

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 18 października 2016 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z 21 września 2016 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gmina Spytkowice, ulica Zamkowa 12, 34-116 Spytkowice

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej UZP/DKUE/KD/119/2016, w przedmiocie *Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Spytkowice od 9 366 mieszkańców wskazanych w deklaracjach i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne” oraz przygotowanie odpadów do odbioru – celem właściwego zagospodarowania – przez firmę wyłonioną w przetargu*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Spytkowice - realizowała bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 ust. 13 ustawy Prawo zamówień publicznych *Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Spytkowice od 9 366 mieszkańców wskazanych w deklaracjach i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne” oraz przygotowanie odpadów do odbioru – celem właściwego zagospodarowania – przez firmę wyłonioną w przetargu.*

Wartość zamówienia – zlecenie zostało podzielonych na 12 części, łącznie wartość zamówienia wynosiła 333 653,33 zł (78 973, 07 euro).

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny oraz stwierdził następujące naruszenia (UZP/DKUE/KD119/2016):

Gmina Spytkowice powierzyła Z. wykonanie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od 9 633 właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, wykazanych w deklaracjach i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne”.

Powierzenie zadania nastąpiło w formie cyklicznych zleceń z dni: 02.01.2014 r., 03.02.2014 r., 03.03.2014 r., 01.04.2014 r., 05.05.2014 r., 02.06.2014 r., 01.07.2014 r., 01.08.2014r., 01.09.2014 r., 06.10.2014 r., 03.11.2014 r., 01.12.2014 r. Zlecenia były udzielane przez Urząd Gminy w Spytkowicach, reprezentowany przez X na rzecz zleceniobiorcy Z.

Zleceniobiorca jest samorządowym zakładem budżetowym utworzonym przez Radę Gminy Spytkowice uchwałą z dnia 08.11.2010 r. (Uchwała nr XLV/328/10) na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit h ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 nr 142, poz. 1591 ze zm.) art. 6 ustawy z dnia 20.12. 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. nr 9, poz. 43 ze zm.) oraz na podstawie art. 16 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2009 nr 157, poz. 1240). Z, jako samorządowy zakład budżetowy jest jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej.

W ww. zleceniach wykazano, iż Urząd Gminy w Spytkowicach „zleca wykonanie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Spytkowice od 9 366 mieszkańców wykazanych w deklaracjach

i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne””. Łączna wartość ww. zleceń wynosiła 333.653,33 zł.

Zgodnie z art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (wg stanu na dzień zlecenia powyższych zadań), ustawy 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).

Definicję instytucji gospodarki budżetowej zawiera art. 23 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych, która:

- 1) odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania;
- 2) pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przychodów

Z art. 23 ust. 2 ww. ustawy wynika, że instytucja gospodarki budżetowej może być tworzona przez ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek lub organ lub kierownika jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2 ustawy, jako organu wykonującego funkcje organu założycielskiego. W tym kontekście art. 139 ust. 2 ustawy wymienia następujące podmioty: Kancelarię Sejmu, Kancelarię Senatu, Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Trybunał Konstytucyjny, Najwyższą Izbę Kontroli, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny wraz z wojewódzkimi sądami administracyjnymi, Krajową Radę Sądownictwa, sądownictwo powszechne, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka, Krajową Radę Radiofonii i Telewizji, Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej – Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze i Państwową Inspekcję Pracy.

Powyższe oznacza, że gmina nie stanowi podmiotu uprawnionego do utworzenia instytucji gospodarki budżetowej, a tym samym nie może wykazać w rocznym sprawozdaniu zamówień udzielonych instytucji gospodarki budżetowej.

Zamawiający będący jednostką administracji samorządowej ma możliwość powierzenia wykonywania zadań własnych powołanym w tym celu jednostkom organizacyjnym.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 08.03 1990 r. o samorządzie gminnym, formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa odrębna ustawa, tj. ustawa z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej, gdzie w art. 2 zostało wskazane, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Jak już wskazano, utworzenie przez gminę samorządowego zakładu budżetowego w celu wykonywania zadań własnych jest jedną z podstawowych i dopuszczalnych prawem form wykonywania zadań gminy w sferze użyteczności publicznej. Decyzja o powierzeniu tworzonemu samorządowemu zakładowi budżetowemu wykonywania zadań publicznych materializuje się w stosownej uchwale organu gminy (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie regulującym zadania i sposób działania zakładu (statut zakładu nadany uchwałą rady gminy).

