

Sygn. akt KIO/KD 2/24

Warszawa, dnia 5 marca 2024 roku

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Małgorzata Matecka

Aneta Młacka

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych 13 lutego 2024 roku (pismem z dnia 13/02/24) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Gminę Bielsko - Biała od wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2024 roku (znak: KND/152/21/DKZP) w sprawie udzielania przez Gminę Bielsko - Biała zamówień na letnie oczyszczanie miasta przekazanej przy piśmie z dnia 31/01/24

wyraża opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Gminy Zgierz Bielsko – Biała zgłoszone 13 lutego 2024 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2024 roku (znak: KND/152/21/DKZP)

nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych W informacji o wyniku kontroli doraźnej nr KND/152/21/DKZP podał w punkcie 2.:

„Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 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 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W uzasadnieniu wskazał: (...)

W dniu 3 kwietnia 1995 r. Gmina Bielsko - Biała zawarła z Zakładem Oczyszczania Miasta w Bielsku - Białej następujące umowy:

- 1) umowę nr 1/95 (GM-53/95) na prace związane z likwidacją dzikich wysypisk oraz porządkowanie miejsc znajdujących się na terenie miasta Bielsko - Białej;
- 2) umowę nr 2/95 (GM-52/95) na roboty związane z letnim oczyszczaniem miasta w zakresie obejmującym mechaniczne zmiatanie jezdni zmiatarkami ulicznymi oraz mechaniczne mycie jezdni polewarkami;
- 3) umowę nr 4/95 (GM - 54/95) na prace związane z wywozem nieczystości stałych z terenu Gminy Bielsko - Biała;
- 4) umowę nr 5/95 (GM 56/95) na prace czystościowo — porządkowe związane z utrzymaniem czystości chodników, placów i schodów oraz przystanków autobusowych MZK, a także opróżniania znajdujących się tam koszy.

W dniu 16 listopada 1998 r. pomiędzy powyżej wymienionymi stronami zostały zawarte następujące aneksy:

- 1) aneks nr 1 do umowy nr 1/95 na podstawie którego uzupełniono umowę o pkt 2: prace określone w pkt 1 polegają na usunięciu śmieci, zanieczyszczonej ziemi, gruzu, odpadów komunalnych oraz innych zanieczyszczeń ze wskazaniem terenu i wywiezienie ich na wysypisko. Ponadto, ustalono koszt likwidacji dzikiego wysypiska;
- 2) aneks nr 1 do umowy nr 2/95, w którym ustalono, że zleceniobiorca wykona na podstawie pisemnych poleceń wystawionych w imieniu Zleceniodawcy przez naczelnika Wydziału Gospodarki Miejskiej i Ochrony Środowiska

określających zakres poszczególnych robót i termin ich realizacji. Ponadto, ustalono nowe ceny brutto za mechaniczne zmiatanie jezdni oraz mechaniczne mycie jezdni;

3) aneks nr 1 do umowy nr 4/95 w którym ustalono nowe brzmienie S 1 umowy: Zleceniodawca zleca a Zleceniobiorca przyjmuje do wykonania prace związane z wywozem nieczystości stałych z miejsc wskazanych przez Zleceniodawcę. Ponadto, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do ustawienia w wyznaczonych miejscach kontenerów sprawnych technicznie i w odpowiednim stanie sanitarnym oraz do usuwania za dodatkową opłatą odpadów gromadzonych obok kontenera z przyczyn nie zawinionych przez zleceniobiorcę. Ustalono także nowe stawki za wywóz nieczystości.

4) aneks nr 1 do umowy nr 5/95 w którym § 1 umowy uzyskał nowe brzmienie: Zleceniodawca zleca a Zleceniobiorca przyjmuje do wykonania prace czystościowo porządkowe związane z

utrzymaniem czystości chodników, placów i schodów. Ponadto, ustalono koszty związane z: ręcznym zmiataniem, mechanicznym zmiataniem, ręcznym załadunkiem odpadów oraz przyjęciem odpadów na wysypisko.

W dniu 1 lutego 1999 r. został zawarty aneks nr 2 do umowy nr 2/95 ustalający nowe ceny brutto za mechaniczne zmiatanie jezdni oraz mechaniczne mycie jezdni.

W dniu 15 marca 2001 r. do ww. umów zostały zawarte aneksy zobowiązujące Wykonawcę do wykonywania prac własnymi siłami, bez udziału podwykonawców.

W dniu 24 września 2021 r. Gmina Bielsko - Biała podpisała z Wykonawcą letniego oczyszczania miasta porozumienie rozwiązujące z dniem 31 marca 2022 r. ww. umowy.

Niniejsza kontrola obejmuje okres od lipca 2017 r. do dnia wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego (30 lipca 2021 r.) w zakresie dokumentów dotyczących zlecenia usług letniego oczyszczania miasta, w szczególności zleceń/faktur wystawionych na podstawie umów zawartych w roku 1995 r..

W tym miejscu należy wskazać, iż potrzeba opracowania i przyjęcia regulacji określającej zasady wydatkowania środków publicznych pojawiła się już w 1991 r., kiedy to rozpoczęto prace nad przygotowaniem projektu ustawy o zamówieniach publicznych. Miała to być całkiem nowa regulacja zgodna z normami międzynarodowymi oraz uwzględniająca potrzeby zmieniającej się polskiej gospodarki. Ustawa o zamówieniach publicznych została uchwalona 10 czerwca 1994 r. i zaczęła obowiązywać od 1 stycznia 1995 r. z pewnymi wyjątkami.

Od tego momentu system zamówień publicznych ulegał licznym modyfikacjom, był rozbudowywany i umacniany. Zmiany te wynikały z konieczności dostosowania przepisów do nowych warunków społecznych i gospodarczych, a także do zmian zachodzących w Unii Europejskiej. Ustawa regulowała zasady wydatkowania środków publicznych i objęła swoim zakresem wydatkowanie wszystkich publicznych pieniędzy począwszy od przysłowiowej złotówki. Rozluźnienia tego rygoryzmu dokonano dopiero nowelizacją z 1995 r. wprowadzając przesłankę stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli wartość zamówienia nie przekraczała kwoty 1.000 ECU. Obowiązek stosowania ustawy powstawał, gdy zachodziły jednocześnie trzy przesłanki: zamówienie było udzielane przez podmiot wskazany w ustawie, podczas realizacji zamówienia wydatkowano środki publiczne oraz przedmiotem zamówienia były dostawy, usługi lub roboty budowlane. Najbardziej znaczące nowelizacje dokonane zostały w latach: 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003. Kolejne nowelizacje uszczegóławiały przebieg postępowania, konkretyzowały wymagania, stanowiły o nowych prawach i obowiązkach stron, zmierzając do ustalenia właściwych proporcji w prawach i obowiązkach stron - zamawiającego i wykonawcy. Szczególnym dla systemu prawnego zamówień publicznych był rok 2001. Dwie duże nowelizacje - projekt rządowy i projekt poselski wprowadziły ważne dla systemu zamówień publicznych uregulowania. W tym czasie wyeliminowano możliwość stosowania kryteriów podmiotowych przy ocenie ofert,

wprowadzono obowiązek publikacji ogłoszeń o przetargach na stronach internetowych oraz wprowadzono dolny próg stosowania ustawy od 3.000 Euro. Zwiększono kwotę progową z 20 000 do 30 000 Euro, wprowadzono zapisy dotyczące komisji przetargowej oraz instytucję skargi do sądu okręgowego na wyrok arbitrów. Wtedy też ustanowiono przepisy będące podstawą zamówień sektorowych. Konsekwentnie w kolejnych nowelizacjach poszerzaniu podlegała jedna z najistotniejszych zasad obowiązujących przy udzielaniu zamówień - jawność postępowania. Od jawności protokołu, poprzez jawność ofert aż po jawność umów w sprawach zamówień. Warto dodać, że regulacja z 2002 r. wprowadziła dolną kwotę progową stosowania ustawy wynoszącą 6 000 Euro. Zmiany przepisów ustawowych nie pozostawały bez wpływu na relacje między zamawiającym a wykonawcą. Rynek, na którym dominował zamawiający ewaluował w kierunku wyrównania pozycji stron postępowania. Szczególnie widoczne jest to w kontekście możliwości obserwowania działań podejmowanych przez zamawiającego i wnoszenia środków ochrony prawnej. W marcu 2004 r. weszła w życie nowa ustawa Prawo zamówień Publicznych. Umocniono w niej i rozwinięto podstawowe zasady w tym przede wszystkim zasadę jawności. Zobowiązano zamawiającego do ujawnienia jeszcze przed otwarciem ofert kwoty, jaką może on przeznaczyć na realizację zamówienia. Wprowadzono decentralizację systemu zamówień publicznych poprzez przeniesienie szeregu kompetencji decyzyjnych na rzecz zamawiającego. Wprowadzenie ustawowej regulacji dotyczącej zamówień publicznych spowodowało zracjonalizowanie gospodarki środkami publicznymi w warunkach gospodarki rynkowej. Przyczyniło się do ograniczenia zjawisk patologicznych. Wpłynęło na pozyskanie społecznego zaufania dla sposobów wydatkowania pieniędzy publicznych. Pełna jawność postępowania sprawiła, że każdy zainteresowany może śledzić procedurę kontraktowania środków, wskazywać nieprawidłowości czy zaniechania. Fakt, że wydatkowanie nieomal każdego grosza odbywa się przy otwartej kurtynie dyscyplinuje zamawiających. Dla przedsiębiorców szczególnie ważne było to, że z dniem wejścia w życie ustawy powstał rynek zamówień publicznych, który dynamicznie się rozwija i staje się coraz bardziej konkurencyjny. Zatem, zamówienia publiczne powinny przebiegać

zgodnie ze szczegółowo określoną w ustawie procedurą. Jednocześnie istnieje kilka fundamentalnych zasad, które służą ochronie wykonawców, tj. zasada równego traktowania wykonawców, zasada zapewniania uczciwej konkurencji, zasada bezstronności i obiektywizmu, zasada legalizmu, zasada jawności, zasada pisemności postępowania, zasada pierwszeństwa trybów przetargowych. Dzięki nim może zostać zapewniony prawidłowy tok postępowania.

