

Sygn. akt: KIO/KD 8/23

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 21 kwietnia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 5 kwietnia 2023 r. przez Wójta Gminy Giżycko, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 20 marca 2023 r. (znak: KND/122/22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg na terenie gminy Giżycko,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie : Monika Banaszkiewicz

Marek Bienias

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług w zakresie zimowego utrzymania dróg na terenie gminy Giżycko. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu.

W wyniku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia 31 grudnia 2021 r. Gminnemu Zakładowi Komunalnemu Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy przedmiotem zamówienia było zimowe utrzymanie dróg, chodników, ciągów pieszych i placów na nieruchomościach stanowiących własność Gminy Giżycko, dla których zarządcą jest Wójt Gminy Giżycko lub oddanych jej w posiadanie na podstawie innych tytułów prawnych oraz gruntach, na którym Gmina zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu o zawarte przez Gminę porozumienia oraz w oparciu o zasady opisane w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Stosownie do § 1 ust. 2 umowy do obowiązków wykonawcy należało:

- a) podjęcie czynności zabezpieczających i przygotowawczych do zimowego utrzymania dróg, polegających m.in. na przygotowaniu sprzętu, zakupie środków chemicznych i niechemicznych oraz materiałów do zimowego utrzymania dróg, w tym przygotowaniu zamówienia na usługi świadczone przez podwykonawców,
- b) odśnieżanie dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków,
- c) zwalczanie środkami chemicznymi i niechemicznymi gołodzi, szronu, sadzi, śliskości pośniegowej i lodowicy powstałej na nawierzchniach dróg, chodników ciągów pieszych i placów, przystanków,
- d) usunięcie luźnego śniegu, błota pośniegowego, śniegu zajeżdżonego, których grubość warstwy utrudnia ruch pojazdów i pieszych,
- e) usunięcie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń uprzątniętych z chodników przez właścicieli nieruchomości przyległych do dróg publicznych lub z innych chodników oddanych Gminie w posiadanie na podstawie innych tytułów prawnych oraz gruntu, na którym Gmina zobowiązała się świadczyć usługi w oparciu o zawarte przez Gminę porozumienia,
- f) załadunek i wywóz śniegu z terenu znajdującego się w posiadaniu Gminy,
- g) przemieszczanie nadmiernych zwałów śniegu powstałych przy odśnieżaniu dróg poza pas ruchu, których wystąpienie uniemożliwia utrzymanie dróg w ustalonych standardach zimowego utrzymania dróg określonych w Załączniku nr 2 do umowy,
- h) odśnieżania i usuwania lodu z płaskich połaci dachowych budynków znajdujących się w posiadaniu Gminy,
- i) likwidacji nawisów śnieżnych i sopli lodu powstałych na krawędziach dachów budynków znajdujących się w posiadaniu Gminy,

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

W § 11 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego (zał. nr 4 do zaproszenia do negocjacji z 14 grudnia 2021 r.) określono m.in. następujące postanowienia dotyczące podwykonawstwa:

1. Wykonawca zgodnie z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.
2. Wykonawca wykona przedmiot umowy samodzielnie z zastrzeżeniem ust. 3-6.
3. Wykonawca, w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, może powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy(om), mimo niewskazania w ofercie przetargowej takiej części zamówienia do powierzenia podwykonawcom. W takim przypadku, Wykonawca pisemnie niezwłocznie poinformuje Zamawiającego o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy(om) oraz poda jego dane podwykonawcy tj. nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli. W przypadku zmiany danych dotyczących podwykonawcy dokona ich aktualizacji.

Wykonawca pismem z 4 stycznia 2022 r. przedstawił Zamawiającemu zgłoszenie podwykonawców:

(...) informujemy o wynajmie sprzętu ciężkiego i specjalistycznego wraz z operatorami. Podwykonawcy to:

1. Usługi Rolne P. . (...)
2. D. L. Przedsiębiorstwo-Handlowo-Usługowe „DarKA”, SERWIS MOTOROWODNY „RAPID” (...)
3. K.S. LOG (...).

Do pisma Wykonawcy został dołączony wzór umowy o podwykonawstwo, w którym wskazano m.in. co następuje:

§ 1. Zleceniodawca, zleca a Zleceniobiorca zobowiązuje się wykonać usługę wynajmu sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.