Podjęcie takiej decyzji przez organ gminy nie stanowi jednak udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Tytułem do wykonywania przez samorządowy zakład budżetowy określonych zadań komunalnych jest decyzja organu gminy.

W takim przypadku gmina nie nabywa od zakładu żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a zakładem nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich.

Jak wskazano powyżej, do powierzenia zadań gminy z zakresu gospodarki komunalnej samorządowemu zakładowi budżetowemu utworzonemu przez gminę, w drodze aktu kreującego ten zakład, przepisy ustawy Pzp nie znajdują zastosowania. Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11.08.2005 r. (sygn.. akt II GSK 105/05) W wyroku tym NSA stwierdził, iż „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania (...)” Zatem uznać należy, że w typowej sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego wykonuje swoje zadania powierzając realizację określonego zadania podmiotowi stanowiącemu odrębną jednostkę organizacyjną, ale podległą kierownictwu jednostki

samorządu terytorialnego, takie powierzenie mieści się w sferze władztwa wewnętrznego jednostki samorządu terytorialnego, która samodzielnie decyduje o sposobie wykonywania zadań własnych. Zamówienia takie są określane mianem zamówień „in house”. Powierzenie takie nie stanowi udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp.

Jednakże, w niniejszej sprawie zlecenie zadań Z. polegało na odbiorze odpadów z nieruchomości położonych na terenie Gminy Spytkowice zamieszkałych przez mieszkańców, a zatem w sytuacji prawnej, w której istnieją przepisy *lex specialis*, które wprost wskazują, że przeprowadzenie postępowania w reżimie ustawy Pzp jest obowiązkowe i zamawiający jest zobowiązany stosować ustawę Prawo zamówień publicznych.

Obowiązek zorganizowania odbioru odpadów komunalnych przez gminę wynika bezpośrednio z treści art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.) zwanej dalej „ucpg”, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Ww. przepis wskazuje jednoznacznie, iż organizacja odbioru odpadów komunalnych stanowi zadanie własne gminy.

Kluczowym dla niniejszej sprawy jest wynikający z art. 6d ust. 1 upcg bezwzględny obowiązek zorganizowania przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c upcg, albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.

Art. 6g upcg wprost wskazuje, iż do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1 w zakresie nieuregulowanym w upcg, stosuje się ustawę Prawo zamówień publicznych. Z kolei art. 6e upcg stanowi, iż spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na zlecenie gminy, w przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu.

Należy wskazać, że w powyższej sprawie wielokrotnie wypowiadało się Ministerstwo Środowiska. Z odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Środowiska – z upoważnienia ministra - na interpelację nr 2479 w sprawie interpretacji zapisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dostępna na: www.sejm.gov.pl) wynika, że „(...) celem ustawodawcy wyrażonym w art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 152, poz. 897) było zobowiązanie wójta, burmistrza, prezydenta miasta do wybrania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości w drodze przetargu. Ustawa nie dopuszcza innego sposobu wyboru podmiotu świadczącego te usługi.

Ponadto art. 6f ust. 2 precyzuje przypadek, w jakim gmina może zlecić odbieranie odpadów komunalnych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jedynym takim przypadkiem jest rozwiązanie umowy na odbieranie odpadów komunalnych z podmiotem wyłonionym w drodze przetargu i konieczność zapewnienia świadczenia odbierania odpadów komunalnych do czasu rozstrzygnięcia następnego przetargu (który wójt, burmistrz, prezydent jest zobowiązany zorganizować niezwłocznie). (...) Ponadto należy zauważyć, że art. 6g ww. ustawy wskazuje, że do przetargów w zakresie nieuregulowanym ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...).”