W tym kontekście należy zauważyć, że Gmina Bielsko - Biała nieprzerwanie od 1995 r. zlecała wykonywanie wszelkiego rodzaju usług porządkowych na terenie miasta Bielsko - Białej bez stosowania przepisów ustaw dotyczących zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga fakt że przepisy ustaw umożliwiły Zamawiającym, po spełnieniu ustawowych przesłanek, przeprowadzenie postępowań w różnych trybach udzielania zamówień. Gmina Bielsko —

Biała nie wykazała prób zlecenia przedmiotowych usług na podstawie jakiegokolwiek trybu.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że przez wiele lat nie podjęto działań legalizujących sposób udzielania zleceń na letnie oczyszczania miasta czy podjęcie czynności zapewniających zachowanie fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, aż do momentu przedmiotowej kontroli. Należy zauważyć, że od roku 2022, tj. po rozwiązaniu przedmiotowych umów, Zamawiający wszczął postępowania o udzielenie zamówienia na usługi w zakresie sprzątnięcia i zamiatania ulic na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 11 sierpnia 2021 r. podkreślał, że podstawę prawną kontynuowania umów z 1995 r. stanowią m.in. odpowiednio:

- art. 95 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych,

Do zamówień ze środków publicznych rozpoczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

- art. 1 pkt. 46 oraz art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych,

Umowy w sprawach zamówień publicznych nie mogą być zawierane na czas nieoznaczony. Zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata wymaga wcześniejszej zgody Prezesa Urzędu.

Umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostają w mocy, z tym że rozszerzenie ich zakresu przedmiotowego lub zmiana stron umowy nie są możliwe.

- art. 220 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, Do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz postępowań odwoławczych i kontrolnych, które ich dotyczą, stosuje się przepisy dotychczasowe.
- art. 91 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo Zamówień Publicznych.

Do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, zawartych:

- 1) przed dniem 1 stycznia 2021 r.,
- 2) po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.

- stosuje się przepisy dotychczasowe.

Niemniej jednak, należy zauważyć, że w przepisach przejściowych reguluje się wpływ nowej albo znowelizowanej ustawy na stosunki powstałe pod działaniem ustawy albo ustaw dotychczasowych bez względu na to, czy do tych stosunków zamierza się stosować przepisy dotychczasowe, przepisy nowe czy przepisy regulujące ten wpływ w sposób odmienny od przepisów dotychczasowych i przepisów nowych.

Przepisy przejściowe kolejnych zmian ustaw czy ustaw dotyczących zamówień publicznych

nie legalizowały kontynuowania umów zawartych na czas nieoznaczony przed wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r., lecz określały czy zachowuje się uprawnienia i obowiązki oraz kompetencje powstałe w czasie obowiązywania uchylanych albo wcześniej uchylonych przepisów oraz czy skuteczne są czynności dokonane w czasie obowiązywania tych przepisów.

W tym miejscu należy podkreślić, że Gmina Bielsko - Biała podpisała umowy dotyczące letniego oczyszczania miasta przed wejściem przepisów normalizujących zawarcie umów o zamówienie publiczne (zamówienia na roboty budowlane, dostawy oraz wykonywanie usług opłacane ze środków publicznych w całości lub w części).

Ponadto, należy podnieść, że zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostają w mocy, z tym że rozszerzenie ich zakresu przedmiotowego lub zmiana stron nie są możliwe.

Jednocześnie należy wskazać, że stosownie do treści art. 220 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy, czyli przed

dniem 2 marca 2004 r. należało stosować przepisy dotychczasowe. Ogólna zasada wynikająca z art. 220 ust. 2 ustawy Pzp2004 wyraźnie wskazuje, iż umowy o zamówienie publiczne zawarte przed dniem wejścia w życie prawa zamówień publicznych są nadal ważne i obowiązujące. Umowa taka może być realizowana do czasu upływu ważności tej umowy lub wyczerpania jej przedmiotu na zasadach dotychczasowych - to znaczy zasadach ogólnych kodeksu cywilnego oraz postanowień treści umowy. Obowiązek stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych pojawia się w chwili gdy zamawiający chce wykroczyć z zakresem prac poza przedmiot zamówienia określony w uprzednio zawartej umowie np. poprzez zwiększenie ilości realizacji prac. Mamy wtedy do czynienia z nowym zamówieniem publicznym. Jego udzielenie powinno być dokonane zgodnie z procedurami - ustawy Prawo zamówień publicznych.

W udzielonych pismem z dnia 28 lutego 2022 r. wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, że na przestrzeni lat nie tylko nie zmienił się zakres tych umów (wszystkie działania podejmowane w ich ramach obejmowały bowiem teren znajdujący się w granicach administracyjnych miasta Bielsko-Biała - bez precyzowania w umowach konkretnych ulic, a które to granice administracyjne na przestrzeni lat de facto nie uległy zmianie), ale co więcej, realizacja zadań wynikających z umów, była niewątpliwie wysoce opłacalna dla Gminy Bielsko-Biała jako zamawiającego, a więc i korzystna z punktu widzenia finansów publicznych, a co potwierdzały dokonywane przez Gminę analizy i kalkulacje finansowe.

Niemniej jednak należy podnieść, że nawet w przypadku braku zmian granic administracyjnych struktura miejska miasta Bielsko - Biała na przestrzeni około 25 lat ulegała zmianom. Biorąc pod uwagę jedynie okres objęty kontrolą, a więc lata 2017 - 2021, Zamawiający Gmina Bielsko

- Biała w granicach administracyjnych miasta wybudowała, rozbudowała czy zmodernizowała szereg ulic i chodników oraz tras rowerowych:

Nr ogłoszenia którego dot. inwestycja	Data rozpoczęcia	Data zakończenia
Ogłoszenie nr 2021/BZP 00132578/01 z dnia 2021-07-30	22.11.2021	19.08.2022
Ogłoszenie nr 2021/BZP 00083266/01 z dnia 2021-06-15	02.08.2021	05.11.2021
Ogłoszenie nr 777424-N-2020 z dnia 31.12.2020 r	05.03.2021	14.05.2021
Ogłoszenie nr 774936-N-2020 z dnia 30.12.2020 r.	11.08.2021	20.09.2023
Ogłoszenie nr 569352-N-2020 z dnia 2020-08-03 r.	21.09.2020	08.12.2020
Ogłoszenie nr 563475-N-2020 z dnia 2020-07-17 r.	02.10.2020	30.06.2021
Ogłoszenie nr 543808-N-2020 z dnia 2020-05-26 r.	30.07.2020	30.11.2020
Ogłoszenie nr 531805-N-2020 z dnia 2020-05-08 r.	29.07.2020	30.04.2021
Ogłoszenie nr 517289-N-2020 z dnia 2020-02-28 r	29.04.2020	09.12.2020
Ogłoszenie nr 518596-N-2020 z dnia 2020-03-04 r.	16.06.2020	31.08.2021
Ogłoszenie nr 510863-N-2020 z dnia 2020-02-10 r.	04.05.2019	04.12.2020
Ogłoszenie nr 593737-N-2019 z dnia 2019-09-05 r	13.07.2020	12.08.2020
	08.10.2019	02.11.2019
	11.10.2019	07.11.2019
	23.10.2019	15.11.2019
Ogłoszenie nr 594511-N-2019 z dnia 2019-09-06 r.	25.08.2020	11.12.2020
Ogłoszenie nr 588654-N-2019 z dnia 2019-08-22 r.	26.11.2019	03.08.2020
Ogłoszenie nr 581538-N-2019 z dnia 2019-08-02 r.	12.09.2019	10.12.2019
Ogłoszenie nr 583012-N-2019 z dnia 2019-08-06 r.	07.10.2019	10.12.2019
Ogłoszenie nr 580117-N-2019 z dnia 2019-07-31 r.	21.10.2019	03.07.2020
Ogłoszenie nr 555697-N-2019 z dnia 2019-06-03 r.	12.08.2019	10.10.2019
Ogłoszenie nr 549578-N-2019 z dnia 2019-05-21 r.	30.07.2019	05.05.2020
Ogłoszenie nr 543311-N-2019 z dnia 30.04.2019 r.	17.06.2019	10.08.2019
Ogłoszenie nr 515060-N-2019 z dnia 2019-02-18 r.	23.04.2019	08.10.2019
Ogłoszenie nr 647362-N-2018 z dnia 2018-11-15 r.	20.03.2019	05.07.2022
Ogłoszenie nr 605008-N-2018 z dnia 2018-08-16 r.	28.09.2018	18.12.2018
	15.10.2018	19.12.2018
Ogłoszenie nr 562534-N-2018 z dnia 2018-05-24	12.07.2018	05.10.2018
Ogłoszenie nr 555375-N-2018 z dnia 2018-05-10	13.07.2018	07.12.2018
Ogłoszenie nr 2018/S 111-252194	11.01.2019	22.10.2021
Ogłoszenie nr 561922-N-2018 z dnia 2018-05-24 r.	06.08.2018	03.09.2018
	10.08.2018	07.09.2018
Ogłoszenie nr 533016-N-2018 z dnia 2018-03-20 r.	11.05.2018	21.12.2018
Ogłoszenie nr 522744-N-2018 z dnia 2018-03-01 r.	04.06.2018	18.12.2018
Ogłoszenie nr 2018/S 035-075364	14.05.2018	20.12.2018
Ogłoszenie nr 502072-N-2018 z dnia 2018-01-11 r.	30.03.2018	24.10.2018