§ 2.1. Wykonanie zadania określonego w § 1 niniejszej umowy może być wykonywane tylko i wyłącznie na zlecenie pracownika Gminnego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Bystrym, pełniącego nadzór nad akcją zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów, który wyznaczy drogę lub miejsce wykonania usługi.

2. Zgłoszenie będzie przekazane w formie pisemnej elektronicznej lub ustnej

(telefonicznie), po którym Zleceniobiorca niezwłocznie przystąpi do jego wykonania (nie później niż 45 minut od wezwania przez pracownika GZK Sp. z o.o. pełniącego nadzór nad akcją zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów.

3. Pełna gotowość do wykonania usługi obowiązuje od dnia zawarcia umowy.
4. Umowa zostaje zawarta na okres oddo 31 grudnia 2022 r.
5. Każdorazowe wykonanie zadania będzie niezwłocznie zgłoszone w GZK Sp. z o.o.
6. Czas pracy wykorzystywanego sprzętu będzie pisemnie potwierdzony przez

pracownika GZK Sp. z o.o. pełniącego nadzór nad akcją zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów.

7. Zleceniobiorca jest zobowiązany do naprawy każdej szkody wyrządzonej osobom trzecim podczas wykonywanej pracy lub poniesienia kosztów usunięcia wyrządzonej szkody.

8. Zleceniobiorca zapewni całodobową dyspozycyjność personelu i pracę sprzętu w razie takiej potrzeby, a w szczególności w porze nocnej w godz. 22:00-06:00.

9. W czasie awarii sprzętu Zleceniobiorcy, Zleceniobiorca zobowiązuje się podstawić sprawny sprzęt zastępczy.

10. Zleceniobiorca będzie dozorował roboty osobiście lub przez swoich przedstawicieli upoważnionych do reprezentowania Zleceniobiorcy wobec Zleceniodawcy w zakresie planowania i wykonania usług.

11. Do odśnieżania dróg, chodników i parkingów Zleceniobiorca użyje odpowiedniego sprawnego sprzętu, gwarantującego solidne usunięcie śniegu z jezdni i chodników. Sprzęt powinien być wyposażony i oznakowany zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz spełniać wymogi bezpieczeństwa i higieny pracy.

12. Zleceniobiorca oświadcza, że operatorem sprzętu specjalistycznego jest kierowca posiadający odpowiednie uprawnienia do jego prowadzenia.

13. Materiał do posypywania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko zapewnia Zleceniodawca.

14. Załadunek materiałów do posypywania (piasek, sól drogowa, mieszanka piaskowo-solna, chlorek magnezu) odbywać się będzie w siedzibie Zleceniodawcy Bystry 1H. Do załadunku zobowiązuje się Zleceniodawca. (...)

§ 4. Zleceniobiorca zobowiązany jest do dyspozycyjności sprzętu jak i siły roboczej (personelu na czasookres zawarcia niniejszej umowy tj. od dnia 2022 r. do dnia 31

grudnia 2022 r.

Pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umów o podwykonawstwo.

Zamawiający wyjaśnił w toku kontroli, że: realizacja zadań związanych z zimowym utrzymaniem dróg na terenie Gminy Giżycko przez Gminny Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Bystrym, na podstawie Umowy RRG.271.19.2021 z 31 grudnia 2021 r. odbywa się siłami własnymi zakładu. W odpowiedzi na wystąpienie Gminnego Zakładu Komunalnego, Gmina Giżycko wyraziła zgodę na zawarcie umów na wykonanie usługi w zakresie wynajmu sprzętu specjalistycznego nie będącego w posiadaniu GZK lub będącego w ilości niewystarczającej do realizacji zadania opisanego szczegółowo w § 1 „Przedmiot umowy” – ust. 2 ww. umowy.

W wyniku kontroli ustalono, że zawarte umowy miały następujące zakresy i wartości:

1. Umowa nr GZK/DT/1/2022 z 5 stycznia 2022 r. z P.M.– P. M. Usługi Rolne, obowiązująca od 5 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2022 r.:

1) przedmiot umowy – wynajem sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.