Odnosnie powyższego ograniczenia wynikającego z art. 6d i art. 6e ucpg wypowiedział się także Trybunał Konstytucyjny, który wskazał, że w świetle art. 6d ust. 1 i 6e upcg „nie jest możliwe powierzenie odbioru odpadów komunalnych jednostkom organizacyjnym gminy poza procedurą zamówienia publicznego. Działanie na tym polu wymaga przekształcenia samorządowego zakładu budżetowego, który zgodnie z zakwestionowanym art. 6e ustawy o utrzymaniu w czystości może obierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, o ile został wybrany w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości. (...) Wymóg zorganizowania przetargu oraz związane z tym ograniczenia dla gminnych jednostek organizacyjnych dotyczą bezpośrednio odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (art. 6d i art. 6e w związku z art. 6c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości). Odbiór odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości niezamieszkałych oraz zagospodarowanie tych odpadów, o ile rada gminy nie skorzysta z kompetencji przewidzianej w art. 6c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości, może odbywać się na innych zasadach”. Zdaniem Trybunału, za koniecznością stosowania procedur przetargowych „Przemawia (...) argument z przebiegu prac legislacyjnych. W uzasadnieniu projektu ustawy przyjęto, że "gminy będą wyłaniały w drodze przetargu podmioty prowadzące działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, co tym samym będzie się wiązało z koniecznością przekształcenia gminnych jednostek organizacyjnych w spółki prawa handlowego" (druk sejmowy nr 3670/VI kadencja) oraz powołane wcześniej stanowisko Ministerstwa Środowiska. Co więcej, art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości został sformułowany kategorycznie, a prawodawca nie przewidział w tym zakresie żadnych wyjątków. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby w istocie do obejścia ustawy. Spółki z udziałem gminy są uprawnione do odbierania odpadów komunalnych, o ile zostaną wybrane w drodze określonej w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości. Przy interpretacji art. 6d ust. 1 i art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości nie znajduje podstaw

odwołanie się do art. 3 ust. 2 pkt 1 tejże ustawy. Należy bowiem zauważyć, że przepis odnosi się do całokształtu działalności gminy przewidzianej w tej ustawie dla realizacji zadania utrzymania w niej czystości i porządku. Zakwestionowane przepisy dotyczą zaś przetargu na odbiór odpadów komunalnych. W tym sensie art. 6d ust. 1 i art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości są regułą ograniczającą stosowanie zasady wynikającej z art. 3 ust. 2 pkt 1 tej ustawy (...)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. K 17/12). Powyższe stanowisko poparł także Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 września 2014 r. (sygn. akt II OSK 1314/14).

Ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw stanowi *lex specialis* względem ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, wobec czego mając na uwadze regulacje zawartą w art. 6d ust. 1 upcg, w zakresie wyboru wykonawcy na usługę odbioru odpadów komunalnych, wyłączone jest stosowanie art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z wyłączenia stosowania procedury przetargowej. Przedmiotem udzielonych przez Gminę Spytkowice zleceń był odbiór odpadów od mieszkańców gminy bezpośrednio z ich nieruchomości. Jak wskazano powyżej, wykonawcą wymienionych czynności może być wyłącznie przedsiębiorca wyłoniony w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6 d ust. 1 upcg. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w myśl przepisu art. 6g upcg w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie stosuje się przepisy ustawy Pzp. Stosownie natomiast do art. 10 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielenia zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zgodnie z którymi w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu mogą wziąć udział wszyscy zainteresowani wykonawcy (arg. z art. 39 i 47 ustawy Pzp). Ponadto zgodnie z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia zaś udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wobec powyższego Prezes UZP stwierdził, że w przedmiotowej sprawie zamawiający udzielając ww. zamówienia bez przeprowadzenia przetargu w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, do której odsyła art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

II.

**Pismem z 21 września 2016 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych
26 września 2016 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do
wyniku kontroli (dalej: „zastrzeżenia”).**

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli prowadzonej pod sygnaturą KD/119/16 DKUE (nr pisma UZP/DKUE/W1/421/123(4)/16/RS) wniósł do protokołu następujące zastrzeżenia:

- kontrolujący nie byli obiektywni, gdyż nie wykorzystali żadnych materiałów z przebiegu trwającego postępowania sędowo administracyjnego, dążąc w sposób wyraźny do potwierdzenia wcześniej uzyskanych danych o rzekomym naruszeniu prawa,
- w informacji o wyniku kontroli brak powołania się na konkretne przepisy prawa lecz na orzeczenia sądów i trybunałów, które nie są i nie mogą być źródłami prawa, a przy tym nie zostały wydane w warunkach politycznej bezstronności,
- przejawem braku obiektywności kontrolujących było oparcie wyników kontroli jedynie na zdalnie zbieranych danych, bez uwzględnienia żadnych uwarunkowań lokalnych, a w szczególności przepisów prawa miejscowego.

Zamawiający wniósł o wyłączenie, z powodów na powyższe, wszystkich osób prowadzących kontrolę doraźną (uczestniczących w niej na jakimkolwiek etapie w jakimkolwiek zakresie) od udziału w dalszym postępowaniu. Domagał się również dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z akt postępowania toczącego się przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie pod sygn. akt IV SA/Wa 606/16 na okoliczność bezzasadności i nieobiektywności twierdzeń kontrolujących wyraźnie korelujących z twierdzeniami przeciwnika procesowego.

Zamawiający wniósł o udostępnienie, w formie pisemnej, informacji publicznej na okoliczność: czy jakakolwiek osoba lub instytucja (i kto konkretnie) złożył do Urzędu Zamówień Publicznych informację o rzekomym naruszeniu prawa przez organy Gminy Spytkowice, a w przypadku pozytywnej odpowiedzi wniósł o przesłanie odpisu dokumentu zawierającego taką informację.

III.

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 7 października 2016 roku (znak:
UZP/DKUE/W1/421/123(6)/16/RS) wskazał w odpowiedzi na pismo z dnia 21 września
2016 roku w zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej
przekazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z roku z dnia 14
września 2016 roku (znak: UZP/DKUE/W1/421/123(4)/16/RS):**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 14 września 2016 roku przekazanej za pismem UZP/DKUE/W1/421/123(4)/16/RS.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego Prezes Urzędu wskazał:

1.

Zamawiający w toku procesu kontrolnego nie poinformował Urzędu o toczącym się postępowaniu sądowo administracyjnym, nie wskazał w żadnym piśmie, że w jego sprawie toczy się postępowanie sądowo administracyjne. Zamawiający dopiero w zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał sygnaturę postępowania prowadzonego przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie oraz domaga się dopuszczenia dowodu z akt postępowania (sygn. akt IV SA/Wa 606/16), ale jednocześnie nie przesyła orzeczenia zapadłego w tej sprawie, jak też nie wyjaśnia czego ww. postępowanie dotyczy i jaki ma związek z kontrolą prowadzoną przez Prezesa Urzędu.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 154 pkt 11 ustawy czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. W tym zakresie działania podjęte przez Prezesa Urzędu są niezależne od działań innych organów, w tym sądów administracyjnych.

Zgodnie z art. 165 ust. 1 Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Na tej podstawie wszczęta została kontrola doraźna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych w 2014 roku powierzonego Z. przez Gminę Spytkowice. Kontrola została wszczęta z urzędu i jej wszczęcie nie miało nic wspólnego z twierdzeniami przeciwnika procesowego Zamawiającego, który się z Urzędem nie kontaktował i którego twierdzenia nie są Urzędowi znane.

Nie mniej, dysponując sygnaturą akt przywołaną przez Zamawiającego w zastrzeżeniach na podstawie dostępnych- źródeł (<http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/iv-sa-wa-606-16/utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy/b78942.html>) Prezes ustalił treść wyroku WSA. Przywołany przez Zamawiającego wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie sygn. akt IV SA/Wa 606/16 z dnia 9 czerwca 2016 roku dotyczy skargi na decyzję Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w przedmiocie wymierzonej kary pieniężnej, w którym WSA oddalił skargę. W uzasadnieniu Sąd ustalił m.in.:

Główny Inspektor Ochrony Środowiska decyzją nr [...], (...) utrzymał w mocy decyzję [...] Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia [...] listopada 2014 r. znak: [...],

wymierzającej administracyjną karę pieniężną w wysokości [...] zł za niezorganizowanie przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na której zamieszkują mieszkańcy albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. (...) Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska w dniach od [...] do [...] czerwca 2014 r. przeprowadził kontrolę Gminy S., w trakcie której ustalił, że Wójt Gminy S. nie zorganizował zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Ponadto ustalił, że odpady komunalne odbiera od właścicieli nieruchomości zakład budżetowy pod nazwą Zakład Gospodarki Komunalnej. (...) Główny Inspektor Ochrony Środowiska uznał, że organ I instancji słusznie ustalił, że Gmina S. nie organizując przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, nie wypełniła obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Nie wypełnienie tego obowiązku, zgodnie z art. 9z ust. 4 ww. ustawy dało podstawę do nałożenia na Gminę S. kary pieniężnej w wysokości [...] zł. (...)

WSA zważył między innymi:

(...) organy prawidłowo uznały, że powierzenie przez Gminę S. odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach nieposiadającemu osobowości prawnej Zakładowi Gospodarki Komunalnej w S., bez przeprowadzenia przetargu, pozostaje w sprzeczności z art. 6d ust. 1 ww. ustawy. W konsekwencji zaistniały przesłanki do nałożenia na Gminę S. kary pieniężnej z art. 9z ust. 4 ww. ustawy (...) Uznając, że zaskarżona decyzja jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie na podstawie art. 151 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi orzekł jak w sentencji wyroku tj. oddalił skargę.

Fakt, że wszystkie niezależnie toczące się postępowania, tj. przed Wojewódzkim Inspektorem Ochrony Środowiska, Głównym Inspektorem Ochrony Środowiska. Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie oraz Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych zakończyły się stwierdzeniem naruszenia tożsamyh przepisów, przeczy zarzutowi poczynionemu przez Zamawiającego, iż kontrolujący „nie byli obiektywni (...), dążąc w sposób wyraźny do potwierdzenia wcześniej uzyskanych danych o rzekomym naruszeniu prawa (...)”. Zarzut ten jest tym bardziej nieuzasadniony, że Urząd nie miał wiedzy o ww. toczącym się postępowaniu sądowo administracyjnym. Tym samym Zarzut Zamawiającego o braku obiektywizmu kontrolującego jest bezzasadny.

2.

Prezes Urzędu wskazał, że w wyniku kontroli zostały jasno i precyzyjnie wskazane przepisy prawa, naruszenia których dopuścił się Zamawiający.

Powołanie w informacji o wyniku kontroli wyroku sądowego oraz Trybunału miało na celu zobrazowanie, że nie tylko przepisy prawa wprost zobowiązują Zamawiającego do konkretnego zachowania, ale także orzecznictwo jasno wyjaśnia, że interpretacja przepisów art. 6c ust. 1 oraz 6g ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r., poz 1399 z późn. zm) zwanej dalej „Pucg” nie powinna budzić żadnych wątpliwości.

Prezes podniósł, że w informacji o wyniku kontroli na str. 3 i 4 wyraźnie wskazano jakie przesłanki muszą być spełnione aby Zamawiający mógł udzielić tzw. zamówień „in haous”:

Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 08.03 1990 r. o samorządzie gminnym, formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa odrębna ustawa, tj. ustawa z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej, gdzie w art. 2 zostało wskazane, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Jak już wskazano, utworzenie przez gminę samorządowego zakładu budżetowego w celu wykonywania zadań własnych jest jedną z podstawowych i dopuszczalnych prawem form wykonywania zadań gminy w sferze użyteczności publicznej. Decyzja o powierzeniu tworzonemu samorządowemu zakładowi budżetowemu wykonywania zadań publicznych materializuje się w stosownej uchwale organu gminy (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie regulującym zadania i sposób działania zakładu (statut zakładu nadany uchwałą rady gminy).

Podjęcie takiej decyzji przez organ gminy nie stanowi jednak udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Tytułem do wykonywania przez samorządowy zakład budżetowy określonych zadań komunalnych jest decyzja organu gminy.

W takim przypadku gmina nie nabywa od zakładu żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a zakładem nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich.

Jak wskazano powyżej, do powierzenia zadań gminy z zakresu gospodarki komunalnej samorządowemu zakładowi budżetowemu utworzonemu przez gminę, w drodze aktu kreującego ten zakład, przepisy ustawy Pzp nie znajdują zastosowania. Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11.08.2005 r. (sygn.. akt II GSK 105/05) W wyroku tym NSA stwierdził, iż „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania (...)”

Zatem uznać należy, że w typowej sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego wykonuje swoje zadania powierzając realizację określonego zadania podmiotowi stanowiącemu odrębną jednostkę organizacyjną, ale podległą kierownictwu jednostki samorządu terytorialnego, takie powierzenie mieści się w sferze władztwa wewnętrznego jednostki samorządu terytorialnego, która samodzielnie decyduje o sposobie wykonywania zadań własnych. Zamówienia takie są określane mianem zamówień „in house”. Powierzenie takie nie stanowi udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp.

*Jednakże, w niniejszej sprawie zlecenie zadań Z. polegało na odbiorze odpadów z nieruchomości położonych na terenie Gminy Spytkowice zamieszkałych przez mieszkańców, a zatem w sytuacji prawnej, w której istnieją przepisy *lex specialis*, które wprost wskazują, że przeprowadzenie postępowania w reżimie ustawy Pzp jest obowiązkowe i zamawiający jest zobowiązany stosować ustawę Prawo zamówień publicznych. (...)*

W dalszej części informacji o wyniku kontroli wskazano precyzyjnie, które przepisy ustawy ucpg zobowiązują Zamawiającego do zorganizowania odbioru odpadów komunalnych w drodze przetargu oraz wyjaśniono, które przepisy wprost wskazują na obligatoryjne stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku organizowania takiego rodzaju zamówienia:

Obowiązek zorganizowania odbioru odpadów komunalnych przez gminę wynika bezpośrednio z treści art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.) zwanej dalej „ucpg”, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Ww. przepis wskazuje jednoznacznie, iż organizacja odbioru odpadów komunalnych stanowi zadanie własne gminy.

Kluczowym dla niniejszej sprawy jest wynikający z art. 6d ust. 1 ucpg bezwzględny obowiązek zorganizowania przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta przetargu

na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c upcg, albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.

Art. 6g upcg wprost wskazuje, iż do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1 w zakresie nieuregulowanym w upcg, stosuje się ustawę Prawo zamówień publicznych. Z kolei art. 6e upcg stanowi, iż spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na zlecenie gminy, w przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zarzut Zamawiającego odnośnie braku wskazania w informacji o wyniku kontroli konkretnych przepisów prawa będących podstawą stwierdzenia naruszenia należy uznać za bezzasadny.

3.

Zgodnie z art. 161 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych kontrolę przeprowadza się w siedzibie Urzędu, z tym, że kontrolę udzielania zamówień dotyczących dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne” albo „ściśle tajne” można przeprowadzić w siedzibie zamawiającego.

Zgodnie z art. 163 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadząc postępowanie wyjaśniające albo kontrolne Prezes Urzędu może:

- 1) żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego;
- 2) żądać od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli;
- 3) zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych.

Z przepisów powyższych wynika, że kontrolę co do zasady przeprowadza się w Urzędzie Zamówień Publicznych na podstawie dokumentów i wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego, ewentualnie inne podmioty. Zatem sposób przeprowadzenia tej kontroli był zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnośnie uwarunkowań miejscowych i przepisów prawa miejscowego wskazano, że Zamawiający nie przedstawił w toku postępowania kontrolnego ani w zastrzeżeniach żadnych wyjaśnień, ani dokumentów (aktów prawa miejscowego) będących podstawą do udzielenia zamówienia na odbiór odpadów bez przeprowadzania przetargu. Należy zwrócić uwagę na generalną zasadę prymatu ustawy w hierarchii aktów prawnych nad aktami prawa

miejscowego. Przepisy prawa miejscowego muszą być zgodne z ustawami. Nie dopuszcza się także stosowania żadnych modyfikacji w aktach prawa miejscowego, w stosunku do przepisów ustawy, na podstawie której zostały wydane. Zatem nawet istnienie jakiś aktów prawa miejscowego dotyczących kwestii odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, nie wpływa na wynikający z ustawy ucpg i ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek Zamawiającego wszczęcia przetargu w celu udzielenia ww. zamówienia.

Mają na uwadze powyższe wskazano, że i ten zarzut Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia.

4.

Zgodnie z art. 162 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pracownik Urzędu podlega wyłączeniu z udziału w kontroli, jeżeli:

- 1) uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy;
- 2) pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
- 4) pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

Żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona, dlatego też wszystkie osoby, które brały udział w przeprowadzeniu tej kontroli, złożyły oświadczenie, że nie podgalają wykluczeniu na podstawie ww. przepisu.

Mając na uwadze powyższe uznano, że wniosek Zamawiającego jest nieuzasadniony.

W konsekwencji mając na uwadze treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy ucpg, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej stanowisko, że Zamawiający dopuścił się

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, udzielając ww. zamówienia bez przeprowadzenia przetargu w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, do której odsyła art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Prezes Urzędu wskazał, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie i ich nie uwzględnił.

Zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odsyła art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, z przedstawioną dodatkową poniżej argumentacją.

. Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W ocenie Izby, zastrzeżenia do protokołu kontroli nie są zasadne bowiem, że w zgłoszonych zastrzeżeniach do protokołu kontroli Zamawiający w zasadzie nie odniósł się do wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej uchybień przepisów. Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne podniesionego przez Prezesa Urzędu uchybienia w czynnościach Zamawiającego, natomiast w zastrzeżeniach do protokołu kontroli brak jest argumentacji, która stanowiłaby konstruktywną polemikę

ze stanowiskiem tam zaprezentowanym. Zgłoszone zastrzeżenia do protokołu kontroli wskazują na nie uwzględnienie przez Zamawiającego w przedstawionym stanowisku regulacji prawnych zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych a odnoszących się do sposobu prowadzenia kontroli jak również zakresu informacji jakie dla skutecznego zgłoszenia zastrzeżeń Zamawiający obowiązany był zawrzeć. Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest uprawniony do zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli, natomiast uprawnienie to nie materializuje się przez podanie jakichkolwiek informacji, lecz przez umotywowane czyli uzasadnione stanowisko Zamawiającego bezpośrednio powiązane z wykazanymi przez Prezesa Urzędu naruszeniami.

Izba wskazuje, że udzielnie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 ustawy stanowiącym, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*. Na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek udzielania zamówień w sposób konkurencyjny, niewątpliwie obowiązek ten zostaje naruszony w sytuacji, gdy Zamawiający zobowiązany jest, jak w tej sprawie do prowadzenia procedury przetargowej a udziela zamówienia poza rygorem ustawowym. Istotne jest, że w tym zakresie Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach do protokołu kontroli nie podniósł żadnej umotywowanej argumentacji, która mogłaby podlegać ocenie, bowiem nie sposób za taką uznać hasłowe odniesienie się do braku obiektywizmu kontrolujących z uwagi na niewykorzystanie dokumentów z postępowania sądowo administracyjnego, których nie przedstawił Zamawiający Prezesowi Urzędu. Nie stanowi również uzasadnienia nieprawidłowości w czynności Prezesa Urzędu nierozwinięte w argumentacji stwierdzenie Zamawiającego o braku uwzględnienia „uwarunkowań lokalnych, a w szczególności przepisów prawa miejscowego”.

Wyrażona przez ustawodawcę w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, przy uwzględnieniu zasady legalizmu działania Zamawiającego, nakłada na Zamawiającego obowiązany do stosowania przepisów prawa udzielić zamówienia wykonawcy po przeprowadzeniu stosownej procedury o udzielenie zamówienia, w tym przypadku procedury przetargu. Skoro Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach do protokołu kontroli nie przedstawił słusznych, zasadnych argumentów, które uzasadniałyby jego postępowanie, to niewątpliwie ww. zasad zamówień publicznych została naruszona.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: