



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Warszawa,22.06..... 2020 roku

DKZP.WKZ3.442.5.2020.MK
KND/25/20/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Drezdenko ul. Warszawska 1 66-530 Drezdenko
Rodzaj zamówienia:	usługi
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie gminy Drezdenko
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	413 881,00 zł (95 990,21 euro)
Wszczęcie postępowania:	13.12.2018 r. (data przekazania zaproszenia do negocjacji)
Środki unijne:	nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: „ustawa Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

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

UZASADNIENIE

Ad. 1)

W dniu 6 lutego 2019 r. Zamawiający – Gmina Drezdenko zawarł umowę nr GG.7021.7.11.2018 z Wykonawcą Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Drezdenku (dalej: „PGKiM”) w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie *świadczenia usług w zakresie: administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Drezdenko* po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W punkcie 4 protokołu postępowania zamawiający wskazał, iż *podstawę prawną udzielenia zamówienia stanowią przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.*

Zamawiający wyjaśnił, iż *Gmina Drezdenko będąc jednostką samorządu terytorialnego należy do grona jednostek, która zamierza udzielić zamówienia spółce prawa handlowego, spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego KRS: 0000179426 posiadającej osobowość prawną oraz spełniającej łącznie warunki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12, oraz w art. 67 ust. 10 pkt 2 ustawy Pzp.*

PGKiM sp. z o.o. jest spółką, gdzie do Gminy Drezdenko należy 88,77% udziałów. Pozostali udziałowcy należą do grupy, o której mowa w art. 67 ust. 10 pkt 2 (udział pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadający łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu).

Przedmiotem działalności m.in. są:

68.32.Z Usługi zarządzania nieruchomościami świadczone na zlecenie,

81.29.Z Pozostałe sprzątnie,

81.30.Z Działalność usługowa, związana z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Spółka spełnia łącznie warunki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz w art. 67 ust. 10 pkt 2 ustawy Pzp.

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

Pomimo jednoznacznej opinii prawnej mec. Horodyskiego oraz zdecydowanych oświadczeń spółki PGKiM sp. z o.o. w przedmiocie spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 – po zmianie na stanowisku burmistrza Drezdenka, a także po zmianie podmiotu wykonującego stałą obsługę prawną – możliwość takiego udzielenia zamówienia publicznego wzbudziła podejrzenia i została poddana dodatkowej analizie.

Ponadto, Zamawiający wskazał, iż 1 kwietnia 2019 r. wydana została opinia prawna w tym przedmiocie przez radcę prawnego Marcina Tulińskiego i radcę prawnego Michała Pieroga. Wskazywała ona na poważne wątpliwości wobec możliwości zastosowania trybu in-house w stosunku do spółki PGKiM sp. z o. o.

Jak podkreślił Zamawiający, w myśl tej opinii – w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń – spółka ta spełniała tylko jedną przesłankę (art. 67 ust. 1 pkt 12 a, w przypadku pozostałych – były wątpliwości). Te wątpliwości sprawiły, że odstąpiono od poglądu, który w poprzednich latach prowadził do udzielania zamówień publicznych w trybie in-house z pominięciem procedury przetargowej. Obecne władze Gminy Drezdenko stanęły na stanowisku, iż jeśli są jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie możliwości skorzystania z tego trybu – to z daleko posuniętej ostrożności należy z niego zrezygnować i przeprowadzić przejrzyste i konkurencyjne postępowanie przetargowe. Tak też się stało – wszystkie zamówienia dotychczas objęte umową in-house zostały udzielone w trybie przetargu nieograniczonego i Gminy Drezdenko nie wiąże obecnie żadna umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przekazał jednocześnie umowę nr GG.7021.2.3.9.2019 z dnia 2 stycznia 2020 r. na administrowanie i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy Drezdenko, zawartą z PGKiM. Z powyższego wynika, że ten sam wykonawca – PGKiM – na wykonywanie analogicznego zadania w 2020 r. został wybrany w drodze przetargu nieograniczonego.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest

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

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

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

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

Na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego należy wskazać co następujące.

W odniesieniu do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp, jak wskazano w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”:

Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną (...). Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres

wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie etc.). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylecia tego marginesu swobody.

Analiza przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym umowy Spółki PGKiM sp. z o.o. przemawia za uznaniem, iż Zamawiający sprawuje nad Wykonawcą PGKiM kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy PGKiM, co przejawia się m.in. w strukturze własnościowej ww. spółki, jak również w kompetencjach i strukturze jej organów. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za spełnioną przesłankę wyrażoną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp.

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

Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą.

Zgodnie zaś z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, aby obliczyć procent działalności, należało uwzględnić średni przychód osiągnięty z tej działalności za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Dane zawarte w informacji o przychodach ze sprzedaży usług za lata 2016, 2017 i 2018, przesłanych przez Zamawiającego i Wykonawcę PGKiM wskazują, iż działalność Wykonawcy, powierzona mu przez Zamawiającego lub przez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, w latach 2016-2018 nie przekraczała 90% całkowitej działalności tego Wykonawcy. Z przedłożonych przez Wykonawcę i Zamawiającego wykazów przychodów ze sprzedaży usług wynika, iż w roku 2016 procentowy udział zadań powierzonych PGKiM wynosił 65,43%, w roku 2017 – 66,11%, natomiast w 2018 r. – 69,60%.

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

Odnosnie przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c ustawy Pzp, należy podkreślić, że Zamawiający, wbrew spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki, nie wykazał, że w PGKiM nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Potwierdza to oświadczenie Zamawiającego w piśmie z dnia 5 czerwca 2020 r., że w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń w stosunku do Wykonawcy PGKiM została spełniona tylko jedna przesłanka, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a, w przypadku pozostałych – były wątpliwości. Jak podkreślił Zamawiający, te wątpliwości sprawiły, że odstąpił on od poglądu, który w poprzednich latach prowadził do udzielania zamówień publicznych w trybie *in-house* z pominięciem procedury przetargowej.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Drezdenku, któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania mimo, że w związku z brakiem spełnienia wszystkich przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp powinno być przeprowadzone postępowanie konkurencyjne.

Ad. 2)

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

W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje.

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

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

Tym samym należy wskazać, iż Zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ww. informacji o udzieleniu zamówienia na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, którego to obowiązku Zamawiający nie zrealizował.

Reasumując, Zamawiający poprzez zaniechanie zamieszczenia w ww. terminie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informacji o udzieleniu zamówienia naruszył przepis art. 67 ust. 13 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 3)

Zgodnie z pkt 6 Informacji o zamiarze zawarcia umowy (RI.271.1.42.2018) planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy miał obejmować okres od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2019 r.

Umowa została zawarta w dniu 6 lutego 2020 r., jednak zgodnie z §2 obowiązywała od dnia 1 stycznia 2019 r.

W piśmie z dnia 23 lipca 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że ww. okoliczność wynika z daty przedłożenia umowy do podpisu Zastępcy Burmistrza Drezdenka, przy czym wynika to z faktu, że strony umowy pozostawały w zgodnym przekonaniu co do zawarcia umowy w formie pisemnej już dnia 21 grudnia 2018 r.

Następnie Zamawiający przedstawił argumentację, w świetle której rygor formy pisemnej umowy spełnia protokół negocjacji. W tym zakresie niezbędnym jest dookreślenie, że w kontekście przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również Kodeksu cywilnego do złożenia zgodnych oświadczeń woli co do essentialia negotii umowy doszło dnia 21 grudnia 2018 r. Dokument został jednocześnie podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania zarówno spółki, jak i Gminy Drezdenko. Strony zgodnie zaakceptowały treść załącznika w postaci umowy, jak również wysokość miesięcznego wynagrodzenia. Protokół wraz z załącznikami spełnia wszelkie przesłanki umożliwiające uznanie go za umowę.

Zamawiający dodał, iż powyższe potwierdzają okoliczności faktyczne sprawy – do realizacji umowy doszło dnia 1 stycznia 2019 r. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że wykonawca PGKIM jako profesjonalny przedsiębiorca, jak również Gmina Drezdenko miały świadomość, że protokół kontroli zastępuje ich zgodne oświadczenia woli złożone w formie pisemnej. Zaakceptowany i podpisany protokół z negocjacji zawiera wszelkie elementy konieczne umowy, w tym wysokość uzgodnionego wynagrodzenia, czas jej obowiązywania, jak też inne elementy obligatoryjne. Ponadto, o tym, że strony protokół uważają za umowę docelową należy uznać złożone oświadczenia np. co do wykonywania zamówienia z udziałem podwykonawców. Chęć podpisania umowy wskazana w treści protokołu stanowi wyłącznie potwierdzenie uzgodnień, bowiem strony wyraziły zgodę na wszelkie warunki ustalone w trakcie negocjacji i niezwłocznie przystąpiły do realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający podkreślił także, że umowa z dnia 6 lutego 2019 r. ma charakter deklaratoryjny wobec oświadczeń woli złożonych w formie pisemnej w grudniu 2018 r. Potwierdza to także judykatura, w szczególności w treści art. 72 §1 k.c. poprzez stwierdzenie, że jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

Jak stanowi Protokół z negocjacji przeprowadzonych w dniu 21 grudnia 2018 r. strony wyrażają chęć podpisania umowy zgodnej z wzorem ustalonym podczas negocjacji. W Protokole tym znalazły się także ustalenia co do wynagrodzenia za realizację zamówienia. Z kolei w Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z dnia 27 lutego 2019 r. w pkt. IV. 1) wskazano jako datę udzielenia zamówienia 6 lutego 2019 r.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z art. 139 ustawy Pzp:

1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Ponadto, jak stanowi art. 72 Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”):

§ 1. Jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

W świetle powyższych przepisów, co do zasady, umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia muszą być – pod rygorem nieważności – zawierane w formie pisemnej.

Formę pisemną określają przepisy k.c. W świetle art. 78 § 1 k.c., do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczające jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, a do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany.

Należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie określają sposobu zawarcia umowy, również w przypadku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zgodnie z art. 68 ust. 1 ustawy Pzp wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Zatem należy przyjąć, że możliwe jest zawarcie umowy np. przez wymianę dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli (np. wypełnionego wzoru umowy, stanowiącego element dokumentacji postępowania), z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, choć w praktyce najczęściej dochodzi do złożenia podpisów przez obie strony na jednym dokumencie.

W tym kontekście istotna jest także interpretacja art. 72 k.c. W doktrynie wskazuje się, że mimo spełnienia wymogu dojścia do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy będących przedmiotem negocjacji, nie dojdzie do zawarcia umowy, jeśli strony zastrzegły np., że umowa będzie zawiązana w późniejszym terminie, lub że do jej zawarcia konieczne jest dokonanie określonej czynności lub dochowanie szczególnej formy.¹

Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając okoliczności postępowania, należy stwierdzić, że w postępowaniu tym nie doszło do zawarcia umowy w wymaganej prawem formie pisemnej poprzez jedynie podpisanie protokołu negocjacji. Przepisy prawa nie przewidują bowiem takiej formy zawarcia umowy. Za powyższym stanowiskiem przemawia także to, że w protokole z negocjacji przeprowadzonych w dniu 21 grudnia 2018 r. zostało wprost stwierdzone, iż strony wyrażają chęć podpisania umowy zgodnej z wzorem ustalonym podczas negocjacji. Protokół ten nie mógł więc, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, stanowić umowy docelowej. Świadczy o tym również fakt, że w Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z dnia 27 lutego 2019 r. w pkt. IV. 1)

¹ A. Nowacki, Komentarz do art. 72 Kodeksu cywilnego, [w:] K. Osjada, *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 25, Legalis.

wskazano jako datę udzielenia zamówienia datę zawarcia umowy w formie pisemnej, tj. 6 lutego 2019 r.

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

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

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

ZASTĘPCA DYREKTORA
Departament Kontrol Zamówień Publicznych

Katarzyna Tyc-Okońska