Spacerowa 9, obowiązująca w okresie od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.;

- 1) zakres – dodatkowe wsparcie GZK sp. z o.o. 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 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. Umowa z dnia 30 listopada 2021 r. zawarta pomiędzy GZK a K.S. – LOG K., z/s Bystry 5G, obowiązująca w okresie od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.:
- 1) zakres – dodatkowe wsparcie GZK sp. z o.o. 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. Umowa z dnia 30 listopada 2021 r. zawarta pomiędzy GZK a P. M. – P. M. Usługi Rolne, z/s Skup 30, 11-520 Ryn, obowiązująca w okresie od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.
- 1) zakres – dodatkowe wsparcie GZK sp. z o.o. 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, – o mocy pow. 210 KM w kwocie brutto 156,600 zł.

Pismem z dnia 21.03.2023 r. wykonawca GZK przekazał Prezesowi UZP wyjaśnienia, zgodnie z którymi: *„Łączne otrzymane wynagrodzenie netto przez GZK Sp. z o.o. z tytułu realizacji umowy nr RRG.271.11.2020 z dnia 31 grudnia 2020 r. od Gminy Giżycko wyniosło: 325.000,00 zł netto. Podwykonawcy na podstawie zawartych umów z dnia 30 listopada 2021 r. otrzymali wynagrodzenie w kwocie netto: 1) P. M. Usługi Rolne, z/s Skup 30, 11-520 Ryn –*

4 665,00 zł, 2) PPHU DarKa Serwis Motorowodny RAPID, z/s Wilkasy, ul. Spacerowa 9 – 10 783,33zł, 3) LOG K.S., z/s Bystry 5G – 5 752,50 zł. Łączny procent wynagrodzenia GZK Sp. z o.o. wypłacony podwykonawcom wynosi 6,52%.”

W umowach zawartych przez wykonawcę GZK z ww. podwykonawcami wskazano:

1) Umowa z dnia 30.11.2021 r. zawarta z P. M.– P. M. Usługi Rolne:

§1. Przedmiot i termin wykonania umowy.

1. Przedmiotem niniejszej umowy jest wykonywanie dodatkowych usług w zakresie odśnieżania dróg gminnych i chodników w okresie od 30 listopada 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. w zależności od zaistniałej potrzeby określonej przez Zleceniodawcę.
2. Zlecenie polegać będzie na odśnieżeniu pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania w odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od drugiej.
3. (...)
4. Zleceniobiorca zobowiązuje się wykonać umowę osobiście i nie jest uprawniony do powierzenia wykonania jakiegokolwiek części umowy osobie trzeciej.

(...) § 2.

1. Zleceniobiorca zobowiązuje się wyposażyć pojazd w żółtą lampę błyskową (i potrzebne światła dodatkowe).
2. Zleceniobiorca zobowiązuje się do obsługi sprzętu zamontowanego na nośnikach zgodnie z wymogami technicznymi i zasadami BHP.
3. Zleceniobiorca ponosi pełną odpowiedzialność za szkody wynikłe w trakcie wykonywania pracy, nie wykonywania lub nieterminowego i nierzetelnego wykonania usług powstałe w czasie obowiązywania niniejszej umowy.

2) Umowa z dnia 30.11.2021 r. zawarta z K. S. – K.S. LOG:

§1. Przedmiot i termin wykonania umowy.

1. Przedmiotem niniejszej umowy jest wykonywanie dodatkowych usług w zakresie odśnieżania dróg gminnych i chodników w okresie od 30 listopada 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. w zależności od zaistniałej potrzeby określonej przez Zleceniodawcę.
2. Zlecenie polegać będzie na odśnieżeniu pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania w odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od drugiej.
3. (...)
4. Zleceniobiorca zobowiązuje się wykonać umowę osobiście i nie jest uprawniony do powierzenia wykonania jakiegokolwiek części umowy osobie trzeciej.

(...) § 2.

1. Zleceniobiorca zobowiązuje się wyposażyć pojazd w żółtą lampę błyskową (i potrzebne światła dodatkowe).
 2. Zleceniobiorca zobowiązuje się do obsługi sprzętu zamontowanego na nośnikach zgodnie z wymogami technicznymi i zasadami BHP.
 3. Zleceniobiorca ponosi pełną odpowiedzialność za szkody wynikłe w trakcie wykonywania pracy, nie wykonywania lub nieterminowego i nierzetelnego wykonania usług powstałe w czasie obowiązywania niniejszej umowy.
- 3) Umowa z dnia 30.11.2021 r. zawarta z D. L. – PPHU DarKa Serwis Motorowodny RAPID:

§1. Przedmiot i termin wykonania umowy.