2) wynagrodzenie uzależniane od czasu pracy wynajętego sprzętu:

- traktor mocy pow. 95 KM z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 130,00 zł,
- traktor mocy pow. 210 KM z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 130,00 zł,

2. Umowa nr GZK/DT/2/2022 z 5 stycznia 2022 r. z D. L.– PPHU DarKa Serwis

Motorowodny RAPID, obowiązująca od 5 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r.:

1) przedmiot umowy – wynajem sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.

2) wynagrodzenie uzależniane od czasu pracy wynajętego sprzętu:

- traktor mocy pow. 140 KM z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 140,00 zł,
- piaskarka za godzinę pracy kwota netto 150,00 zł,
- traktor mocy pow. 140 KM za godzinę pracy kwota netto 255,00 zł,
- mały sprzęt do odśnieżania chodników za godzinę pracy kwota netto 115,00 zł.

3. Umowa GZK/DT/2/2022 z 5 stycznia 2022 r. z K. Sz. – LOG K. S., obowiązująca w okresie od dnia 5 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2022 r.:

1) przedmiot umowy – wynajem sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, chodników i parkingów na terenie Gminy Giżycko w roku 2022.

2) wynagrodzenie uzależniane od czasu pracy wynajętego sprzętu:

- samochód wyposażony w posypywarkę o pojemności min. 5m² i pług lemieszowy za godzinę pracy kwota netto 195,00 zł,
- koparko-ładowarka samojezdna kołowa z łyżką czołową o pojemności minimum 1,0 m³ za godzinę pracy kwota netto 100,00 zł,
- traktor z pługiem regulowanym obustronnie typu „V” za godzinę pracy kwota netto 100,00 zł.

Jak wynika z ustaleń kontroli, łączne otrzymane wynagrodzenie netto przez GZK Sp. z o.o. z tytułu realizacji umowy nr RRG.271.19.2021 z dnia 31 grudnia 2021r. od Gminy Giżycko wyniosło: 296.296,30 zł. Podwykonawcy otrzymali wynagrodzenie w kwocie netto: 1) P.M. Usługi Rolne, – 28.310,00 zł, 2) PPHU DarKa Serwis Motorowodny RAPID, – 26.312,90 zł, 3) LOG K. S. – 24.302,50 zł. Łączny procent wynagrodzenia GZK Sp. z o.o. wypłacony podwykonawcą wynosi 26,64 %.

Prezes Urzędu podniósł, że art. 214 ust. 9 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp zakaz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, która to część dotyczy głównego przedmiotu zamówienia, a zakaz ten obliuguje zamawiającego do weryfikacji zdolności wykonawcy, któremu udzielane jest zamówienie po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, celem ustalenia dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Prezes Urzędu wskazał, że aby uzyskać zamówienie wewnętrzne podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia – takie zamierzenie winno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie tylko jeśli jest zdolny do jego realizacji. Jeśli danego zamówienia typu in-house kontrolowana osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom – to ze swojej istoty zamówienie typu in-house przestaje mieć taki charakter.

W ocenie Prezesa Urzędu, biorąc pod uwagę charakter kontroli sprawowanej przez Zamawiającego względem wykonawcy GZK, nie może budzić wątpliwości fakt posiadania przez Zamawiającego wiedzy co do braku możliwości realizacji przez wykonawcę GZK przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uwzględniając krótki, zaledwie 5-dniowy okres pomiędzy zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (31 grudnia 2021 r.) a wyrażeniem przez Zamawiającego zgody na zawarcie umów o podwykonawstwo (5 stycznia 2022 r.), przy braku informacji o zasadniczej zmianie struktury pracowniczej lub majątkowej wykonawcy GZK w tym czasie, możliwe jest przyjęcie, że konieczność zawarcia przedmiotowych umów o podwykonawstwo była wiadoma już na etapie przed udzieleniem zamówienia. Powyższą konkluzję uprawdopodobnia także fakt, że wykonawca GZK zawarł uprzednio umowy o podwykonawstwo obowiązujące w okresie 30 listopada 2021 r. - 31 grudnia 2021 r. z tymi samymi podmiotami w związku z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego z 31 grudnia 2020 r. zawartej z Zamawiającym po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W odniesieniu do „części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia” użytego przez ustawodawcę w treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, Prezes Urzędu wskazał, że główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy. Oznacza to, że dopuszczalne jest podzlecanie elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie tego zamówienia.

