

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z 29 lipca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 2 lipca 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest: Gmina Drezdenko, Warszawska 1, 66–530 Drezdenko, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego w dniu 13 grudnia 2018 r., którego przedmiotem było administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie gminy Drezdenko

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Członkowie: Daniel Konicz**

**Piotr Kozłowski**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 22 czerwca 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie.

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną postępowania o udzielenia zamówienia wszczętego 13 grudnia 2018 r., którego przedmiotem było administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie gminy Drezdenko.

Pismem z 22 czerwca 2020 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.5.2020.MK KND/25/20/DKZP) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 166 ust. 1 i art. 165 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej także „Pzp”, poinformował Zamawiającego, tj. Gminę Drezdenko z siedzibą w Drezdenku (dalej: „Zamawiający”) o wynikach kontroli doraźnej.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

- 1) art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych;
- 2) art. 67 ust. 13 pkt 1 Pzp przez niezamieszczenie w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy informacji o udzieleniu zamówienia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej;
- 3) art. 139 ust. 2 Pzp przez realizację umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 6 lutego 2019 r. bez zachowania wymaganej formy pisemnej.

W uzasadnieniu Protokołu kontroli doraźnej Kontrolujący wskazał:

Ad. 1)

6 lutego 2019 r. Zamawiający – Gmina Drezdenko zawarł umowę nr GG.7021.7.11.2018 z Wykonawcą Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Drezdenku (dalej: „PGKiM Sp. z o.o.”) w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usług w zakresie: administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Drezdenko po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67

ust. 1 pkt 12 Pzp. W punkcie 4 protokołu postępowania zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, iż podstawę prawną udzielenia zamówienia stanowią przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż Gmina Drezdenko będąc jednostką samorządu terytorialnego należy do grona jednostek, która zamierza udzielić zamówienia spółce prawa handlowego, spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego KRS: 0000179426 posiadającej osobowość prawną oraz spełniającej łącznie warunki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12, oraz w art. 67 ust. 10 pkt 2 Pzp. PGKiM Sp. z o.o. jest spółką, gdzie do Gminy Drezdenko należy 88,77% udziałów. Pozostali udziałowcy należą do grupy, o której mowa w art. 67 ust. 10 pkt 2 (udział pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadający łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu).

Przedmiotem działalności m.in. są:

- A. 68.32.Z Usługi zarządzania nieruchomościami świadczone na zlecenie,
- B. 81.29.Z Pozostałe sprzątanie,
- C. 81.30.Z Działalność usługowa, związana z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Spółka spełnia łącznie warunki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz w art. 67 ust. 10 pkt 2 Pzp. Jednocześnie Zamawiający w piśmie z 5 czerwca 2020 r. oświadczył, iż Gmina Drezdenko w poprzedniej kadencji jej władz (2014–2018) zawierała umowy w trybie in-house (tj. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych) ze spółką komunalną PGKiM Sp. z o.o., w której Gmina Drezdenko dysponuje ponad 85% udziałów (...). Dokonane wówczas analizy i opinie prawne, interpretacje obowiązujących przepisów w odniesieniu do ustalonego stanu faktycznego pozwoliły przyjąć, iż spełnione są wszystkie trzy przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na rzecz spółki z większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego. Na taką możliwość wskazywała opinia prawna sporządzona w grudniu 2017 r. przez adwokata Z. H., który nie widział przeciwwskazań dla zawarcia takiej umowy. (...) Również sama spółka PGKiM Sp. z o.o. dwukrotnie oświadczała, iż spełnia wszystkie przesłanki do zastosowania udzielenia zamówienia w trybie in-house.

Pomimo jednoznacznej opinii prawnej mec. Z.H. oraz zdecydowanych oświadczeń spółki PGKiM Sp. z o.o. w przedmiocie spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt. 12 – po zmianie na stanowisku burmistrza Drezdenka, a także po zmianie podmiotu wykonującego stałą obsługę prawną – możliwość takiego udzielenia zamówienia publicznego wzbudziła podejrzenia i została poddana dodatkowej analizie. Ponadto, Zamawiający wskazał, iż 1 kwietnia 2019 r. wydana została opinia prawna w tym przedmiocie przez radcę prawnego M. T. i radcę prawnego M. P. Wskazywała ona na poważne wątpliwości wobec możliwości zastosowania trybu in-house w stosunku do spółki PGKiM sp. z o. o.

Jak podkreślił Zamawiający, w myśl tej opinii – w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń – spółka ta spełniała tylko jedną przesłankę (art. 67 ust. 1 pkt. 12 Pzp a, w przypadku pozostałych – były wątpliwości). Te wątpliwości sprawiły, że odstąpiono od poglądu, który w poprzednich latach prowadził do udzielania zamówień publicznych w trybie in-house z pominięciem procedury przetargowej. Obecne władze Gminy Drezdenko stanęły na stanowisku, iż jeśli są jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie możliwości skorzystania z tego trybu – to z daleko posuniętej ostrożności należy z niego zrezygnować i przeprowadzić przejrzyste i konkurencyjne postępowanie przetargowe. Tak też się stało – wszystkie zamówienia dotychczas objęte umową in-house zostały udzielone w trybie przetargu nieograniczonego i Gminy Drezdenko nie wiąże obecnie żadna umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przekazał jednocześnie umowę nr GG.7021.2.3.9.2019 z 2 stycznia 2020 r. na administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Drezdenko, zawartą z PGKiM. Z powyższego wynika, że ten sam wykonawca – PGKiM – na wykonywanie analogicznego zadania w 2020 r. został wybrany w drodze przetargu nieograniczonego.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, 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.

Zgodnie zaś z treścią art. 67 ust. 8 Pzp, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do informacji przekazanych przez Zamawiającego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał:

W odniesieniu do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp, jak wskazano w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. „Współpraca publiczno–publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”: Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się przez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną (...). Przez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie etc.). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylenia tego marginesu swobody.

Analiza przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym umowy Spółki PGKiM Sp. z o.o. przemawia za uznaniem, iż Zamawiający sprawuje nad Wykonawcą PGKiM kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy PGKiM, co przejawia się m.in. w strukturze własnościowej ww. spółki, jak również w kompetencjach i strukturze jej organów. Tym samym

w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za spełnioną przesłankę wyrażoną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki, wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp, tj. wymogu, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, kluczowe jest wykazanie przez Zamawiającego, że 90% całkowitej działalności wykonawcy PGKiM dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego. W świetle powołanej powyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych:

Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Zgodnie zaś z art. 67 ust. 8 Pzp, aby obliczyć procent działalności, należało uwzględnić średni przychód osiągnięty z tej działalności za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Dane zawarte w informacji o przychodach ze sprzedaży usług za lata 2016, 2017 i 2018, przesłanych przez Zamawiającego i Wykonawcę PGKiM wskazują, iż działalność Wykonawcy, powierzona mu przez Zamawiającego, w latach 2016–2018 nie przekraczała 90% całkowitej działalności tego Wykonawcy. Z przedłożonych przez Wykonawcę i Zamawiającego wykazów przychodów ze sprzedaży usług wynika, iż w roku 2016 procentowy udział zadań powierzonych PGKiM wynosił 65,43%, w roku 2017 – 66,11%, natomiast w 2018 r. – 69,60%.

Nie można zatem uznać, że przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp została spełniona. Powyższe jest zgodne z wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w piśmie z 5 czerwca 2020 r.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c Pzp, należy podkreślić, że Zamawiający, wbrew spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki, nie wykazał, że w PGKiM nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Potwierdza to oświadczenie Zamawiającego w piśmie z 5 czerwca 2020 r., że w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń w stosunku do Wykonawcy PGKiM została spełniona tylko jedna przesłanka, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a, w przypadku pozostałych – były wątpliwości. Jak podkreślił Zamawiający, te wątpliwości sprawiły, że odstąpił on od poglądu, który w poprzednich latach prowadził do udzielania zamówień publicznych w trybie in-house z pominięciem procedury przetargowej. Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający przez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Drezdenku, któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Ad. 2)

Zamawiający w pkt 14 ppkt 2 protokołu postępowania wskazał, że informacja o udzieleniu zamówienia została zamieszczona na stronie Biuletynu Informacji Publicznej z 7-dniowym opóźnieniem, tj. 21 dni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wyjaśnił w protokole, że z uwagi na natłok spraw pracownicy Referatu GG nie przekazali w terminie 14 dni informacji o zawarciu umowy.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 13 pkt 1 Pzp, zamawiający niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej informację o:

- 1) udzieleniu zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12–15, zawierającą co najmniej:
  - a) nazwę i adres zamawiającego,
  - b) określenie przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia oraz wartości zamówienia,
  - c) nazwę i adres wykonawcy, z którym została zawarta umowa,
  - d) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia,
  - e) termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy,
  - f) informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 66 ust. 2, jeżeli zostało opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało opublikowane,
  - g) informację o terminie i miejscu zamieszczenia lub opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 95 ust. 1 i 2 [...].

Tym samym należy wskazać, iż Zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ww. informacji o udzieleniu zamówienia na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, którego to obowiązku Zamawiający nie zrealizował. Reasumując, Zamawiający przez zaniechanie zamieszczenia w ww. terminie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informacji o udzieleniu zamówienia naruszył przepis art. 67 ust. 13 pkt 1 Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 3)

Zgodnie z pkt 6 Informacji o zamiarze zawarcia umowy (RI.271.1.42.2018) planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy miał obejmować okres od dnia podpisania umowy,

jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2019 r. Umowa została zawarta 6 lutego 2020 r., jednak zgodnie z § 2 obowiązywała od 1 stycznia 2019 r. W piśmie z 23 lipca 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że ww. okoliczność wynika z daty przedłożenia umowy do podpisu Zastępcy Burmistrza Drezdenka, przy czym strony umowy pozostawały w zgodnym przekonaniu co do zawarcia umowy w formie pisemnej już 21 grudnia 2018 r.

Zamawiający przedstawił argumentację, w świetle której rygor formy pisemnej umowy spełnia protokół negocjacji. W tym zakresie niezbędnym jest dookreślenie, że w kontekście przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również Kodeksu cywilnego do złożenia zgodnych oświadczeń woli co do essentialia negotii umowy doszło dnia 21 grudnia 2018 r. Dokument został jednocześnie podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania zarówno spółki, jak i Gminy Drezdenko. Strony zgodnie zaakceptowały treść załącznika w postaci umowy, jak również wysokość miesięcznego wynagrodzenia. Protokół wraz z załącznikami spełnia wszelkie przesłanki umożliwiające uznanie go za umowę. Zamawiający dodał, iż powyższe potwierdzają okoliczności faktyczne sprawy – do realizacji umowy doszło 1 stycznia 2019 r. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że wykonawca PGKiM Sp.z o.o. jako profesjonalny przedsiębiorca, jak również Gmina Drezdenko miały świadomość, że protokół kontroli zastępuje ich zgodne oświadczenia woli złożone w formie pisemnej. Zaakceptowany i podpisany protokół z negocjacji zawiera wszelkie elementy konieczne umowy, w tym wysokość uzgodnionego wynagrodzenia, czas jej obowiązywania, jak też inne elementy obligatoryjne. Ponadto, o tym, że strony protokół uważają za umowę docelową należy uznać złożone oświadczenia np. co do wykonywania zamówienia z udziałem podwykonawców. Chęć podpisania umowy wskazana w treści protokołu stanowi wyłącznie potwierdzenie uzgodnień, bowiem strony wyraziły zgodę na wszelkie warunki ustalone w trakcie negocjacji i niezwłocznie przystąpiły do realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający podkreślił także, że umowa z 6 lutego 2019 r. ma charakter deklaratoryjny wobec oświadczeń woli złożonych w formie pisemnej w grudniu 2018 r. Potwierdza to także judykatura, w szczególności w treści art. 72 § 1 Kc przez stwierdzenie, że jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. Jak stanowi Protokół z negocjacji przeprowadzonych w dniu 21 grudnia 2018 r. strony wyrażają chęć podpisania umowy zgodnej z wzorem ustalonym podczas negocjacji. W Protokole tym znalazły się także ustalenia co do wynagrodzenia za realizację zamówienia. Z kolei w Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z 27 lutego 2019 r. w pkt. IV. 1) wskazano jako datę udzielenia zamówienia 6 lutego 2019 r.



W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z art. 139 Pzp:

1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Ponadto, jak stanowi art. 72 § 1 Kc jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

W świetle powyższych przepisów, co do zasady, umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia muszą być – pod rygorem nieważności – zawierane w formie pisemnej. Formę pisemną określają przepisy Kc. W świetle art. 78 § 1 Kc, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczające jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, a do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Należy zauważyć, że przepisy Pzp nie określają sposobu zawarcia umowy, również w przypadku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zgodnie z art. 68 ust. 1 Pzp wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Zatem należy przyjąć, że możliwe jest zawarcie umowy np. przez wymianę dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli (np. wypełnionego wzoru umowy, stanowiącego element dokumentacji postępowania), z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, choć w praktyce najczęściej dochodzi do złożenia podpisów przez obie strony na jednym dokumencie.

W tym kontekście istotna jest także interpretacja art. 72 Kc. W doktrynie wskazuje się, że mimo spełnienia wymogu dojścia do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy będących przedmiotem negocjacji, nie dojdzie do zawarcia umowy, jeśli strony zastrzegły np. że umowa będzie zawiązana w późniejszym terminie, lub że do jej zawarcia konieczne jest dokonanie określonej czynności lub dochowanie szczególnej formy.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając okoliczności postępowania, należy stwierdzić, że w postępowaniu tym nie doszło do zawarcia umowy w wymaganej prawem formie pisemnej przez jedynie podpisanie protokołu negocjacji. Przepisy prawa nie przewidują bowiem takiej formy zawarcia umowy. Za powyższym stanowiskiem przemawia także to, że w protokole z negocjacji przeprowadzonych w dniu 21 grudnia 2018 r. zostało wprost

stwierdzone, iż strony wyrażają chęć podpisania umowy zgodnej z wzorem ustalonym podczas negocjacji. Protokół ten nie mógł więc, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, stanowić umowy docelowej. Świadczy o tym również fakt, że w Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z 27 lutego 2019 r. w pkt. IV. 1) wskazano jako datę udzielenia zamówienia datę zawarcia umowy w formie pisemnej, tj. 6 lutego 2019 r.

Nie jest dopuszczalne uznanie, iż przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia zakończone zawarciem umowy w formie pisemnej w terminie późniejszym aniżeli faktyczne udzielenie zamówienia i rozpoczęcie jego realizacji stanowi okoliczność konwalidującą umowę zawartą w formie ustnej, jak również sanującą pierwotne naruszenie popełnione przez Zamawiającego. Podkreślić należy także, iż Pzp nie zna instytucji potwierdzenia faktu rozpoczęcia realizacji zamówienia przed zawarciem umowy w formie pisemnej.

Skutkiem powyższego Zamawiający, przez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po rozpoczęciu jej faktycznej realizacji, a więc bez zachowania formy pisemnej, naruszył przepis art. 139 ust. 2 Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2 lipca 2020 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami i wnioskami Kontrolującego w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 2 Pzp przez realizację umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 6 lutego 2019 r. bez zachowania wymaganej formy pisemnej. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że ww. okoliczność wynika z daty przedłożenia umowy do podpisu Zastępcy Burmistrza Drezdenka, przy czym strony umowy pozostawały w zgodnym przekonaniu co do zawarcia umowy w formie pisemnej już 21 grudnia 2018 roku. Rygor formy pisemnej umowy spełnia protokół negocjacji. W tym zakresie niezbędnym jest dookreślenie, że w kontekście przepisów Pzp, jak również Kc do złożenia zgodnych oświadczeń woli co do essentialia negotii umowy doszło 21 grudnia 2018 roku. Dokument został jednocześnie podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania zarówno spółki, jak i Gminy Drezdenko. Strony zgodnie zaakceptowały treść załącznika w postaci umowy, jak również wysokość miesięcznego wynagrodzenia. Protokół wraz z załącznikami spełnia wszelkie przesłanki umożliwiające uznanie go za umowę. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że dokonując wykładni i interpretacji dokumentu, w tym również protokołu należy w pierwszej kolejności badać nie tyle samą jej treść, ale zgodny zamiar stron. Na podstawie protokołu negocjacji z 21 grudnia 2018 r. strony zgodnie doszły do porozumienia, że za umówionym wynagrodzeniem, jak również w określonych terminach będzie następowało świadczenie usług w zakresie administrowania i zarządzania cmentarzami na terenie Gminy Drezdenko. Potwierdzają to także okoliczności faktyczne sprawy, w których do realizacji umowy doszło już 1 stycznia

2019 roku. Dodatkowo należy podkreślić, że PGKiM Sp. z o.o. z siedzibą w Drezdenku jako profesjonalny przedsiębiorca, jak również Gmina Drezdenko miały świadomość, że protokół zastępuje ich zgodne oświadczenia woli złożone w formie pisemnej. Zaakceptowany i podpisany protokół z negocjacji zawiera wszelkie elementy konieczne umowy, w tym wysokość uzgodnionego wynagrodzenia, czas jej obowiązywania, jak też inne elementy obligatoryjne. Ponadto o tym, że strony protokół uważają za umowę docelową należy uznać złożone oświadczenia np. co do wykonywania zamówienia z udziałem podwykonawców. Chęć podpisania umowy wskazana w treści protokołu stanowi wyłącznie potwierdzenie uzgodnień, bowiem strony wyraziły zgodę na wszelkie warunki ustalone w trakcie negocjacji i niezwłocznie przystąpiły do realizacji przedmiotu umowy. Należy mieć także na uwadze, że w toku niniejszego postępowania spełniony został rygor pisemności przed przystąpieniem do realizacji umowy, przy czym umowa z dnia 6 lutego 2019 roku ma charakter deklaratoryjny wobec oświadczeń woli złożonych w formie pisemnej w grudniu 2018 roku. Potwierdza to także judykatura, w szczególności w treści art. 72 § 1 Kc przez stwierdzenie, że jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. Zamawiający nie kwestionował ustaleń Zamawiającego dotyczących zarzutów nr 1 i 2, tj. zarzutów naruszenia:

- 1) art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych;
- 2) art. 67 ust. 13 pkt 1 Pzp przez niezamieszczenie w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy informacji o udzieleniu zamówienia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej;

16 lipca 2020 r. pismem DKZP.WKZ3.442.5.2020.MK Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie. Argumentacja dotycząca zarzutu nr 3 przedstawiona w Protokole kontroli doraźnej została w całości podtrzymana.

Wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej podniesionych w piśmie Zamawiającego z 2 lipca 2020 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Uwzględniając treść dokumentacji z przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej następczej oraz treść Zastrzeżeń Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej DKZP.WKZ3.442.5.2020.MK KND/25/20/DKZP z 22 czerwca 2020 r., Izba zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego, podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W ocenie Izby zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 139 ust. 2 Pzp przez realizację umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 6 lutego 2019 r. bez zachowania wymaganej formy pisemnej.

Izba stwierdziła, że kontrolujący prawidłowo ustalił stan faktyczny związany z kontrolowanym postępowaniem o udzielenie zamówienia, a „Informacja o wyniku kontroli doraźnej” (pismo DKZP.WKZ3.442.5.2020.MK KND/25/20/DKZP z 22 czerwca 2020 r.) w sposób jasny i zrozumiały uzasadniała zajęte przez kontrolującego stanowisko.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia Izba ustaliła co następuje:

1. Negocjacje dotyczące możliwości udzielenia zamówienia odbyły się 21 grudnia 2018 r. pomiędzy Zamawiającym – Gminą Drezdenko i zaproszonym do negocjacji wykonawcą – PGKiM Sp. z o.o. W wyniku negocjacji i osiągniętego porozumienia co do kształtu i warunków realizacji zamówienia strony podpisały protokół z negocjacji o następującej treści:

„Ustalenia z przeprowadzonych negocjacji:

- strony wyrażają chęć podpisania umowy zgodnie z wzorem ustalonym podczas negocjacji,
- strony uzgadniają, że PGKiM otrzyma wynagrodzenie za:
  - wykonanie zadania własnego gminy w zakresie administrowania i zarządzania cmentarzami komunalnymi wynoszące miesięcznie 18.745,00 zł netto + należny podatek tj.: 23.056,35 zł brutto, (podczas negocjacji wykonawca uzasadnił wzrost dotychczasowej stawki o 15% z tytułu wzrostu kosztów pracy tj. 16.300,00 zł x 15% –18.745,00zł)
  - wynagrodzenie za wycinkę drzew 32.472,00 brutto,
  - opłaty za wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych w wysokości 194.400,00 zł netto + należny podatek VAT 8% 15.552,00 zł. tj. 209.952,00 zł brutto (...).

Wykonawca oświadcza że zamówienie wykona z udziałem podwykonawców. Wykonawca powierzy podwykonawcy część zamówienia mającą charakter pomocniczy tj. wycinkę drzew. Wykonawca wybierze Podwykonawców zgodnie z Ustawą PZP.

Protokół sporządzono w dwóch egzemplarzach — po jednym dla każdej ze stron”.

2. 6 lutego 2019 r. między Zamawiającym, a PGKiM Sp. z o.o. została zawarta Umowa nr GG.7021.7.11.2018. W odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia § 1 pkt 3 wskazywał:

„Gmina zleca PGKiM wykonanie zadania własnego w zakresie administrowania i zarządzania cmentarzami komunalnymi :

- 1) Cmentarz w Drezdenku przy ul. Kopernika nr ewidencyjny gruntu 1243 obręb Drezdenko (54.500 m<sup>2</sup>). Wyposażony w obiekty, media: ogrodzenie z kamienia, bramy 3 szt. kaplicę, pergole pod pojemniki na odpady komunalne 5 szt. wraz z utwardzeniem terenu, pomnik przy alei zasłużonych, chodniki, ławki drewniane z oparciem – 5 szt., tablicę informacyjną, oświetlenie cmentarza, 2 grobowce przeznaczone na ossuarium, zdroje uliczne – 5 szt., krzyż drewniany.
  - 2) Cmentarz w Trzebiczu nr ewidencyjny gruntu 377 (9.500 m<sup>2</sup>), obręb Trzebiecz. Wyposażony w obiekty, media: kaplicę, źródł uliczny, ogrodzenie z cegły i siatki, 2 bramy, utwardzoną aleję o pow. 120 m<sup>2</sup>, krzyż drewniany, tablicę informacyjną.
  - 3) Cmentarz w Gościmiu nr ewidencyjny gruntu 325 (6.500 m<sup>2</sup>), obręb Gościm. Wyposażony w obiekty, media: ogrodzenie z siatki, 2 bramy wjazdowe, krzyż drewniany, źródł uliczny, tablicę informacyjną.
  - 4) Cmentarz w Goszczanowcu nr ewidencyjny gruntu 264 (6.400 m<sup>2</sup>) obręb Goszczanowiec. Wyposażony w obiekty, media: ogrodzenie cmentarza, krzyż metalowy w ogrodzeniu, ujęcie wody ze studni, bramę wjazdową, tablicę informacyjną”.
3. § 1 pkt 4 Umowy zawierał szczegółowe regulacji dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego. Żadna z tych regulacji nie znalazła odzwierciedlenia w treści przytoczonego wyżej protokołu z negocjacji z 21 grudnia 2018 r.
  4. 27 lutego 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowane zostało Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 510037846–N–2019. W sekcji IV ogłoszenia – „Udzielenie zamówienia”, w punkcie IV.1 zawarta została informacja, że do udzielenia zamówienia doszło 6 lutego 2019 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP wyrażone w piśmie DKZP.WKZ3.442.5.2020.MK KND/25/20/DKZP z 16 lipca 2020 r., stanowiącym odpowiedź Kontrolującego na ww. zastrzeżenia oraz wskazuje co następuje:

Zgodnie z art. 139 ustawy Pzp:

1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

W myśl powyższych przepisów, co do zasady, umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia muszą być – pod rygorem nieważności – zawierane w formie pisemnej. Formę pisemną umowy określają przepisy Kodeksu cywilnego które, zgodnie z ww. przepisem, należy stosować do umów w sprawach zamówień publicznych.

W świetle ustalonych faktów wątpliwości nie budzi, że umowa między Zamawiającym, a wykonawcą PGKiM Sp. z o.o. zawarta została 6 lutego 2019 r. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego protokół z negocjacji z 21 grudnia 2018 r. nie nosi cech, które pozwalałyby uznać, że przedstawiciele stron, podpisując protokół tym samym zawarły pisemną umowę na realizację przedmiotu zamówienia.

Treść protokołu, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie zawiera wszystkich elementów dających podstawę do uznania go za umowę zawartą w sposób zgodny z art. 78 § 1 Kc, który stanowi, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczające jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, a do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany.

Co istotne, Zamawiający miał pełną świadomość, że datą rzeczywistego zawarcia umowy był 6 lutego 2019 r., a nie 21 grudnia 2018 r. – do takiego wniosku Izba doszła w oparciu o treść ogłoszenia o zamówieniu 510037846–N–2019 z 27 lutego 2019 r., gdzie Zamawiający jako datę udzielenia zamówienia wskazał 6 lutego 2019 r.

W ocenie Izby protokół z negocjacji z 21 grudnia 2018 r. nie stanowi zgodnego oświadczenia woli stron, a jest jedynie wyrazem woli zawarcia umowy o treści ustalonej w toku negocjacji między stronami. Umowa ta nabrała jednak wymaganej art. 139 ust. 2 Pzp formy pisemnej ad solemnitatem dopiero 6 lutego 2019 r., co potwierdza w konsekwencji, że ustalenia Prezesa Urzędu były prawidłowe. Izba uznała zatem, że zastrzeżenia Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia wskazanych wyżej przepisów nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....