1. Przedmiotem niniejszej umowy jest wykonywanie dodatkowych usług w zakresie odśnieżania dróg gminnych i chodników w okresie od 30 listopada 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. w zależności od zaistniałej potrzeby określonej przez Zleceniodawcę.
2. Zlecenie polegać będzie na odśnieżeniu pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania w odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od drugiej.
3. (...)
4. Zleceniobiorca zobowiązuje się wykonać umowę osobiście i nie jest uprawniony do powierzenia wykonania jakiegokolwiek części umowy osobie trzeciej.

(...) § 2.

1. Zleceniobiorca zobowiązuje się wyposażyć pojazd w żółtą lampę błyskową (i potrzebne światła dodatkowe).
2. Zleceniobiorca zobowiązuje się do obsługi sprzętu zamontowanego na nośnikach zgodnie z wymogami technicznymi i zasadami BHP.
3. Zleceniobiorca ponosi pełną odpowiedzialność za szkody wynikłe w trakcie wykonywania pracy, nie wykonywania lub nieterminowego i nierzetelnego wykonania usług powstałe w czasie obowiązywania niniejszej umowy.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym w Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w szczególności stwierdził, co następuje.

Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp2004, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Zgodnie z art 36a ust. 2a ustawy Pzp2004, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Prezes UZP stwierdził, że biorąc pod uwagę przywołane regulacje należy uznać, iż dyspozycja art. 36a ust. 2a ustawy Pzp2004 nakłada na wykonawcę zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp2004 obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w hipotezie normy art. 36a ust. 2a ustawy Pzp2004, tj. w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane.

Jednocześnie treść art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp2004 musi być odczytywana w kontekście regulacji art. 36a ust. 2a ustawy Pzp2004, w ten sposób, iż w przypadku ziszczenia się przesłanek zastosowania art. 36a ust. 2a ustawy Pzp2004, uprawnienie Zamawiającego, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp2004 nabiera charakteru obligatoryjnego, skutkując koniecznością zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, a w konsekwencji wyłączając możliwość dopuszczenia powierzenia wykonania kluczowych części usług użyteczności publicznej podmiotom innym aniżeli wykonawca oraz obligując zamawiającego do weryfikacji zdolności wykonawcy, któremu udzielane jest zamówienie po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, jako przesłanki dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004. Potwierdzając powyższą wykładnię Prezes UZP powołał się m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2022 r. o sygn. KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22.

Dalej Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie przewidział w treści zaproszenia do negocjacji oraz załączników do zaproszenia, jak również w treści umowy w sprawie

zamówienia publicznego, zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Przeciwnie, w treści §11 ust. 2-5 wzoru umowy załączonego do zaproszenia do negocjacji Zamawiający dopuścił nieograniczoną przedmiotowo możliwość powierzenia przez wykonawcę realizację części zamówienia podwykonawcy, uzależnioną wyłącznie od poinformowania Zamawiającego o takiej czynności. Jednocześnie pismem z dnia 9 lutego 2021 r. Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umów na podwykonawstwo przy realizacji zadań związanych z zimowym utrzymaniem dróg na terenie Gminy Giżycko z określonymi podmiotami. Prezes UZP podkreślił, iż z dostępnej dokumentacji nie wynika, aby Zamawiający w jakikolwiek sposób dokonywał weryfikacji zdolności wykonawcy GZK do samodzielnego wykonania kluczowych części zamówienia przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Analiza stanu faktycznego dała zatem Prezesowi UZOP podstawy do uznania, iż w sprawie będącej przedmiotem kontroli doraźnej ziściły się przesłanki zastosowania dyspozycji art. 36a ust. 2a ustawy Pzp2004 z uwagi na fakt, że zamówienie zostało udzielone określonemu wykonawcy na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, zaś przedmiot zamówienia stanowiło świadczenie usług użyteczności publicznej. Jednocześnie Prezes UZP stwierdził, iż wykonawca GZK nie wykonał kluczowych części tych usług osobiście, lecz powierzył ich wykonanie podmiotom: D. L.– PPHU DarKa Serwis Motorowodny RAPID; K. S. – LOG K.; P. M. – P. M.Usługi Rolne.

W dalszej części informacji o wyniku kontroli Prezes UZP dokonał wykładni pojęcia „kluczowych części usług lub robót” w treści ustawy Pzp2004 i stwierdził, że zasadne jest jego rozumienie jako odnoszącego się do głównych elementów określonych usług lub robót determinujących ich charakter w kontekście zamówienia, zasadniczo niezależnie od ich wartości oraz zakresu ilościowego czy czasowego. Prezes UZP zwrócił uwagę, że taka wykładnia koresponduje także z pojęciem „głównego przedmiotu zamówienia” użytym przez ustawodawcę w treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, względem którego wskazuje się w doktrynie, iż główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy. Tym samym powierzenie przez wykonawcę innym podmiotom zadań polegających co najmniej na odśnieżeniu pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania w odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od drugiej (§1 ust. 2 umów o podwykonawstwo z dnia 30 listopada 2021 r.) przy uwzględnieniu faktu, że jak wynika z §1 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, odśnieżanie dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków stanowiło jedno z podstawowych zadań w zakresie danego zamówienia, musi zostać uznane za kluczową część danej usługi.

Prezes UZP uznał przy tym za pozbawiony znaczenia powołany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 września 2022 r. fakt wystąpienia ponadnormatywnych prac w związku ze wzmożonymi opadami atmosferycznymi (śniegu) i nietypowym oblodzeniem dróg, w sytuacji jeśli realizacja tego rodzaju zadań stanowiła przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sam bowiem zakres ilościowy prac czy długość okresu ich wykonywania nie może przesądzać o odstąpieniu od traktowania określonych usług jako kluczowych części zamówienia, jeśli o takim znaczeniu w kontekście zamówienia przesądza charakter danych usług, zwłaszcza że niewykonanie przez wykonawcę określonej usługi, nawet w warunkach, o których wspomina Zamawiający w ww. piśmie byłoby traktowane przez Zamawiającego jako naruszenie zobowiązania umownego po stronie Wykonawcy.

Tym samym Prezes UZP uznał, iż poprzez dopuszczenie powierzenia wykonania kluczowych części usług użyteczności publicznej podmiotom innym aniżeli wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, Zamawiający naruszył art. 36a ust. 2 pkt 1 oraz ust. 2a ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu, Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Pismem z dnia 28.06.2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, w których wskazał, co następuje.

„(...) Zamawiający nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W jego ocenie umowy z dnia 30 listopada 2020 r. zawarte pomiędzy GZK, a (...) Nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.1 1.2020 z dnia 31 grudnia 2020r. 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 spółkę prawa handlowego GZK.

Jednocześnie należy zauważyć, że Gminny Zakład Komunalny sp. z o.o. w Bystrym 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 po nazwę Gminny Zakład Komunalny sp. z o.o. GZK 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 Gminnego Zakładu Komunalnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bystrym.*

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 obejmie jedynie zadania inne niż te, dla których gmina powołała jednostkę.”

Zamawiający powołał się przy tym na wyrok NSA z 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 62 oraz wyrok WSA w Warszawie z 10 listopada 2005 r., SA/Wa 2445/05, LEX 191962.

Ponadto Zamawiający dołączył do zastrzeżeń: uchwałę nr XI/139/2011 Rady Gminy Giżycko z dnia 26.10.2011 r. w sprawie utworzenia jednoosobowej spółki prawa handlowego pod nazwą Gminny Zakład Komunalny sp. z o.o. oraz Tekst Jednolity Aktu Założycielskiego Gminnego Zakładu Komunalnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bystrym.

Pismem z dnia 7 lipca 2023 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odpowiedział na zastrzeżenia Zamawiającego, wskazując w szczególności:

„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 Gminnym Zakładem Komunalnym sp. z o.o. (dalej także: „GZK”), z uwagi na fakt, że umowy te miały dotyczyć najmu sprzętu niezbędnego do realizacji zadań własnych Gminy Giżycko powierzanych komunalnej spółce prawa handlowego GZK.

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 GZK a podwykonawcami, z których wynika, że zakres przedmiotowy umów nie obejmuje wyłącznie udostępnienia przez podwykonawcę sprzętu wykonawcy GZK, lecz wykonywanie przez podwykonawcę osobiście na należącym do niego sprzęcie zadań wchodzących w główny zakres

obowiązków wykonawcy GZK 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 wątplenia zakres powierzonych podwykonawcom zadań jest szerszy aniżeli „najem sprzętu”, mieszcząc się w zakresie zasadniczych i pierwszorzędnych zobowiązań wykonawcy GZK 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 GZK 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 GZK 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.” (...)