Prezes Urzędu zaznaczył, że chociaż Zamawiający w piśmie do Urzędu z 5 września 2022 r. sprecyzował zakres przedmiotowy umów o podwykonawstwo jako wykonanie usługi w zakresie wynajmu sprzętu specjalistycznego niebędącego w posiadaniu GZK lub będącego w ilości niewystarczającej do realizacji zadania, to w rzeczywistości zakres ten nie obejmuje wyłącznie udostępnienia przez podwykonawcę sprzętu wykonawcy GZK, lecz wykonywanie przez osoby pozostające w dyspozycji podwykonawcy na sprzęcie należącym do podwykonawcy zadań wchodzących w główny zakres obowiązków wykonawcy GZK wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wynika to w szczególności z § 2 ust. 2, 11, 12 oraz § 4 wzoru umowy o podwykonawstwo oraz umów z 5 stycznia 2022 r. Zdaniem Prezesa Urzędu, zakres przewidzianego podwykonawstwa mieści się w zakresie zasadniczych zobowiązań wykonawcy GZK do odśnieżania dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków (§ 1 ust. 2 lit. b umowy w sprawie zamówienia publicznego),

jak również zwalczania środkami chemicznymi i niechemicznymi gołoledzi, szronu, sadzi, śliskości pośniegowej i lodowicy powstałej na nawierzchniach dróg, chodników ciągów pieszych i placów, przystanków (§ 1 ust. 2 lit. c umowy w sprawie zamówienia publicznego). Niezrealizowanie świadczeń stanowiących przedmiot umów o podwykonawstwo byłoby traktowane przez Zamawiającego jako naruszenie głównego zobowiązania umownego.

Prezes Urzędu podkreślił, że sam zakres ilościowy lub wartościowy prac czy długość okresu ich wykonywania nie może bezpośrednio przesądzać o odstąpieniu od traktowania określonych usług jako stanowiących część zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia, ten bowiem determinowany jest w pierwszym rzędzie aspektem jakościowym, a nie ilościowym czy wartościowym, które to czynniki mogą mieć dla oceny charakteru świadczenia znaczenie co najwyżej subsydiarne. Niemniej, jak wynika z uzyskanych od wykonawcy GZK informacji, umowy o podwykonawstwo zostały zawarte 5 stycznia 2022 r. z datą obowiązywania do dnia 31 grudnia 2022 r., co oznacza, że obejmują one praktycznie cały okres wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wyłączeniem okresu 1-4 stycznia 2022 r. stanowiącego relatywnie niewielką część rocznego okresu wykonywania umowy. Analogicznie uwzględniając przekazaną przez wykonawcę GZK informację, że łączny procent wynagrodzenia GZK wypłacony podwykonawcom wynosi 26,64%, powyższą wartość należy uznać za znaczną w kontekście zakresu zadań powierzanych podwykonawcom, wskazującą na ich istotny udział w realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że części zamówienia powierzone przez wykonawcę GZK podwykonawcom dotyczyły głównego przedmiotu zamówienia, co oznacza, że Zamawiający naruszył art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, Zamawiający bowiem udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo niedopuszczalności zastosowania tego trybu.

W dniu 5 kwietnia 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, podnosząc, że

zakwestionowane umowy podwykonawcze nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.19.2021 z 31 grudnia 2021 r., a dotyczyły najmu sprzętu niezbędnego do realizacji zadań własnych Gminy Giżycko powierzanych komunalnej spółce prawa handlowego GZK. Zamawiający zaznaczył, że Gminny Zakład Komunalny Sp. z o.o. jest komunalną spółką prawa handlowego powołaną na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, zgodnie z Uchwałą nr XI/139/2011 Rady Gminy Giżycko z 26 października 2011 r. powołaną do wykonywania zadań własnych Gminy Giżycko w zakresie gminnych dróg, ulic, mostów, placów, utrzymania

czystości i porządku. Zamawiający podniósł, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego, powołanej na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga w ogóle zawarcia umowy. Nie jest jednak wykluczone zawarcie umowy wykonawczej z takim „podmiotem wewnętrznym”, choć bez stosowania żadnego trybu udzielania zamówień publicznych. Reżim zamówień publicznych obejmuje jedynie zadania inne niż te, dla których gmina powołała jednostkę.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń, podtrzymując stanowisko z informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu zakwestionował przedstawioną w zastrzeżeniach tezę, że umowy podwykonawcze nie były bezpośrednio związane z głównym przedmiotem umowy nr RRG.271.19.2021 z 31 grudnia 2021 r., z uwagi na fakt, że umowy te dotyczyły najmu sprzętu niezbędnego do realizacji zadań własnych Gminy Giżycko powierzanych komunalnej spółce prawa handlowego GZK. Podniósł, że w informacji o wyniku kontroli wyraźnie wskazano postanowienia tych umów, z których wynika, że ich zakres nie obejmuje wyłącznie udostępnienia przez podwykonawcę sprzętu wykonawcy GZK, lecz wykonywanie przez osoby pozostające w dyspozycji podwykonawcy na sprzęcie należącym do podwykonawcy zadań wchodzących w główny zakres obowiązków wykonawcy GZK wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie zakwestionował ustaleń faktycznych kontroli w tym zakresie. Zdaniem Prezesa Urzędu zakres powierzonych podwykonawcom zadań jest szerszy niż „najem sprzętu” i obejmuje zasadnicze i pierwszorzędne zobowiązania wykonawcy GZK wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co daje podstawę do uznania, że nastąpiło w ten sposób powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 214 ust. 9 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu nie uwzględnił argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do kwestii wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp do powierzenia wykonawcy GZK wykonywania zadań w zakresie zadań spółki wynikających z uchwały rady gminy na podstawie ustawy o gospodarce komunalnej. Podkreślił, że stosownie do art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, poprzez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług i że nie budzi wątpliwości, że taka umowa została zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą GZK. Podkreślił, że z dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego w toku kontroli wynika, że Zamawiający stosował przepisy ustawy Pzp do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy

Pzp (m.in. pkt 3.1 ogłoszenia o wyniku postępowania; pkt 5 protokołu postępowania; §1 ust. 1 umowy z dnia 31 grudnia 2021 r.), co w świetle art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej, stanowiącego podstawę do powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej m.in. osobom prawnym w drodze umowy w trybie przepisów ustawy Pzp, pozwala na uznanie tej umowy za umowę w sprawie zamówienia publicznego. Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający w toku kontroli nie kwestionował faktu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, przeciwnie – w skierowanym do Urzędu piśmie z 5 września 2022 r. Zamawiający wprost referuje do przedmiotowego postępowania jako postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w wyniku którego zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego. Prezes Urzędu powołał się na stanowisko wyrażane w uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli nie jest dopuszczalne powoływanie nowych podstaw zastosowania trybu z wolnej ręki.

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

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny został ustalony w toku kontroli prawidłowo, a istotą sporu jest interpretacja tego stanu faktycznego i jego ocena pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Izby ocena dokonana przez Prezesa Urzędu jest prawidłowa. Nie powtarzając pełnej argumentacji przedstawionej w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, którą to argumentację Izba w całości podziela, tytułem uzupełnienia oraz podkreślenia niektórych aspektów Izba wskazuje, co następuje:

Art. 214 ust. 9 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie m.in. art. 214 ust. 1 pkt 11 (zamówienie in-house), nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Celem tego przepisu jest zapobieżenie sytuacji, w której zamówienie jest udzielane z wolnej ręki podmiotowi kontrolowanemu przez zamawiającego, który to podmiot następnie nie realizuje zasadniczego aspektu zamówienia, ale zleca to podwykonawcom. Prowadziłoby to bowiem do faktycznego udzielania zamówień z naruszeniem zasady konkurencyjności, z pomijaniem trybów konkurencyjnych, pod pozorem udzielania tzw. zamówień wewnętrznych.

Izba podziela przedstawioną przez Prezesa Urzędu wykładnię użytego w art. 214 ust. 9 ustawy Pzp określenia „główny

przedmiot zamówienia", do którego odnosi się zakaz podwykonawstwa. Za główny przedmiot zamówienia należy uznać to, co stanowi jego merytoryczną istotę i realizuje oczekiwany przez zamawiającego cel, w przeciwieństwie do świadczeń o charakterze pobocznym czy pomocniczym, które jedynie towarzyszą wykonywaniu głównego przedmiotu zamówienia i pomagają go zrealizować.

Analiza przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w powiązaniu z przepisem art. 214 ust. 9 tej ustawy, prowadzi do wniosku, że skorzystanie z tego trybu udzielenia zamówienia jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, kiedy podmiot, który ma realizować zamówienie, posiada faktyczną możliwość jego samodzielnego wykonania. Brak potencjału, który by to umożliwiał, musiałby bowiem skutkować zleceniem realizacji zamówienia innym podmiotom, co byłoby niezgodne z zakazem określonym w art. 214 ust. 9 ustawy Pzp i – jak wskazano powyżej – prowadziłoby do obejścia obowiązku udzielania zamówień z zachowaniem konkurencji.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że zakres świadczeń zleconych podwykonawcom stanowił główny przedmiot zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przedmiotem umów podwykonawczych nie był jedynie najem sprzętu potrzebnego do realizacji zamówienia, ale też wykonywanie tym sprzętem usług stanowiących istotę zamówienia i należących do głównych obowiązków wykonawcy (zimowe utrzymanie dróg). Świadczą o tym postanowienia umów podwykonawczych, które jednoznacznie przeczą tezie o ograniczeniu podwykonawstwa do najmu sprzętu. Z umów tych wynika, że do obowiązków podwykonawcy należy nie tylko zapewnienie sprzętu, ale również personelu, który będzie wykonywał odśnieżanie dróg, chodników i parkingów, po uprzednim załadunku materiałów do posypywania, co – w świetle umowy z 31 grudnia 2021 r. – należy do głównych obowiązków wykonawcy GZK, obejmujących odśnieżania dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków (§1 ust. 2 lit. b umowy) czy zwalczanie środkami chemicznymi i niechemicznymi gołoledzi, szronu, sadzi, śliskości pośniegowej i lodowicy powstałej na nawierzchniach dróg, chodników ciągów pieszych i placów, przystanków (§1 ust. 2 lit. c umowy). W ocenie Izby nie sposób uznać, że odśnieżanie oraz zwalczanie śliskości nie stanowi istoty zamówienia na zimowe utrzymanie dróg. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, potwierdzeniem tego jest okoliczność, że niezrealizowanie tych świadczeń objętych umowami podwykonawczymi musiałoby być niewątpliwie uznane za naruszenie głównych zobowiązań umownych przez wykonawcę GZK.

W tej sytuacji kwestią drugorzędą jest zakres ilościowy i wartościowy prac zleconych podwykonawcom, za rozstrzygające w tym względzie należy bowiem uznać ich merytoryczne i praktyczne znaczenie. Niezależnie jednak od powyższego, trudno uznać aby

udział wartościowy prac zleconych podwykonawcom w wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynoszący ponad 26%, był udziałem nieistotnym.

Izba podziela również stanowisko Kontrolującego, że Zamawiający musiał mieć od początku świadomość braku możliwości zrealizowania zamówienia przez wykonawcę GZK siłami własnymi, bez udziału podwykonawców. Świadczą o tym chociażby takie okoliczności, jak fakt wyrażenia zgody na zawarcie umów podwykonawczych zaledwie kilka dni po udzieleniu zamówienia i objęcie ich zakresem prawie całego okresu, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego czy uprzednie realizowanie analogicznych zamówień przez GZK z udziałem podwykonawców. Mając taką świadomość Zamawiający nie powinien udzielać zamówienia in-house, a skorzystanie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp może być w tych okolicznościach poczytane za próbę obejścia przepisów i naruszenie zasady konkurencyjności.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawione w zastrzeżeniach przez Zamawiającego stanowisko dotyczące wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp do powierzenia wykonawcy GZK wykonywania zadań w zakresie zadań spółki wynikających z uchwały rady gminy na podstawie ustawy o gospodarce komunalnej. W tym zakresie podkreślenia wymaga, że zawarta przez Zamawiającego umowa wypełnia wszystkie elementy definicji zamówienia publicznego określone w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp – jest odpłatną umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego usług od wybranego wykonawcy, podlega zatem przepisom ustawy Pzp. Potwierdza to mające odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania działanie samego Zamawiającego, który stosował te przepisy, prowadząc postępowanie w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Wobec powyższego brak jest podstaw do uwzględnienia wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń, a ocenę Prezesa Urzędu o naruszeniu przepisów art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp należy uznać za zasadną.

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

Przewodniczący: