

UZP/DKD/KND/18/15

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej**

#### **I. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.**

|                                     |                                                                          |
|-------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| <b>Zamawiający:</b>                 | Gmina Daleszyce<br>Plac Staszica 9<br>26-021 Daleszyce                   |
| <b>Rodzaj zamówienia:</b>           | roboty budowlane                                                         |
| <b>Przedmiot zamówienia:</b>        | budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami<br>dla miejscowości Suków |
| <b>Tryb postępowania:</b>           | brak stosowania przepisów ustawy Pzp                                     |
| <b>Wartość zamówienia:</b>          | 1 772 615,51 zł (419 563,90 euro)                                        |
| <b>Data wszczęcia postępowania:</b> | umowa zawarta w dniu 6 maja 2014 r.                                      |
| <b>Wszczęcie kontroli:</b>          | na wniosek                                                               |

#### **II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej z przykanalikami dla miejscowości Suków – odcinek od studzienki S768-S813.

Umowa nr 100/2014 w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 6 maja 2014 r. pomiędzy Gminą Daleszyce a Zakładem Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o., z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy wykonawca zobowiązał się wykonać samodzielnie cały zakres robót będący przedmiotem zamówienia.

Zamawiający aneksem z dnia 16 stycznia 2015 r. nr 1/2015 do ww. umowy zmienił m.in.:

- 1) termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy z dnia 30 września 2015 r. na dzień 16 stycznia 2015 r.;
- 2) wynagrodzenie ryczałtowe z kwoty 1 930 202,89 zł brutto (1 569 270,64 zł netto), na kwotę 994 325,69 zł brutto (808 394,87 zł netto).

W celu realizacji przedmiotowego zamówienia Zakład Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. zawarł następujące umowy:

- 1) w dniu 14 lipca 2014 r. umowę nr 14/07/2014/Suków z konsorcjum [REDAKTED] na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS II na odcinku pomiędzy studniami S769-S800 wraz z przyłączami w miejscowości Suków;
- 2) w dniu 4 sierpnia 2014 r. umowę nr 4/2014 z [REDAKTED] na kompleksową obsługę geodezyjną budowy: Sieci Ks ob. Suków gm. Daleszyce w tym: wytyczenie sieci ks oraz przyłączy do budynków, założenie reperów roboczych wraz z inwentaryzacją powykonawczą w/w obiektów od studni S768 do S813;
- 3) w dniu 1 października 2014 r. umowę z wykonawcą [REDAKTED] na wykonanie przykanalików z rur o średnicy 160 mm w miejscowości Suków;
- 4) w dniu 22 października 2014 r. umowę nr 1/10/2014/Suków z wykonawcą [REDAKTED] na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS II na odcinku pomiędzy studniami S780-S813 w miejscowości Suków.

Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2015 r. wyjaśnił, iż kwota wypłaconego wynagrodzenia z tytułu umów zawartych przez Zakład Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. z podwykonawcami wynosiła łącznie 340 178,50 zł netto (418 419,55 zł brutto) w ramach realizacji prac zleconych.

Zamawiający w piśmie z dnia 12 marca 2015 r. wskazał, iż do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosował przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Pzp. Do powyższego pisma zamawiający załączył akt założycielski Zakładu Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. – akt notarialny Repertorium A 997/2011 z dnia 10 marca 2011 r., z którego wynika, iż organem założycielskim spółki była Gmina Daleszyce, która posiada w nim 100% udziałów. W § 6 ww. dokumentu wskazano, iż przedmiotem działalności ww. spółki jest m.in. wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych.

Zgodnie z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- a) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,
- b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885).

Wyłączenie ustawowe, o którym mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Pzp będzie zatem dotyczyło wyłącznie sytuacji, gdy zamówienie będzie udzielane instytucji gospodarki budżetowej w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje jej organu założycielskiego.

W tym miejscu, należy wskazać, iż zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, instytucja gospodarki budżetowej może być tworzona przez:

- 1) ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek;
- 2) organ lub kierownika jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, jako organu wykonującego funkcje organu założycielskiego (Kancelaria Sejmu, Kancelaria Senatu, Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Trybunał Konstytucyjny, Najwyższa Izba Kontroli, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz wojewódzkie sądy administracyjne, Krajowa Rada Sądownictwa, sądownictwo powszechne, Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze i Państwowa Inspekcja Pracy).

W myśl art. 9 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, organ władzy publicznej jest pojęciem obejmującym swoim zakresem m.in. organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Należy wskazać, że jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki nie stanowią organów władzy publicznej w rozumieniu ustawy

o finansach publicznych. Powyższe oznacza, że jednostka samorządu terytorialnego jaką jest gmina nie ma podstaw prawnych by utworzyć instytucję gospodarki budżetowej.

Tym samym, nie sposób uznać, iż Zakład Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. stanowi instytucję gospodarki budżetowej, o której mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, bowiem jego organem założycielskim (Gmina Daleszyce) nie był podmiot wymieniony w art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Powyższa okoliczność wyklucza możliwość udzielania przez Gminę Daleszyce zamówień Zakładowi Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. bez stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Pzp.

Jednocześnie, należy wskazać, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) możliwe jest zlecenie przez jednostkę samorządu terytorialnego realizacji zadań własnych utworzonej przez tę jednostkę spółce prawa handlowego, z pominięciem przepisów ustawy Pzp (tzw. „in house”). Przy czym dopuszczalność wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp w powyższym przypadku uzależniona jest od spełnienia następujących przesłanek:

- 1) sprawowanie nad spółką przez podmiot publiczny kontroli podobnej, czy też „analogicznej” do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb oraz
- 2) wykonywanie przez kontrolowany podmiot zasadniczej części jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa).

Ponadto, w sytuacji opisanej powyżej, podmiot któremu zamawiający udziela zamówienia „in house”, powinien być w stanie wykonać je samodzielnie (własnymi siłami), zatem bez udziału podwykonawców. W przeciwnym bowiem razie doszłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy (w tym również podwykonawcy), który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. 2011 r., Nr 45 poz. 236) jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać, w drodze umowy, wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy o finansach publicznych, w trybie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisów ustawy o działalności

pożytku publicznego i o wolontariacie, przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym albo na zasadach ogólnych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05) wskazał, iż ustawa Pzp „[...] nie ma zastosowania, jeżeli wykonywanie przez jeden podmiot na rzecz drugiego usług, dostaw lub robót budowlanych, czyli świadczeń, które mogą być przedmiotem zamówienia publicznego, stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa”. Ponadto, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie – przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania”. Jednocześnie, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż „w stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę”. Jeżeli zatem powierzenie zadań użyteczności publicznej jednostce organizacyjnej gminy następuje drogą aktu kreującego tę jednostkę do przypadku takiego nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Pzp. Tym samym, powierzenie zadań spółce prawa handlowego powinno nastąpić nie w drodze zawarcia umowy cywilnoprawnej pomiędzy gminą a spółką, lecz na podstawie aktu ustanawiającego spółkę.

Realizowanie przez spółkę utworzoną przez jednostkę samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, zadań z zakresu gospodarki komunalnej (ustalonych uchwałą organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego - art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej oraz aktem tworzącym spółkę), należy odróżnić od powierzenia takich zadań na podstawie umowy cywilnoprawnej. W pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu gospodarki komunalnej w imieniu własnym i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku. Jeżeli natomiast zakres powierzonych przez gminę spółce zadań wykracza poza zakres wykonywanych przez tę spółkę zadań komunalnych (dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy spółka nie jest w stanie zrealizować zamówienia własnymi siłami), a ich powierzenie następuje na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego. W tych okolicznościach zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp i wykluczona jest możliwość powierzenia tych zadań w trybie „in house”.

Z ustaleń dokonanych w toku prowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych postępowania wyjaśniającego wynika, iż Zakład Usług Komunalnych

w Daleszycach sp. z o.o. nie miał fizycznie możliwości wykonania prac objętych umową w dniu jej zawarcia, bowiem większość pracowników zatrudniona była w administracji, a sama spółka dysponowała tylko jedną koparką.

W sprawozdaniu z audytu wewnętrznego przeprowadzonego w Urzędzie Miasta i Gminy Daleszyce sporządzonego w dniu 16 lutego 2015 r. wskazano, iż *„w chwili powierzenia wykonania zadania Spółce [Zakład Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o.], Burmistrz Miasta i Gminy Daleszyce miał wiedzę na temat potencjału technicznego i osobowego Spółki, w której 100% udziałów posiadała gmina, mianowicie że nie jest ona w stanie samodzielnie wykonać zamówienia lecz będzie je realizowała przy udziale podwykonawców”*.

Zatem w przedmiotowej sprawie, okoliczność, iż Zakład Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. nie był w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia własnymi siłami potwierdzają ww. ustalenia, jak również fakt zawarcia przez Zakład Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. ww. umów podwykonawstwa.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego z zaniechaniem stosowania przepisów ustawy Pzp, a nie z udzieleniem tzw. zamówienia „in house”, jest okoliczność zawarcia w dniu 6 maja 2014 r. przez Gminę Daleszyce z Zakładem Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. odpłatnej umowy cywilnoprawnej w sprawie realizacji niniejszego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż zamawiający (Gmina Daleszyce) naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 oraz art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia Zakładowi Usług Komunalnych w Daleszycach sp. z o.o. (umowa nr 100/2014 z dnia 6 maja 2014 r.) bez stosowania przepisów ustawy Pzp, pomimo iż podmiot ten nie był instytucją gospodarki budżetowej, jak również nie był w stanie wykonać go własnymi siłami i w konsekwencji zlecił jego realizację podwykonawcom.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).