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. (...)” Dodatkowo Prezes UZP powołał się na uchwałę KIO z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. KIO/KD 8/23 podjętą w analogicznej sprawie, w której Izba również uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń w przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 610 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą trzy umowy zawarte przez wykonawcę GZK z podwykonawcami nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy z dnia 31.12.2020 r. tj. ze świadczeniem usług w zakresie zimowego utrzymania dróg gminnych, lecz dotyczyły najmu sprzętu niezbędnego do realizacji zadań własnych Gminy Giżycko. Argumentacja ta jest oczywiście niezasadna, czego dowodzi treść § 1 ust. 1 i 2 ww. trzech umów, w którym wskazano:

§1. Przedmiot i termin wykonania umowy.

1. *Przedmiotem niniejszej umowy jest wykonywanie dodatkowych usług w zakresie odśnieżania dróg gminnych i chodników w okresie od 30 listopada 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. w zależności od zaistniałej potrzeby określonej przez Zleceniodawcę.*

2. *Zlecenie polegać będzie na odśnieżeniu pasa o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczki do mijania w odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od drugiej.*

Z ww. postanowień jasno wynika, że przedmiotem umów była usługa odśnieżania dróg gminnych i chodników, przy czym w ust. 2 sprecyzowano zakres jej wykonywania jako pas o minimalnej szerokości 3,5 metra oraz zatoczkę do mijania w odległości nie mniejszej niż 400 metrów jedna od drugiej. Dodatkowo w § 1 ust. 7 wykonawca GZK zastrzegł sobie możliwość zlecenia odśnieżenia innych dróg niż wskazane w konkretnym zadaniu, zaś w § 4 przewidziano wynagrodzenie obliczane jako iloczyn ilości przepracowanych roboczogodzin i ceny za godzinę pracy jednostek sprzętu. Samo określenie zatem przedmiotu umów („usługi w zakresie odśnieżania”, „zlecenie odśnieżania”), jak i uwzględnienie w rozliczeniach roboczogodzin dowodzi, że przedmiotem umów jest wykonywanie usługi, a nie wyłącznie oddanie sprzętu do używania. Fakt, że do wykonania ww. usług konieczne było użycie określonego sprzętu nie powoduje, że przedmiot umów ogranicza się do najmu tego sprzętu. Nie ma zatem podstaw, by uznać ww. umowy za umowy najmu (art. 659 § 1 kc). Zasadne jest zatem stwierdzenie Prezesa UZP, że zakres zadań powierzonych podwykonawcom w ww. umowach jest szerszy aniżeli „najem sprzętu” i mieści się on w zakresie zasadniczych i pierwszorzędnych zobowiązań wykonawcy GZK wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy także podnieść, że ww. usługi objęte umowami zawartymi z podwykonawcami stanowiły niewątpliwie kluczową część zamówienia udzielonego wykonawcy GZK umową z dnia 31.12.2020 r., o czym świadczy fakt, że są one jedną z głównych czynności wchodzących w zakres obowiązków wykonawcy, wprost wymienioną w § 1 ust. 2 pkt 2 umowy z dnia 31.12.2020 r. Izba podziela przy tym stanowisko Prezesa UZP, zgodnie z którym treść art. 36a ust. 2 pkt 1 oraz ust. 2a ustawy Pzp2004 wskazuje, że w przypadku udzielania zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 zamawiający w istocie ma obowiązek zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, co pociąga za sobą zakaz powierzenia wykonania tychże kluczowych części podmiotom innym aniżeli wykonawca, któremu udzielono zamówienia. Stanowisko takie wynika z ww. przepisów czytanych łącznie, ale także z wyjątkowego charakteru trybu z wolnej ręki stosowanego dla udzielenia tzw. zamówienia wewnętrznego (in-house), którego cechą jest m.in. to, że jest ono wykonywane własnymi siłami podmiotu, nad którym zamawiający sprawuje opisaną w ustawie Pzp2004 kontrolę. W przeciwnym wypadku, tj. jeżeli kluczowe części zamówienia

wewnętrznego miałyby być wykonywane przez podmioty zewnętrzne, zamówienie to utraciłoby przymiot zamówienia „wewnętrznego”.

Słusznie Prezes UZP przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.05.2022 r. w sprawach łączonych o sygn. KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22 (zachowujący swą aktualność w stosunku do przepisów ustawy Pzp2004), cytując: *„należy zauważyć, iż przesłanki w art. 214 Ustawy są ze sobą powiązane w ten sposób, iż każda z nich musi być spełniona samodzielnie, ale nie może prowadzić do wypaczenia sensu instytucji, jako całości rozwiązania zakładającego realizację zadania z pominięciem rynku zewnętrznego. W tym znaczeniu przepis art. 214 ust. 9 Ustawy, chociaż nie stanowi wprost przesłanki trybu, której spełnienie wymaga wykazania w momencie wszczęcia postępowania, to stanowi ważny element oceny decyzji zamawiającego, który musi liczyć się z konsekwencjami ograniczenia, jakie Ustawa wprowadza wobec udziału podwykonawców w realizacji głównej części zamówienia. [...] W sytuacji gdy Zamawiający ma świadomość potrzeby zabezpieczenia usługi transportowej umowami zawieranymi z podmiotami zewnętrznymi, decyzja o wyborze formuły in-house do wykonania zadania własnego gminy nie może być uznana za dopuszczalną. W ocenie składu orzekającego nie stanowi przeszkody formalnej dla oceny decyzji o wyborze trybu sposób ujęcia przesłanek w art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy, które należy czytać łącznie z całością przepisów regulujących in-house. W przeciwnym wypadku prowadziłoby to do niezgodnych z celem Ustawy stanów, w których pod pretekstem in-house faktycznie realizacja zadania własnego gminy byłaby udziałem podmiotów zewnętrznych w zakresie głównego przedmiotu zamówienia”.*

Warto w tym miejscu odnotować, że wyrok ten został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, który oddalił obie skargi, stwierdzając w uzasadnieniu m.in.: *„Wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia jest założeniem, że podmiot otrzymujący zamówienie wewnętrzne jest samodzielnie zdolny do jego realizacji. W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której zamawiający podzlecałiby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień. Jak bowiem wskazano w poprzedniej części uzasadnienia, taka praktyka pozostawałaby w sprzeczności z wyjątkowym charakterem rozwiązania przyjętego w omawianych przepisach prawa zamówień publicznych oraz naruszałaby zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług i robót budowlanych przez zamawiających i podmioty przez nich kontrolowane. Należy wskazać, iż podstawą i celem przedstawionych*

regulacji jest ochrona konkurencyjności.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 21.10.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 98/22).

Reasumując, z przywołanych przepisów i orzecznictwa wynika, że wykonywanie kluczowych części zamówienia przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia jest jedną z przesłanek dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004. Dopuszczenie powierzenia wykonania tychże kluczowych części podmiotom zewnętrznym powoduje, że zamówienie traci przymiot „wewnętrznego” i nie może być udzielone w ww. trybie. Dlatego też okoliczności zaistniałe w niniejszej sprawie potwierdzają zasadność naruszeń stwierdzonych w informacji o wyniku kontroli.

Izba nie podzieliła jednocześnie stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym ww. zamówienie mogło zostać udzielone bez stosowania przepisów ustawy Pzp2004 z uwagi na przyjęty w orzecznictwie pogląd, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego, powołanej na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga w ogóle zawarcia umowy.

W pierwszej kolejności za zasadną należy uznać argumentację przedstawioną w odpowiedzi na zastrzeżenia, odwołującą się do definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp2004. W świetle ww. przepisu, jak też art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej, niewątpliwie Zamawiający zawarł z wykonawcą GZK odpłatną umowę w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza to działanie samego Zamawiającego, który w celu zawarcia umowy z dnia 31.12.2020 r. zastosował przecież art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 prowadząc postępowanie w trybie z wolnej ręki.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na orzecznictwo, na które powołał się Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, tj. wyrok NSA z 11.08.2005 r. o sygn. akt II GSK 105/05 oraz wyrok WSA w Warszawie z 10.11.2005 r. o sygn. akt SA/Wa 2445/05. Pierwsze z ww. orzeczeń dotyczy postępowania wszczętego jeszcze na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r., drugie zaś – postępowania z 2005 r. Oba ww. orzeczenia dotyczą zatem postępowań wszczętych przed wejściem w życie przepisów określających tryb udzielania zamówień „wewnętrznych”, czyli zamówień udzielanych przez zamawiających zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp2004 osobom prawnym, nad którymi zamawiający ci sprawują określoną w ustawie kontrolę. Przepisy te, wprowadzone ustawą z dnia 22.06.2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) nie obowiązywały w czasie wydania ww. wyroków, zatem nie mogły być w nich uwzględnione i dlatego, w ocenie Izby, nie mogą być zasadnie powoływane w przedmiotowej sprawie.

Wobec powyższego brak jest podstaw do uwzględnienia wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń, a ocenę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o naruszeniu przepisów art. 36a ust. 2 pkt 1 i ust. 2a oraz art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 należy uznać za zasadną.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

.....

.....