Ogłoszenie nr 624336-N-2017 z dnia 2017-12-05 r.	15.12.2017	12.11.2019
Ogłoszenie nr 587204-N-2017	21.11.2017	19.10.2018
ogłoszenie nr 580469-N-2017 z dnia 2017-08-31 r.	12.10.2017	24.11.2017
ogłoszenie nr 576043-N-2017 z dnia 2017-08-25 r.	09.10.2017	04.07.2018
Ogłoszenie nr 571222-N-2017 z dnia 2017-08-17 r.	29.09.2017	13.11.2017
Ogłoszenie nr 564470-N-2017 z dnia 2017-08-07 r.	23.10.2017	14.05.2018
Ogłoszenie nr 540599-N-2017 z dnia 2017-06-28 r.	01.08.2017	20.09.2017
Ogłoszenie nr 544133-N-2017 z dnia 2017-07-05 r.	08.08.2017	07.09.2017
Ogłoszenie nr 507667-N-2017 z dnia 2017-05-16 r.	24.07.2017	22.11.2017
Ogłoszenie nr 2017/S101-200300	24.05.2018	30.04.2020
	24.05.2018	29.04.2020
Ogłoszenie nr 72567 - 2017 z dnia 2017-04-25 r.	28.07.2017	30.04.2019
Ogłoszenie nr 39042 - 2017 z dnia 2017-03-08	19.06.2017	03.11.2017

Dodatkowo, należy zauważyć, że w 2006 roku Zamawiający zrealizował inwestycję dotyczącą budowy ścieżki rowerowej wzdłuż terenów lotniska od strony ul. Lotniczej w Bielsku - Białej. Natomiast, inwestycja polegająca na przedłużeniu ww. ścieżki rowerowej została zrealizowana w latach 2015 - 2016. Co więcej, tylko w porównaniu ilościowym ulic i placów można zauważyć, że miasto uległo rozrostowi:

- 1086 - wykaz ulic i placów w Bielsko - Białej (stan na 31.12.1994 r.);
- 1260 — wykaz ulic, placów, rond, skwerów w Bielsko — Białej (stan na 31.12.2021 r.).

Należy także zauważyć, że w harmonogramie mechanicznego zmiatania ulic obowiązującego od 2 maja 2018 r. pojawiały się ulice, które nie widniały w spisie ulic obowiązującym w dniu podpisania umów w 1995 r., np. ul. Kolumnowa, św. Stanisława czy gen. Bora Komorowskiego, jak i rondo Hulanka. Ponadto, Zamawiający w dniu 17 marca 2020 r. wystawił polecenie wykonania prac związanych z mechanicznym zmiataniem w zakresie ulic, które nie występowały w harmonogramie z 2018 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie ulega wątpliwości, że sieć ulic, placów, rond, skwerów miasta Bielsko — Biała na przestrzeni lat systematycznie się powiększała, natomiast Zamawiający stosownie do rozwoju miasta zlecał Wykonawcy w latach 2017 - 2021 porządkowanie ulic/chodników/ścieżek rowerowych/placów/przystanków autobusowych, które nie istniały w dniu zawarcia ww. umów, zatem nie mogły być objęte zakresem przedmiotu zamówienia pierwotnie określonego umową ogólnie jako teren miasta Bielsko — Biała.

Wobec powyższego, jeżeli zamawiający zwiększa zakres przedmiotowy zamówienia, a więc wykracza poza przedmiot określony pierwotną umową, wówczas mamy do czynienia z nowym zamówieniem. W takim przypadku, wobec braku przesłanki umożliwiającej odstąpienie od stosowania przepisów ustawy (art. 4 ustawy Pzp2004) jego udzielenie powinno nastąpić w trybie określonym ustawą Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu należy wskazać, że w latach objętych kontrolą Prezesa Urzędu, próg stosowania ustawy był określony:

- w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 (w latach 2017 - 2020). Regulacja ta stanowiła, że przepisów ustawy Pzp nie stosujemy do zamówień o wartości poniżej 30.000 euro. Zatem, zamawiający zobowiązani byli do stosowania przepisów ustawy do zamówień i konkursów, których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartości kwoty 30.000 euro.
- w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP (od roku 2021). Zgodnie z tym przepisem, przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130.000 złotych, przez zamawiających publicznych. W związku z powyższym należy zauważyć, że przybliżona wartość z faktur, z każdego roku objętego kontrolą, przekraczała progi stosowania ustawy Pzp:
  - 1) od lipca 2017 r. - ok. 1.300.000,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 311.384,70 euro (netto);
  - 2) 2018 r. - ok. 2.400.000,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 556.625,00 euro (netto);
  - 3) 2019 r. — ok. 2.600.000,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 603.010,41 euro (netto);
  - 4) 2020 r. - ok. 2.700.000,00 zł co stanowiło równowartość kwoty 632.422,18 euro (netto);
  - 5) do lipca 2021 r. - ok. 1.200.000,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 281.076,52 euro (netto).

Ponadto, odnosząc się do wyjaśnień Zamawiającego, iż realizacja zadań wynikających z umów, była niewątpliwie wysoce opłacalna dla Gminy Bielsko-Biała jako zamawiającego, a więc i korzystna z punktu widzenia finansów publicznych, podkreślenia wymaga fakt, że art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych odnoszący się do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nie przewidywał możliwości rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy nawet jeśli kontynuacja takiej umowy była dla zamawiającego korzystna.

Podsumowując, należy stwierdzić naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, w szczególności nie zastosowanie jakiegokolwiek trybu zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu. (.....)

Zamawiający w piśmie z dnia 13/02/2024 zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Wniósł o (...) o uwzględnienie niniejszych zastrzeżeń i odstąpienie od stosowania jakichkolwiek sankcji, w tym również zawiadomienia rzecznika dyscypliny finansów publicznych, z uwagi zarówno na brak naruszeń zasady systemu zamówień publicznych (a tym bardziej istotnych naruszeń/naruszeń większej wagi), jak i brak naruszenia regulacji z zakresu dyscypliny finansów publicznych". W piśmie podniósł zastrzeżenia formalne i merytoryczne. (...)

> Zastrzeżenia formalne:

Przed podniesieniem i umotywowaniem zarzutów merytorycznych co do treści i ustaleń zawartych w Informacji, Gmina podnosi i zgłasza następujące zarzuty formalne:

- 1) zarzut naruszenia art. 607 ust. 4 zd. pierwsze ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu: „Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia udzielenia zamówienia lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia." Tymczasem Umowy zostały zawarte w 1995 r., a ostatnie aneksy zmieniające postanowienia Umów zostały zawarte w 2001 r., co sprawia, iż należy poddać w wątpliwość możliwość przeprowadzenia kontroli, a tym bardziej wyciągania jakichkolwiek wniosków czy konsekwencji, w trybie wynikającym z art. 607 — art. 612 ww. ustawy;

- 2) zarzut naruszenia art. 597 ust. 2 pkt. 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu: „W przypadku powzięcia przez organ kontroli informacji o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli, organ ten:

- 1) zwraca się z wnioskiem o udostępnienie informacji o jej wyniku, w tym dokumentu kończącego kontrolę, do organu, który tę kontrolę przeprowadził, chyba że uzyskał tę informację w inny sposób;
- 2) uwzględnia wyniki przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu kontroli."

W tym miejscu Gmina wskazuje, iż pismem z dnia 17 lutego 2022 r. skierowanym do Prezesa UZP, poinformowała o fakcie uprzedniego weryfikowania Umów (legalności ich zawarcia, zasadności kontynuowania itd.) przez Regionalną Izbę Obrachunkową w ramach kontroli jaka została przeprowadzona w 2008 r.

Tymczasem na próżno szukać w Informacji jakiegokolwiek odniesienia w przedmiotowym zakresie. W Informacji w ramach przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego i postępowania doraźnego nie dokonano analizy ustaleń kontrolnych RIO, nie zawnioskowano o udostępnienie dokumentacji źródłowej związanej z kontrolą przeprowadzoną przez RIO. Fakt, iż kontrola RIO obejmowała inny (wcześniejszy) okres aniżeli kontrola doraźna Prezesa UZP, nie może a priori świadczyć o braku zastosowania ww. regulacji choćby ze względu na fakt, iż od czasu kontroli prowadzonej przez RIO i dokonanych przez nią ustaleń, do końca okresu trwania Umów, zasady realizacji Umów nie uległy zmianie (ostatni aneks do Umów został zawarty w 2001 r.);

- 3) zarzut naruszenia art. 608 ust. 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych:

Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu: „Postępowanie wyjaśniające musi zostać zakończone bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 6 miesięcy od dnia wszczęcia kontroli doraźnej. ”

Tymczasem postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte w dniu 30 lipca 2021 r., zaś

informacja o formalnym prowadzeniu kontroli doraźnej została doręczona Gminie dopiero w dniu 31 stycznia 2022 r. czyli po upływie ww. max. terminu.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż kontrola doraźna (a która nastąpiła po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym) została formalnie zapoczątkowana z naruszeniem ww. regulacji.

> Zastrzeżenia merytoryczne:

W zakresie zastrzeżeń merytorycznych do ustaleń zawartych w Informacji i opisanych w jej treści okoliczności, Gmina podnosi co następuje:

Prowadzona przez Prezesa UZP kontrola doraźna obejmowała swoim zakresem weryfikację zawarcia i realizacji następujących umów (łącznie jako: „Umowy"):

- 1) umowy z dnia 03.04.1995 r. nr 1/95 na wykonanie prac związanych z likwidacją dzikich wysypisk oraz porządkowaniem miejsc znajdujących się na terenie Bielska-Białej, zawartej na czas nieokreślony.
- 2) umowy z dnia 03.04.1995 r. nr 2/95 na wykonanie robót związanych z letnim oczyszczaniem miasta w zakresie obejmującym mechaniczne zamiatanie jezdni zamiatarkami ulicznymi oraz mechaniczne mycie jezdni

polewarkami.

3. umowy nr 4/95 z dnia 03.04.1994 r. na wykonanie prac związanych z wywozem nieczystości stałych z terenu Gminy, zawartej na czas nieokreślony,

4. umowy nr 5/95 z dnia 03.04.1995 r. na wykonanie prac czystościowo porządkowych związanych z utrzymaniem czystości chodników, placów i schodów oraz przystanków autobusowych MZK a także opróżniania znajdujących się tam koszy; zawartej na czas nieokreślony.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w treści Informacji stwierdził naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) poprzez zaniechanie zachowania zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, któremu nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych.

W informacji zarzucono jakoby: „Gmina Bielsko-Biała od 1995 r. zlecała wykonywanie wszelkiego rodzaju usług porządkowych na terenie miasta Bielsko-Biała bez stosowania przepisów ustaw dotyczących zamówień publicznych, Podkreślenia wymaga fakt, że przepisy ustawy umożliwiały Zamawiającym, po spełnieniu ustawowych przesłanek, przeprowadzenie postępowań w różnych trybach udzielania zamówień. Gmina Bielsko-Biała nie wykazała prób zlecenia przedmiotowych usług na podstawie jakiegokolwiek trybu. ”

„Wobec powyższego należy stwierdzić, że przez wiele lat nie podjęto działań legalizujących sposób udzielania zleceń na letnie oczyszczania miasta czy podjęcie czynności zapewniających zachowanie fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, aż do momentu przedmiotowej kontroli. Należy zauważyć, że od roku 2022, tj. po rozwiązaniu przedmiotowych umów Zamawiający wszczął postępowania o udzielenie zamówienia na usługi w zakresie sprzątnięcia i zamiatania ulic na podstawie przepisów ustawy Pzp. ” „Przepisy przejściowe kolejnych zmian ustaw czy ustaw dotyczących zamówień publicznych nie legalizowały kontynuowania umów zawartych na czas nieoznaczony przed wejściem w życie ustawy.

Powyższe sformułowania i stawiane w nich tezy bezzasadnie sugerują jakoby Gmina wyłoniła wykonawcę usług stanowiących przedmiot Umów w sposób naruszający przepisy obowiązującego prawa i przez lata nie podejmowała żadnych działań legalizacyjnych, naruszając fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

Wobec powyższego wyjaśnić należy, iż Gmina, jako jednostka samorządu terytorialnego a

zarazem jednostka sektora finansów publicznych, co prawda obowiązana była i jest stosować co do zasady procedury przetargowe. Ustawodawca na przestrzeni lat przewidział jednak wyjątki, w których tryb przetargowy nie musi/nie musiał być stosowany. Jednym z takich wyjątków jest/było powierzenie przez Gminę zadań z zakresu użyteczności publicznej samorządowemu zakładowi budżetowemu.

W dacie zawierania Umów, gdy Wykonawca realizujący usługi (w tym w okresie objętym kontrolą tj. w latach 2017-2021 - spółka SITA Z.O.M. S.A. Frezero Bielsko-Biała S.A.), był jeszcze zakładem budżetowym Gminy, obowiązywała ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, (która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1995 r.). Zgodnie z brzmieniem art. 6 ust 3 pkt a) ww. ustawy nie stosowało się jej postanowień do zamówień publicznych udzielanych zakładom budżetowym przez podmioty, które te zakłady utworzyły, w zakresie bieżącej obsługi zamawiającego. Art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej potwierdził z kolei, iż gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formie samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego. Zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym, były i są przy tym zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 ww. ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. W formie zakładu budżetowego, będącego jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, prowadzącego działalność w imieniu i na rachunek jednostki samorządu terytorialnego możliwe było/jest jednak wyłącznie bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Nie jest/nie było natomiast możliwe uczestnictwo zakładów budżetowych w przetargach o zamówienie publiczne organizowanych przez inne jednostki sektora finansów publicznych. W takim przypadku zakład budżetowy nie realizowałby bowiem zadań, do jakich został powołany. Należy także zaznaczyć, że samorządowy zakład budżetowy może realizować jedynie te zadania własne jednostki samorządu terytorialnego, do których wykonywania został powołany.

Analizując zakres Umów należy dojść do wniosku, iż powierzenie przez Gminę wykonywania przez utworzony przez nią zakład budżetowy (ówcześnie Zakład Oczyszczania Miasta) określonych w nich usług — z zakresu gospodarki komunalnej — nie podlegało procedurom prawa zamówień publicznych. Usługi polegające w szczególności na prowadzeniu prac związanych z likwidacją dzikich wysypisk czy też prac czystościowo porządkowych związanych z utrzymaniem czystości chodników, placów i schodów oraz przystanków autobusowych MZK a także opróżniania znajdujących się tam koszy itd. mieściły się w ramach bieżącej działalności Gminy a ich zlecenie jednostce organizacyjnej, do której zadań statutowych należało utrzymanie czystości i porządku uzasadniało odstępianie od trybu

zamówień publicznych w oparciu o treść art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. c ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

Mając zatem na uwadze, iż przekształcenie zakładu budżetowego w spółkę akcyjną, która powstając w wyniku przekształcenia zakładu budżetowego, wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością zakładu budżetowego (sukcesja generalna) nie stanowiło niedopuszczalnej zmiany strony Umów, przyjmując jednocześnie iż zmiany Umów dokonane na podstawie podpisywanych w późniejszym okresie aneksów, patrząc przez pryzmat art. 76

ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, były korzystne dla zamawiającego i nie prowadziły do zmiany treści oferty złożonej przez wybranego oferenta oraz których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umów, należy wskazać iż zawarcie Umów i ich aneksowanie — ostatnie w 2001 r. (które w istocie nie powodowało rozszerzenia zakresu Umów, a czym w dalszej części niniejszych Zastrzeżeń) były co od zasady także w pełni dopuszczalne i legalne.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż w pełni dopuszczalnym i zgodnym z przepisami było zawarcie pomiędzy Gminą a Spółką PreZero Bielsko-Biała S.A. (i jej poprzednikiem prawnym — Zakładem Oczyszczania Miasta) wskazanych Umów w trybie bez przetargowym, z pominięciem procedur reaulujący.ch zamówienia publiczne.

Trafnie opisano w Informacji, iż „Ogólna zasada wynikająca z art., 220 ust. 2 ustawy Pzp2004 wyraźnie wskazuje, że umowy o zamówienie publiczne zawarte przed dniem wejścia w życie prawa zamówień publicznych są nadal ważne i obowiązujące. Umowa taka może być realizowana do czasu upływu ważności tej umowy lub wyczerpania jej przedmiotu na zasadach dotychczasowych - to znaczy zasadach ogólnych kodeksu cywilnego oraz postanowień treści umowy. ”

W Informacji błędnie zarzucono jednak, iż Gmina rzekomo wykroczyła z zakresem prac poza przedmiot zamówienia określony w uprzednio zawartych Umowach, poprzez zwiększenie ilości realizowanych prac. Przywołania wymaga zatem rys historyczny obowiązujących na przestrzeni lat regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych:

Umowy zostały zawarte w kwietniu 1995 r. tj. pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, na czas nieokreślony. Przedmiotem Umów było z kolei (ogólnie rzecz ujmując) „letnie oczyszczanie miasta” jako takiego, na podstawie pisemnych poleceń wystawianych (wedle aktualnych potrzeb) przez Naczelnika Wydziału Gospodarki Miejskiej. Zgodnie z postanowieniami art. 76 ww. ustawy: „1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzania nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla

zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferenta, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy. 2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna. 3. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności zmian, o których mowa w ust 1.”

Na skutek nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych dokonanej na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 1997 r. Nr 123 poz. 777 i 778) wprowadzono zakaz zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas nieoznaczony (z zastrzeżeniem, iż umowy zawierane na czas dłuższy niż 3 lata wymagały zgody Prezesa Urzędu - art. 1 pkt. 46) ww. ustawy; Jednocześnie w art. 4 tej ustawy wskazano, iż: „Umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostały w mocy, z tym że rozszerzenie ich zakresu przedmiotowego lub zmiana stron nie są możliwe”

Następnie, w ramach kolejnej nowelizacji, w art. 220 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych uregulowano, iż: „2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustaw dotychczasowe”.

Wreszcie zgodnie z art. 91 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo Zamówień Publicznych (obowiązującej aktualnie): „Do umów zawartych przed 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe”

Znamienne są zatem fakty, iż od czasu zawarcia Umów:

- 1) ich zakres (wbrew stanowisku wyrażonym w Informacji) de facto nie uległ zmianie. Przedmiotem Umów było bowiem od samego początku „letnie utrzymanie Miasta” — terenów administracyjnych Gminy Bielsko-Biała jako takich. W Umowach na próżno szukać doprecyzowania konkretnego katalogu ulic, chodników, przystanków etc. wchodzących w skład przedmiotu Umów. Umowy obejmowały bowiem możliwość zlecenia Wykonawcy (w zależności od aktualnych potrzeb) wykonania usług z zakresu letniego utrzymania wszystkich obszarów Gminy - terenów znajdujących się w granicach administracyjnych miasta Bielsko-Biała bez precyzowania w Umowach konkretnych ulic, chodników, przystanków etc, a które to granice administracyjne na przestrzeni badanych lat nie uległy zmianie,

W świetle powyższego nie tylko zatem nie sposób traktować poszczególnych zleceń wydawanych przez Gminę jako udzielania odrębnych zamówień (nie wykraczały one bowiem poza przedmiot Umów), ale również nie sposób dopatrzeć się w sprawie żadnych naruszeń regulacji dot. zamówień publicznych, a które mogłyby uzasadniać prowadzenie kontroli doraźnej i wyciągnięte w jej wyniku błędne wnioski;

- 2) realizacja zadań wynikających z Umów, była niewątpliwie wysoce opłacalna dla Gminy jako zamawiającego, a więc i korzystna z punktu widzenia finansów publicznych, a co potwierdzały dokonywane przez Gminę analizy i kalkulacje finansowe w zakresie celowości i opłacalności ich kontynuowania, w tym w szczególności analizy celowości dokonywane przez przyzmat regulacji art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Wyłanianie nowego wykonawcy przy zastosowaniu prawa zamówień publicznych z całą pewnością nie przyniosłoby Gminie oszczędności, a co potwierdza chociażby fakt, iż to Wykonawca w pewnym momencie zasygnalizował wolę rozwiązania Umów wskazując, iż świadczenie usług objętych Umowami (przy uwzględnieniu podwyższania na przestrzeni lat wysokości wynagrodzenia względem cen ustalonych w 1995 r. — zgodnie z treścią zawartych Umów - jedynie o wskaźnik inflacji), przestało być dla Wykonawcy całkowicie opłacalne. Pierwotnie Wykonawca zapowiedział zamiar wypowiedzenia Umów ze skutkiem w 2021 r, jednak z uwagi na konieczność przygotowania się przez Gminę jako zamawiającego do odpowiednich procedur przetargowych w rozumieniu ustawy prawo



zamówień publicznych, zawarte zostało z Wykonawcą porozumienie na mocy którego wszystkie aktywne wówczas Umowy, zawarte na czas nieokreślony, uległy rozwiązaniu z dniem 31 marca 2022 r.

Poniżej prezentuję tabelę obrazującą koszty usług z zakresu letniego utrzymania Gminy w okresie do dnia rozwiązania Umów i po tym okresie:

Umowy obowiązujące do 31.03.2022 r.	
rok obowiązywania umowy	wykonanie (zł netto)
2017	1 910 000,00 zł
2018	2 400 000,00 zł
2019	2 600 000,00 zł
2020	2 700 000,00 zł
2021	3 000 000,00 zł
do 31.03.2022	450 000,00 zł
Umowy zawarte po 31.03.2022 r.	
rok obowiązywania umowy	wykonanie (zł netto)
od 04.2022	4 208 331,01 zł
2023	5 886 890,87 zł

W ostatnim punkcie niniejszych Zastrzeżeń, jedynie na marginesie podnieść należy, iż w Informacji wskazano historycznie na progi zwalniające z obowiązku stosowania ustawy prawo zamówień publicznych, nie mniej jednak nie zweryfikowano, a nawet nie próbowano ustalić, jaką część usług stanowią/stanowiły ulice/chodniki/ścieżki/place/przystanki, których utrzymanie Gmina zlecała w latach 2017-2021, a które w ocenie Prezesa UZP wykraczały

poza przedmiot Umów z uwagi na ich nie istnienie w dniu zawarcia Umów — w odniesieniu do pozostałych ulic/chodników/ścieżek/placy/przystanków, a w konsekwencji jaki potencjalny wpływ powyższe mogłoby mieć w zakresie ich „nieistotności” tj. braku konieczności stosowania regulacji prawa zamówień publicznych.

Kolejnym wyjątkiem w przypadku zaistnienia którego tryb przetargowy wynikający z regulacji dotyczących zamówień publicznych nie musi/nie musiał być stosowany przez Zamawiającego jest bowiem próg kwotowy zamówienia (wartość zamówienia). W przypadku jego nie przekroczenia Zamawiający nie miał/nie ma obowiązku stosowania procedury przewidzianej ustawą. Zgodnie z brzmieniem art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o zamówieniach publicznych z 1994r., dodanym 26 października 2001 r., ustawy nie stosowało się do zamówień których wartość nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości 3000 euro. Na skutek nowelizacji ustawy z dnia 20 października 2003 r. ww. próg ustalono na kwotę stanowiącą równowartość w złotych 6000 euro. Następnie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. przewidywała, iż jej przepisów nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro (art. 4 pkt. 8 ustawy), by finalnie ustalić przedmiotowy próg na poziomie 30.000 euro. Z powyższych względów Umowy należy uznać za w pełni legalnie obowiązujące do czasu ich wygaśnięcia na zasadach ogólnych, a co nastąpiło z inicjatywą Wykonawcy. definitywnie z dniem 31.03.2022 r. (na mocy porozumienia z dnia 24.09.2021 r.).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na zastrzeżenia (pismo z dnia 20/02/2024) stwierdził: (...)

Odnosząc się do zastrzeżeń formalnych:

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestia okresu objętego kontrolą była wyjaśniona już Zamawiającemu podczas dokonywania czynności kontrolnych, a w szczególności w piśmie z dnia 23 lutego 2022 r. Zatem, ponownie należy wskazać, że w piśmie z dnia 30 lipca 2021 r. informującym Zamawiającego o wszczęciu postępowania wyjaśniającego stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej został określony okres kontroli, tj. od lipca 2017 do dnia wszczęcia przedmiotowego postępowania. Wobec powyższego, okres kontroli nie przekraczał 4 lat, o których jest mowa w art. 607 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, iż niezależnie od dat zawarcia umów na letnie oczyszczanie miasta oraz aneksów do tych umów zamówienia na przedmiotowe usługi były kontynuowane do 31 marca 2022 r. z zaniechaniem stosowania ustawy Pzp. Wobec powyższego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł przeprowadzić kontrolę doraźną w celu weryfikacji poprawności czynności Zamawiającego podjętych podczas zlecenia przedmiotowych usług w

okresie obowiązywania przepisów zobowiązujących Zamawiającego do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów wskazanych w ustawie Pzp.

Ponadto, także w ww. piśmie z dnia 23 lutego 2022 r. Urząd poinformował Zamawiającego odnosząc się do kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej przeprowadzonej u Zamawiającego w 2008 r., że wyniki ówczesnej kontroli nie mogły być uwzględnione ze względu na inny okres przedmiotu kontroli. Niemniej jednak należy podnieść, że fragment raportu Regionalnej Izby Obrachunkowej dotyczący przedmiotowych umów Zamawiający dostarczył do UZP wraz z inną dokumentacją postępowania pismem z dnia 11 sierpnia 2021 r. Należy podkreślić, że wszelka dokumentacja otrzymana od Zamawiającego w toku kontroli stanowi materiał na podstawie którego ustala się stan faktyczny sprawy.

Z kolei, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 608 ust. 3 ustawy PZP należy wskazać, że pismem z dnia 30 lipca 2021

r. (wysyłka drogą mailową w dniu 30 lipca 2021 r. godz. 15.10) Zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej, natomiast o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej w sprawie udzielania przez Gminę Bielsko — Biała zamówień na „letnie oczyszczanie miasta” w związku z uzasadnionym przypuszczeniem, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania Zamawiający został poinformowany pismem z dnia 26 stycznia 2022 r. przekazanym drogą elektroniczną na adres mailowy w tym samym dniu o godz. 13.05.

Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający w pismach z dnia 9 lutego 2022 r. oraz 17 lutego 2022 r. powołując się na pismo informujące o dalszym prowadzeniu kontroli nie podważał terminu zakończenia postępowania wyjaśniającego. (...)

Odnosząc się do argumentacji przywołanej w zastrzeżeniach merytorycznych od wyniku kontroli doraźnej:

Mając na uwadze fakt, że Zamawiający w zastrzeżeniach merytorycznych podniósł, iż kontrola doraźna obejmowała swoim zakresem weryfikację zawarcia umów oraz wskazał, że zawarcie umów i ich aneksowanie było co do zasady w pełni dopuszczalne i legalne należy podkreślić po raz kolejny, że okres kontroli został określony od lipca 2017 do dnia wszczęcia postępowania wyjaśniającego, tj. do dnia 30 lipca 2021 r. W związku z powyższym, należy zauważyć, że powyższa informacja została Zamawiającemu przekazana zarówno w piśmie z dnia 30 lipca 2021 r. oraz 23 lutego 2022 r. Dodatkowo, należy wskazać, że w Informacji o wyniku kontroli (str.3) określono, że niniejsza kontrola obejmuje okres od lipca 2017 r. do dnia wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego (30 lipca 2021 r.) w zakresie dokumentów dotyczących zlecenia usług letniego oczyszczania miasta, w szczególności zleceń/faktur wystawionych na podstawie umów zawartych w roku 1995 r.

Wobec powyższego oraz ustosunkowując się do argumentacji Zamawiającego w zakresie zawarcia przedmiotowych umów z zakładem budżetowym Gminy należy zauważyć, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej stwierdzono, że Gmina Bielsko — Biała podpisała umowy dotyczące letniego oczyszczania miasta przed wejściem przepisów normalizujących zawarcie umów o zamówienie publiczne (zamówienia na roboty budowlane, dostawy oraz wykonywanie usług opłacane ze środków publicznych w całości lub w części). Ponadto wskazano, że umowy o zamówienie publiczne zawarte przed dniem wejścia w życie prawa zamówień publicznych są nadal ważne i obowiązujące. Umowa taka może być realizowana do czasu upływu ważności tej umowy lub wyczerpania jej przedmiotu na zasadach dotychczasowych to znaczy zasadach ogólnych kodeksu cywilnego oraz postanowień treści umowy

W związku z powyższym, należy uznać, że argumentacja Zamawiającego w zakresie powierzenia przez Gminę zadań z zakresu użyteczności publicznej samorządowemu zakładowi budżetowemu w dacie zawierania umów została przywołana bezpodstawnie. Prezes Urzędu nie podważał legalności zawarcia umów nr 1/95 (GM-53/95); 2/95 (GM-52/95); 4/95 (GM — 54/95); 5/95 (GM 56/95) z dnia 3 kwietnia 1995 r. przed wejściem przepisów normalizujących zawarcie umów o zamówienie publiczne. Należy podkreślić, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej podniesiono, iż obowiązek stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych pojawia się w chwili gdy zamawiający chce wykroczyć z zakresem prac poza przedmiot zamówienia określony w uprzednio zawartej umowie np. poprzez zwiększenie ilości realizacji prac. Mamy wtedy do czynienia z nowym zamówieniem publicznym. Jego udzielenie powinno być dokonane zgodnie z procedurami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający powołując się na fakt, iż według niego zakres umów nie uległ zmianie jednocześnie wskazuje, że realizacja odbywała się na podstawie aktualnych potrzeb. Ponadto, należy zauważyć, że w przedmiotowych zastrzeżeniach Zamawiający w żaden sposób nie podważa ustaleń Kontrolującego w zakresie rozwoju miasta, tj., że sieć ulic, placów, rond, skwerów miasta Bielsko — Biała na przestrzeni lat systematycznie się powiększała. Zatem, należy uznać, że Zamawiający w pewien sposób sam potwierdził, iż potrzeby Zamawiającego w zakresie letniego oczyszczania miasta zwiększały się. Nie bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy jest fakt, iż w trakcie prowadzenia kontroli Zamawiający kilkakrotnie powoływał się na sytuację, że nie dysponuje czy nie jest w posiadaniu dokumentów (np. dokumentu określającego zakres rzeczowy zgodnie z notatką zawartą na umowie nr 5/95), które z perspektywy Kontrolującego miałyby ogromne znaczenie dla ustalenia pierwotnego przedmiotu ww. umów czy potrzeb na letnie oczyszczanie miasta w roku zawarcia umów. Niemniej jednak należy nadmienić, że nawet w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej z 2008 roku zauważono, że z uwagi na zmiany wprowadzone w układzie komunikacyjnym miasta oraz powtarzające się interwencje straży, rad osiedlowych oraz mieszkańców miasta wprowadzono w dniu 2 kwietnia 2007 r. do

harmonogramu mechanicznego zamywania ulic dodatkowe ulice. Dodatkowo, ustalono, że w dniu 29 lipca 2005 r. zwiększono zakres prac wykonywanych w sierpniu i wrześniu 2005 roku.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej także stwierdzono zwiększenie ilości realizacji usług w okresie objętym kontrolą chociażby porównując ze sobą harmonogram mechanicznego zamywania ulic z roku 2018 z poleceniem wykonania prac związanych z mechanicznym zamywaniem wystawionym w dniu 17 marca 2020 r.

Ponadto, należy zaznaczyć, że w dokumentach stanowiących podstawę do zaakceptowania faktur wprost są wykazane ulice, które były oczyszczane dodatkowo według zleceń, poza harmonogramem. Np.:

1) w roku 2018 — m.in. ulice: Rudawka, Kowalska, Sosnowskiego, Skowronków, Komorowicka, Podhalańska, Francuska, Grażyńskiego, Krausa, Kaskadowa, Karpacka, Korczaka, Jasna.

2) w roku 2019 — m.in. ulice: Langiewicza, Pikowa, Urodzajna, Złoty Potok, 11-go Listopada, Trakcyjna, Astrów, Wita Stwosza, Konwojowa, Wadowicka.

3) w roku 2020 — m.in. ulice: Cicha, Złoty Potok, Saneczkowa, Baczyńskiego, Chełmońskiego, Lipnicka, Chołgistów, Korczaka, Sabaly, Oświęcimskiej czy ulice trasy przejazdu Tour de Pologne.

Dodatkowo, należy podnieść, że na prośbę o wskazanie na jakiej podstawie w latach 2018-2019 wykonywano usługę polegającą na zamykaniu m.in. ulicy Francuskiej Zamawiający w piśmie z dnia 16 stycznia 2023 r. wyjaśnił, iż ul. Francuska podobnie jak inne ulice o których pisze UZP, były zamykane okazjonalnie, dodatkowo, wedle ujawniających się potrzeb np. w związku z organizacją imprez plenerowych lub prośbami mieszkańców wynikającymi z nieplanowanych zjawisk atmosferycznych. Nie były zatem ujęte w harmonogramie.

Jednocześnie należy zauważyć, że pismem/zleceniem na prace porządkowe z dnia 16 grudnia 2020 r. Zamawiający zlecił wykonywanie prac związanych ze stałym utrzymaniem czystości ulic Krętej i Pankiewicza wskazując, że zakres prac ma być taki jak na innych terenach w centrum miasta określony w zleceniu z dnia 28 września 2017 r.

W tym miejscu należy wskazać, że przywołane powyżej okoliczności jednoznacznie potwierdzają, iż Zamawiający z roku na rok zwiększał ilość zlecanych usług.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, że podczas kontroli nie zweryfikowano, a nawet nie próbowano ustalić, jaką część usług stanowią/stanowiły ulice/chodniki/ścieżki/place/przystanki, których utrzymanie Gmina zlecała w latach 2017-2021, a które w ocenie Prezesa UZP wykraczały poza przedmiot Umów z uwagi na ich nieistnienie

w dniu zawarcia Umów należy podkreślić, że Zamawiający niejednokrotnie oświadczał w pismach kierowanych do Urzędu, iż nie jest w posiadaniu dokumentów z 1995 r. W związku z tym oraz mając na uwadze fakt, że sam Zamawiający w ww. zastrzeżeniach nie wskazał wspomnianej części usług, a nawet nie przywołał żadnej wartości ewentualnych usług należy uznać, że Zamawiający także nie był/nie jest w stanie ustalić, które usługi zlecane w latach 2017 — 2021 pokrywają się z usługami zlecanymi w 1995 roku.

Na marginesie jedynie należy dodać, że od 2003 roku Zamawiający w Spółce, która była Wykonawcą przedmiotowych umów posiada jedynie 38,98% udziałów. Biorąc pod uwagę powyższe oraz wejście w życie w 2004 r. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych należy zauważyć, że Wykonawca stracił status zakładu budżetowego gminy.

Zatem, należy wspomnieć, że przynajmniej od 2004 roku Zamawiający zlecając dodatkowe usługi wykraczające poza zakres potrzeb z 1995 roku powinien zlecać takie usługi w trybie określonym ustawą Prawo zamówień publicznych, chyba że istniała przesłanka umożliwiająca odstępstwo od stosowania przepisów ustawy. Jednakże, w toku kontroli, jak i w zastrzeżeniach do kontroli Zamawiający nie wykazał, że zlecane przez niego usługi (co najmniej w okresie objętym kontrolą) były tożsame z usługami zlecanymi pierwotnie.

Podkreślenia wymaga fakt, jak wskazano także powyżej, że Zamawiający już w okresie obowiązywania ustawy uniemożliwiającej rozszerzanie zakresu pozostających w mocy umów zwiększał zakres usług zlecanych Wykonawcy SITA Z.O.M. S.A.

Mając na uwadze rozliczenia wynikające m.in. z mechanicznego zamykania ulic i chodników czy utylizację odpadów dokonano poniżej jedynie orientacyjnych wyliczeń w celu przybliżenia korelacji między ilością prac a wartością. Należy zauważyć, że ilość oczyszczonych ulic/chodników wyniosła w 2019 roku ok. 28 mln/1,5 mln m<sup>2</sup>, natomiast w roku 2020 — ok. 30 mln/2 mln m<sup>2</sup>. Należy zauważyć, że w ww. latach stawki za zamykanie były różne, dlatego w celach porównawczych przyjęto do obliczeń stawki z roku 2019, tj. 1,45 zł za 100m<sup>2</sup> mechanicznego zamykania ulic i 2,63 zł za 100 m<sup>2</sup> za zamykanie chodników. Analogicznie przyjęto podczas porównywania usług związanych ze sprzątnięciem przystanków autobusowych.

Zamykanie ulic:

2019 r. 28 000 000 m<sup>2</sup> x 1,45 zł/100 - 1 016 000 zł

406 000 + utylizacja ok. 610 000 (rozliczenia faktur)

464 000 + utylizacja ok. 680 000 (rozliczenia faktur)

39 450 + utylizacja ok. 50 000 (rozliczenia faktur) =

2020 r. 30 000 000 m<sup>2</sup> x 1,45 zł/100

= 1 i 15 000 zł

Zamykanie chodników:

2019 r. 1 500 000 m<sup>2</sup> x 2,63 zł/100

89 450 zł

2020 r.  $2\,000\,000\,2,63\text{ zł}/1100\text{ m}^2 = 52\,600 + \text{użyłizacja ok. } 65\,000 \text{ (rozliczenia faktur)} = 117\,600\text{ zł}$

Sprzątnanie przystanków autobusowych (bez użyłizacji odpadów i robocizny):

2019 r.  $4\,000\,000\text{ m}^2 \times 0,0251\text{ zł}/\text{m}^2 = 100\,400\text{ zł}$

2020 r. -  $4\,500\,000\text{ m}^2 \times 0,0251\text{ zł}/\text{m}^2 = 112\,950\text{ zł}$

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że porównując ze sobą wartości z rozliczeń z ostatnich lat obowiązywania przedmiotowych umów i tylko w zakresie mechanicznego zmiatania ulic i chodników oraz sprzątnania przystanków (bez porządkowania terenów, likwidacji wysypisk, wywozu nieczystości stałych) różnica w wartości zleczanych usług wyniosła ok. 139 700,00 zł. Zatem, podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający zlecając co najmniej od 2005 roku dodatkowe usługi zwiększające zakres prac, jak i ich częstotliwość, na przestrzeni wielu lat z pewnością przekroczył próg od którego wymagane jest stosowanie ustawy Pzp.

Z kolei, w nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego w zakresie realizacji zadań wynikających z umów w sposób wysoce opłacalny dla Gminy, co potwierdzały dokonywane przez Gminę analizy i kalkulacje finansowe należy podkreślić, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, czuwa nad systemem zamówień, w szczególności czuwa nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Ta stanowi, że kontrola przeprowadzana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadzana jest wyłącznie w zakresie kryterium legalności, tj. zgodności procedury udzielenia zamówień z przepisami ustawy Pzp. Tym samym Prezes Urzędu nie bada umiejętności zamawiającego w zakresie gospodarowania majątkiem, jego solidności, należytego wypełniania obowiązków i dotrzymywania zobowiązań (kryterium rzetelności), czy też przydatności dokonywanych zamówień do jego potrzeb (kryterium celowości).

Nadto bez wpływu na dokonaną w Informacji o wyniku kontroli z dnia 31 stycznia 2024 r. ocenę zlecenia usług na letnie oczyszczania miasta z pominięciem stosowania przepisów ustawy PZP pozostają przytoczone w zastrzeżeniach okoliczności, że wyłonienie nowego wykonawcy przy zastosowaniu prawa zamówień publicznych z całą pewnością nie przyniosłoby Gminie oszczędności.

W związku z powyższym, należy stwierdzić naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, w szczególności nie zastosowanie jakiegokolwiek trybu zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Z kolei, w nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego w zakresie realizacji zadań wynikających z umów w sposób wysoce opłacalny dla Gminy, co potwierdzały dokonywane przez Gminę analizy i kalkulacje finansowe należy podkreślić, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, czuwa nad systemem zamówień, w szczególności czuwa nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Ta stanowi, że kontrola przeprowadzana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadzana jest wyłącznie w zakresie kryterium legalności, tj. zgodności procedury udzielenia zamówień z przepisami ustawy Pzp. Tym samym Prezes Urzędu nie bada umiejętności zamawiającego w zakresie gospodarowania majątkiem, jego solidności, należytego wypełniania obowiązków i dotrzymywania zobowiązań (kryterium rzetelności), czy też przydatności dokonywanych zamówień do jego potrzeb (kryterium celowości). Nadto bez wpływu na dokonaną w Informacji o wyniku kontroli z dnia 31 stycznia 2024 r. ocenę zlecenia usług na letnie oczyszczania miasta z pominięciem stosowania przepisów ustawy PZP pozostają przytoczone w zastrzeżeniach okoliczności, że wyłonienie nowego wykonawcy przy zastosowaniu prawa zamówień publicznych z całą pewnością nie przyniosłoby Gminie oszczędności.

Izba zważyła co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego Gminy Bielsko - Biała od wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2024 roku (znak: KND/152/21/DKZP) w sprawie udzielania przez Gminę Bielsko - Biała zamówień na letnie oczyszczanie miasta przekazanej przy piśmie z dnia 31/01/24 nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba za niezasadne uznała zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie zarzutów formalnych. Z ustaleń zawartych w wyniku kontroli bezspornie wynika (m.in. str 3), że kontrolą objęto (...) „okres od lipca 2017 r. do dnia wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego (30 lipca 2021 r.) w zakresie dokumentów dotyczących zlecenia

usług letniego oczyszczania miasta, w szczególności zleceń/faktur wystawionych na podstawie umów zawartych w roku 1995 r.” Tak jak wskazał Prezes Urzędu kwestia okresu objętego kontrolą była wyjaśniona Zamawiającemu podczas dokonywania czynności kontrolnych przez Kontrolującego, a w szczególności w piśmie z dnia 23 lutego 2022 r. W piśmie z dnia 30 lipca 2021 r. informującym Zamawiającego o wszczęciu postępowania wyjaśniającego stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej został określony okres kontroli od lipca 2017 do dnia wszczęcia przedmiotowego postępowania. Wobec powyższego, okres kontroli nie przekraczał 4 lat, o których jest mowa w art. 607 ust. 4 ustawy Pzp. Tak jak wskazał Prezes Urzędu (niezależnie od dat zawarcia umów na letnie oczyszczanie miasta oraz aneksów do tych umów) zamówienia na przedmiotowe usługi były kontynuowane do 31 marca 2022 r. z zaniechaniem stosowania ustawy Pzp. Wobec powyższego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł przeprowadzić kontrolę doraźną w celu weryfikacji poprawności czynności Zamawiającego podjętych podczas zlecenia przedmiotowych usług w okresie

obowiązania przepisów zobowiązujących Zamawiającego do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów wskazanych w ustawie Pzp. Także w ww. piśmie z dnia 23 lutego 2022 r. Kontrolujący - odnosząc się do kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej przeprowadzonej u Zamawiającego w 2008 r. - poinformował Zamawiającego, że wyniki kontroli RIO nie mogły być uwzględnione ze względu na inny okres przedmiotu kontroli. Jednakże według stanowiska Kontrolującego, fragment raportu Regionalnej Izby Obrachunkowej dotyczący przedmiotowych umów dostarczony do UZP wraz z inną dokumentacją postępowania pismem z dnia 11 sierpnia 2021 r. w toku kontroli stanowił materiał na podstawie którego ustala się stan faktyczny sprawy. Izba także stwierdza, że Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2021 r. (wysyłka drogą mailową w dniu 30 lipca 2021 r. godz. 15.10) został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej. Natomiast o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej w sprawie udzielania przez Gminę Bielsko — Biała zamówień na „letnie oczyszczanie miasta” w związku z uzasadnionym przypuszczeniem, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania Zamawiający został poinformowany pismem z dnia 26 stycznia 2022 r. przekazanym drogą elektroniczną na adres mailowy w tym samym dniu o godz. 13.05. Zamawiający we wskazywanych przez Prezesa Urzędu pismach z dnia 9 lutego 2022 r. oraz 17 lutego 2022 r. powołując się na pismo informujące o dalszym prowadzeniu kontroli nie podważał terminu zakończenia postępowania wyjaśniającego.

Tym samym ustalenia nie potwierdzają podnoszonych w zastrzeżeniach zarzutów formalnych: 1) naruszenia art. 607 ust. 4 zd. pierwsze ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych; 2) naruszenia art. 597 ust. 2 pkt. 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz 3) naruszenia art. 608 ust. 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutów merytorycznych Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych co do stwierdzonego w wyniku kontroli, naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 z uwagi na zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, w szczególności nie zastosowanie jakiegokolwiek trybu postępowania dla zamówień na letnie oczyszczanie miasta za „okres od lipca 2017 r. do dnia wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego (30 lipca 2021 r.). w zakresie dokumentów dotyczących zlecenia usług letniego oczyszczania miasta, w szczególności zleceń/faktur wystawionych na podstawie umów zawartych w roku 1995 r.”

Gmina realizowała do marca 2022 r. „letnie oczyszczanie miasta” na podstawie dwóch Umów zawartych w kwietniu 1995 r. z własną jednostką organizacyjną, która następnie została w 1998 r. przekształcona w spółkę akcyjną ze 100% kapitałem Gminy do roku 2001r. Z kolei W 2001 r. spółka zbyła ponad 61% kapitału zakładowego na rzecz podmiotu prywatnego.

Umowy zawarte przez Gminę przed objęciem jednostek samorządu terytorialnego obowiązkiem stosowania ustawy PZP mogły być kontynuowane na zasadach w nich określonych o ile łącznie zostały spełnione warunki, a mianowicie: (1) brak rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy, (2) brak zmiany podmiotu, z którym zawarto umowę.

Niewątpliwie zakres przedmiotowy umowy określa ramy świadczenia, do którego zobowiązany jest na podstawie umowy wykonawca. W sytuacji gdy umowa dotyczy świadczenia usługi, zakres realizacji umowy wyznaczany jest głównie poprzez oznaczenie czynności składających się na tę usługę, czy też mieszczących się w jej ramach. Ale nie tylko. Zakres świadczenia wyznaczony będzie także w takim wypadku liczbą danych czynności w określonej jednostce czasu, oraz rodzajem i ilością przedmiotów objętych czynnościami składającymi się na usługę. Zatem w przypadku usługi oczyszczania miasta na zakres takiej usługi składać się będą: (1) rodzaje czynności jakie ma podejmować wykonawca (np. mechaniczne zamiatanie ulic, mechaniczne mycie ulic, opróżnianie koszy, wywóz odpadów na wysypisko), (2) liczba tych czynności w określonej jednostce czasu, czyli częstotliwość wykonywania, (3) obszar objęty określonymi czynnościami (np. ulice, części ulic, wydzielone strefy miejskie). Zmiana w powyższych elementach poprzez zwiększenie rodzajów czynności, jakie ma wykonywać wykonawca umowy, zwiększenie częstotliwości ich wykonywania, lub zwiększenie obszaru objętego tymi czynnościami stanowić będzie rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy. Świadczenie może polegać na tym, że wykonawca ma obowiązek realizacji określonych czynności na pewnym obszarze, a innych na innym obszarze. W takim wypadku do zmiany zakresu realizacji usługi dojdzie także w sytuacji, gdy wykonawca zostanie

zobowiązany do wykonywania czynności objętych wprawdzie umową, ale nie przypisanych pierwotnie do danego obszaru. Pomimo, że wykonawca nie będzie musiał wykonywać czynności nowych, a wyłącznie mieszczące się w pierwotnie określonych ich rodzajach, to stanowić to będzie nowy sposób realizacji umowy. Tym samym każde wyjście poza zakres określony pierwotnie w umowie, czyli do chwili wejścia w życie ustawy PZP, zostałyby uznane za rozszerzenie zakresu zamówienia, które stanowi de facto nowe zamówienie i które powinno być udzielone zgodnie z procedurami zamówień publicznych obowiązującymi w czasie jego udzielania.

W stanie faktycznym tej sprawy, mając na uwadze niewątpliwie również zasady doświadczenia życiowego nie sposób przyjąć, aby w okresie 25 lat realizacji Umów przez Gminę nie doszło do jakichkolwiek zmian (rozszerzenia w powyższym rozumieniu) ich zakresu. Rozwój miast, jaki nastąpił w okresie ostatnich dwóch dekad: budowa nowych lub przebudowa istniejących ulic, chodników, Ścieżek rowerowych, placów, komunikacji, innej zabudowy, musiała doprowadzić do zmian w zakresie świadczenia usługi. Nie jest możliwym, by do dzisiaj zakres w rozumieniu rodzaju czynności, obszaru czynności czy ich częstotliwości, realizowanych przez Zakład Oczyszczania Miasta i jego następców prawnych, pozostał identyczny jak w roku 1995 r. Z ustaleń Kontrolującego takie okoliczności wynikają, zdaniem Izby, bezspornie. Są one wskazane w Informacji jak i w stanowisku Prezesa Urzędu. W szczególności obrazują to dane co do zwiększenia ilości realizacji usług w okresie objętym kontrolą chociażby porównując ze sobą harmonogram mechanicznego zamiatania ulic z roku 2018 z poleceniem wykonania prac związanych z mechanicznym zamiataniem wystawionym w dniu 17 marca 2020 r. W dokumentach stanowiących podstawę do zaakceptowania faktur wprost są wykazane ulice, wymienione w tych dokumentach, które były oczyszczane dodatkowo według zleceń, poza harmonogramem. Wskazywane w kontroli okoliczności potwierdzają, że Zamawiający z roku na rok zwiększał ilość

zlecanych usług. Zamawiający w zastrzeżeniach podnosi, że podczas kontroli nie zweryfikowano części usług, który mogą stanowić (...) ulice/chodniki/ścieżki/place/przystanki, których utrzymanie Gmina zlecała w latach 2017-2021, a które w ocenie Prezesa UZP wykraczały poza przedmiot Umów z uwagi na ich nie istnienie w dniu zawarcia Umów (...), jednakże taka weryfikacja mogłaby nastąpić na podstawie dokumentów Zamawiającego. Takich dokumentów Zamawiający nie dostarczył. Jak pisał Kontrolujący (...) Zamawiający niejednokrotnie oświadczał w pismach kierowanych do Urzędu, iż nie jest w posiadaniu dokumentów z 1995 r." Także Zamawiający w tych zastrzeżeniach nie wskazał jaka część usług zlecanych w latach 2017 — 2021 pokrywa się z usługami zlecanymi w 1995 roku, także w odniesieniu do ich wartości, których dotyczą zastrzeżenia. Przedstawione w kontroli rozliczenia wynikające m.in. z mechanicznego zmiatania ulic i chodników czy utylizację odpadów wskazują, że Zamawiający zlecając

dotatkowe usługi, zwiększające zakres prac, jak i ich częstotliwość, na przestrzeni kontrolowanych lat przekroczył próg od którego wymagane jest stosowanie ustawy Pzp.

Argumentacja Zamawiającego, co do opłacalności zlecenia usługi nie podlega analizie Izby. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, co podkreślał w stanowisku, dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą Pzp. Ta kontrola przeprowadzana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dokonywana jest wyłącznie w zakresie kryterium legalności, tj. zgodności procedury udzielania zamówień z przepisami ustawy Pzp. Tym samym Prezes Urzędu, a także i KIO, nie bada umiejętności zamawiającego w zakresie gospodarowania majątkiem, jego solidności, należytego wypełniania obowiązków i dotrzymywania zobowiązań (kryterium rzetelności), czy też przydatności dokonywanych zamówień do jego potrzeb (kryterium celowości).

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia kontroli potwierdziły „naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, w szczególności nie zastosowanie jakiegokolwiek trybu zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu". Z udostępnionych przez Gminę dokumentów wynika, iż w toku obowiązywania Umów doszło do rozszerzenia zakresu ich przedmiotowego poprzez zwiększenie katalogu czynności objętych świadczeniem wykonawcy. Do rozszerzenia zakresu przedmiotowego Umów doszło także z uwagi na naturę świadczenia nimi objętego. Usługi sprzątnia należą do świadczeń powtarzających się okresowo, których cechą charakterystyczną jest powiązanie zakresu z czynnikiem czasu. Im dłuższy okres realizacji usług, tym większy zakres przedmiotowy Umów. Oznacza to, że każdą kolejną jednostką czasu, w której Umowy są realizowane (wykonywane są czynności objęte Umowami), poszerza się ich zakres przedmiotowy. Dodatkowym czynnikiem, który musiał prowadzić do rozszerzenia zakresu Umów był rozwój miast, jaki nastąpił okresie ostatnich dwóch dekad: budowa nowych lub przebudowa istniejących ulic, chodników, ścieżek rowerowych, placów itd. Jak należy domniemywać, zakres Umów rozszerzono o usługi dotyczące wszelkich elementów infrastruktury, które nie istniały w 1995 roku. Gmina miała zatem obowiązek stosować do udzielania zamówień w okresie kontrolowanym regulacje ustawy Pzp. Uchybienie temu obowiązkowi, stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie wskazanym.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

Członkowie: