

Sygn. akt: KIO/KD 1/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 31 stycznia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 4 stycznia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Gminę Gogolin**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 grudnia 2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/14(3)/18 JB KNZ/12/18/DKZP w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: *świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Przemysław Dzierzędzki**

Członkowie : **Danuta Dziubińska**

Magdalena Grabarczyk

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 zamówienia publicznego pn.: *świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu Cywilnego (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025), przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu ustalił, że podstawą wszczęcia ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki był art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ustalił, że w dniu 30 grudnia 2016 r. Zamawiający — Gmina Gogolin zawarł z Gminą Tarnów Opolski porozumienie międzygminne nr WG.III.7021.35.2016 (dalej: „Porozumienie”) w sprawie powierzenia Gminie Gogolin zadań własnych Gminy Tarnów Opolski w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, polegającej na wykonywaniu przez Gminę Gogolin zadań własnych Gminy Tarnów Opolski obejmujących:

- 1) odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski,
- 2) utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski.

Prezes Urzędu ustalił ponadto, że w § 1 Porozumienia, Gmina Tarnów Opolski oświadcza, iż powierza Gminie Gogolin wykonywanie zadań własnych w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, tj. odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski oraz utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski, a Gmina Gogolin przyjmuje powierzone jej zadania.

Prezes Urzędu ustalił ponadto, że zgodnie z § 5 ust. 3 Porozumienia, Gmina Tarnów Opolski ponosi koszty realizacji powierzonych Gminie Gogolin zadań, w szczególności jest obowiązana do uiszczania na rachunek Gminy Gogolin kwoty poniesionych na realizację tych zadań kosztów:

- 1) w wysokości wynikającej z porozumienia/umowy pomiędzy Gminą Gogolin a podmiotem/ami realizującym/i usługi;
- 2) za miesięczne okresy świadczenia usług związanych z przedmiotem Porozumienia, w terminie do 14 dnia następnego miesiąca.

Zgodnie z § 8 ust. 2 Porozumienia, każda strona Porozumienia może je wypowiedzieć z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia, w szczególności w przypadku niestosowania się jednej ze stron do zawartych w nim postanowień.

Prezes Urzędu ustalił także, iż w związku z zawartym Porozumieniem, Gmina Gogolin udzieliła wykonawcy — Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o.o. przedmiotowego zamówienia. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr WG.I.272.18.2017 została zawarta w dniu 29 grudnia 2017 r. na okres od dnia 1 stycznia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2018 r. Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy, przedmiot umowy obejmuje świadczenie na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę usług związanych z odbiorem i zagospodarowaniem

odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski.

Prezes Urzędu ustalił również, na podstawie aktu założycielskiego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczących wykonawcy Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o.o., iż Zamawiający — Gmina Gogolin jest obecnie oraz był przez cały okres funkcjonowania spółki jej jedynym udziałowcem.

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu podniósł, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

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.*

Prezes Urzędu wskazał, że wyrokiem z dnia 27 grudnia 2017 r. (sygn. KIO 2567/17) Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła o niedopuszczalności udzielenia zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy innej aniżeli gmina — zamawiający, w trybie z wolnej ręki w ramach tzw. „in house” spółce komunalnej kontrolowanej przez zamawiającego, w sytuacji w której gmina — zamawiający przejęła zadania innej gminy na podstawie porozumienia międzygminnego. Prezes Urzędu argumentował, że w powyższym wyroku Izba, powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. C-386/11) wskazała, iż porozumienie międzygminne, na którego podstawie przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi następuje za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w tym w

wypadku niewłaściwej realizacji zadania, nie stanowi zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub pkt 15 ustawy Pzp. Wywodził, że Izba podkreśliła ponadto, iż dla oceny działania zamawiającego najważniejsze jest uprawnienie do skorzystania celem realizacji zadania przez jednostkę zobowiązaną z podmiotów trzecich, które zdolne są do działania na rynku, tj. spółkę komunalną zamawiającego. Wskazano, iż porozumienie, na podstawie którego gmina — zamawiający powierza w trybie z wolnej ręki swojej spółce komunalnej usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie innej gminy, stawia tę spółkę w sytuacji przewagi nad konkurentami, co w zasadzie eliminuje konkurencję na tym rynku. Izba nie zgodziła się także z twierdzeniem, iż powierzenie spółce komunalnej realizacji przedmiotowego zadania następuje nie w drodze porozumienia, a jedynie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż taka kwalifikacja prawna pomija etap i podstawę powierzenia realizacji zadania zamawiającemu, tj. porozumienie międzygminne. Prezes Urzędu argumentował, że zdaniem składu orzekającego KIO, przyjęta przez zamawiającego wykładnia prowadziłaby do omińnięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który to wymóg nie znajduje zastosowania jedynie w sytuacjach określonych w art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE.L Nr 94, str. 65).

Prezes Urzędu podniósł ponadto, że w przedmiotowym wyroku wskazano także:

Należy przy tym zauważyć, że zarówno art. 12 Dyrektywy, jak i art. 67 ZamPublU przewiduje możliwości udzielania zamówienia in-house przez więcej niż jeden podmiot publiczny. Artykuł 12 ust. 3 Dyrektywy i analogicznie art. 67 ust. 1 pkt 14 ZamPublU stanowią o zamówieniu in-house udzielanym przez więcej niż jednego zamawiającego. Z kolei art. 12 ust. 3 Dyrektywy i art. 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU określają przesłanki tzw. zamówienia in-house wertykalnego, w wyniku którego dwóch lub więcej zamawiających ustanawia lub wdraża współpracę. Znamiennym jest, że wszystkie z powołanych przepisów umożliwiają udzielenia zamówienia in-house pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość zamawiających, jak np. ta, że podmiot któremu zamówienie jest udzielane, musi być kontrolowany przez Zamawiających wspólnie czy wspólne muszą być cele współpracy Zamawiających. Ustawodawca unijny oraz krajowy uwzględnił zatem możliwość powierzania zamówień in-house przez wielu zamawiających, obwarował to jednak zastrzeżeniami odnoszącymi się do istoty tych zamówień, tj. wykonywania ich przy użyciu własnych zasobów - w tym współpracy z innymi organami publicznymi. Odnosząc to do niniejszej sprawy, należy zważyć, że MPGK stanowi jednoosobową spółkę Gminy Miasta T., jedynie ta gmina posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka - w opinii Zamawiającego wykonuje wymagany wolumen działalności. MPGK nie jest w żaden sposób powiązana z

Gminą R., nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień in-house. Zamawiający - Gmina Miasta T., by ominąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy R. w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki spółce MPGK - co należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle wyżej powołanych przepisów.

[...]

Podsumowując, Zamawiający Gmina Miasta T. nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanych zgodnie z wytycznymi zawartymi w cytowanym powyżej wyroku TSUE.

Prezes Urzędu argumentował, że konkluzje powyższego wyroku mogą mieć zastosowanie w niniejszej sprawie ze względu na jej zbliżony charakter do sprawy będącej przedmiotem orzeczenia KIO. W ramach analizy stanu faktycznego ustalono bowiem, iż Zamawiający — Gmina Gogolin zawarł z Gminą Tarnów Opolski Porozumienie obejmujące usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski oraz utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski, które to Porozumienie, zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w cytowanym powyżej orzeczeniu KIO, podlega ocenie przez pryzmat art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli *umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:*

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,*
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,*
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.*

Prezes Urzędu wywiódł, że treść § 5 ust. 3 Porozumienia wskazuje na jego odpłatny charakter, podczas gdy z treści § 8 ust. 2 Porozumienia wynika, iż m.in. strona powierzająca posiada uprawnienia do rozwiązania Porozumienia. Ponadto analiza dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego, w tym prognozy przychodów dotyczącej wykonawcy wskazuje, iż wykonawca jest podmiotem zdolnym do działania na rynku. Wobec powyższego stwierdził,

że przedmiotowe Porozumienie nie stanowi umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu argumentował, że ze względu na fakt, iż powyższe Porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu, zasadne jest uznanie, że implikuje to niedopuszczalność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podkreślał, że działanie Zamawiającego stanowiło obejście wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i jako takie było sprzeczne z ustawą Pzp. Tym samym, Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli wskazując, że w jego ocenie Prezes Urzędu naruszył art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 k.c. przez ich nieprawidłową wykładnię skutkującą wadliwym przyjęciem iż, Gmina Gogolin udzieliła zamówienia z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Gminę Gogolin jako Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że faktem jest, iż Gmina Gogolin jest właścicielem spółki komunalnej Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o. o. ze 100% udziałem Gminy Gogolin. Przedmiotem działania spółki jest w szczególności gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odbiór, transport i składowanie odpadów oraz prowadzenie PSZOK. Nie jest również kwestionowane w sprawie, iż na podstawie porozumienia międzygminnego (zawartego na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym) Gmina Gogolin przejęła do realizacji zadanie sąsiedniej gminy Tarnów Opolski w zakresie zagospodarowania odpadów od mieszkańców tej gminy oraz prowadzenia Punktu Selektynego Zbierania Odpadów Komunalnych. W efekcie kierując się treścią art. 74 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, zgodnie z którym: „Gmina wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin, związane z powierzonymi jej zadaniami, a gminy te mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania”, Gmina Gogolin powierzyła realizację przejętego zadania w drodze „in house” swojej spółce komunalnej łącznie z zadaniami własnymi w tym samym zakresie.

Zamawiający argumentował, że Kontrolujący w przedmiotowej mając na uwadze rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 27 grudnia 2017 r. (KIO 2567/17) wzorując się na motywach uzasadnienia ww. rozstrzygnięcia zakwestionował zastosowane, a opisane powyżej rozwiązania przyjęte w Gminie Gogolin. Tymczasem wnikliwa analiza ww. orzeczenia w powiązaniu z przepisami ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, wskazuje na wadliwość tego rozstrzygnięcia, wydanego z pominięciem rozwiązań prawa krajowego polskiego, a w efekcie automatyzm przyjęcia rozstrzygnięć ETS w odmiennym stanie faktycznym od zaistniałego w niniejszej sprawie. Powyższe orzeczenie z pominięciem stanowiska Gminy przedstawionego w opinii prawnej zostało przyjęte jako podstawa do stwierdzenia naruszeń Pzp przez Gminę Gogolin w skarżonym wyniku kontroli.

Zamawiający wskazywał, że każda sprawa ma charakter indywidualny, a uprawomocnienie się kwestionowanego orzeczenia KIO względem innego podmiotu nie może stanowić automatyzmu w przyjęciu wynikających z niego wniosków wprost do sytuacji Gminy Gogolin i oddziaływać dlań negatywnie, zwłaszcza, iż przedstawiona przez Gminę Gogolin argumentacja nie była przedmiotem rozważań KIO, w szczególności specyfika rozwiązań krajowych została w wyroku KIO pominięta całkowitym milczeniem.

Zamawiający podniósł, że nie może zgodzić się w szczególności z twierdzeniem, że w oparciu o art. 74 cyt. ustawy przejęcie zadania przez Gminę czyni ją usługodawcą w świetle wskazanej w wyroku KIO dyrektywy unijnej i stanowi przeciwwskazanie dla zlecenia in house jako zaburzającego konkurencyjność na lokalnym rynku. W literaturze prawniczej podkreśla się, że: Porozumienie stanowi jedną z form współdziałania gmin, mającą na celu wspólne wykonywanie zadań publicznych. W odróżnieniu od związku międzygminnego zadania te wykonuje nie inny oddzielny od gmin podmiot, lecz jedna z gmin na rzecz pozostałych. Istotą porozumienia międzygminnego jest przejęcie przez jedną z gmin obowiązku wykonywania zadań publicznych ciążących na innych gminach (bądź gminie). Porozumienie międzygminne jest mniej złożoną aniżeli związek międzygminny postacią współdziałania gmin. Na mocy porozumienia nie tworzy się nowej struktury organizacyjnej, natomiast gmina przejmująca w tym trybie zadania publiczne realizuje je przez swoje organy i jednostki organizacyjne. Tym różni się takie porozumienie od związku międzygminnego, którego istota polega na tym, że zainteresowane gminy określają, jakie zadania należące do zakresu ich działania będą wykonywane wspólnie, i w tym celu tworzą samodzielny byt prawny w postaci związku, na który przenoszą wykonywanie tych zadań. Prawa i obowiązki gmin uczestniczących w związku, dotyczące wykonywania zadań przekazanych związkowi, przechodzą na związek” (tak rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Świętokrzyskiego z 8.1.2008 r., NK.I-0911/6/08, niepubl.). W cytowanym rozstrzygnięciu podkreślono ponadto, że tylko gminy uprawnione są do zawierania takich porozumień: „Jak wynika z brzmienia art.

74 u.s.g., reguluje on kwestie współdziałania między gminami w zakresie wykonywania zadań publicznych. Podmiotami zawierającymi porozumienie zgodnie z prawem są gminy, a nie związki gmin". Również A. Agopszowicz (zob. tenże, Mienie związków, s. 42) podkreślił, że sytuacja związków i porozumień jest nieporównywalna, gdyż w pierwszym przypadku chodzi w zasadzie o osobę prawną, która ponosi odpowiedzialność za swoje poczynania z własnym majątkiem, podczas gdy w wyniku porozumienia nie powstaje ani odrębna osoba prawna, ani odrębny majątek tego porozumienia. W związku z tym, mimo że można do porozumień odpowiednio stosować przepisy o związkach komunalnych, nie można przenosić na grunt porozumień komunalnych tych cech, które są rodzajowo różne od cech porozumień. Przy związku komunalnym powstaje nowa struktura organizacyjna: ma ona osobowość prawną i działa przez swoje organy. Przy porozumieniu komunalnym pozostają te same struktury organizacyjne, a jedynie następuje zmiana właściwości organu wykonującego zadania i kompetencje (tak Z. Leoński, Glosa do wyroku NSA z 27.9.1994 r., SA/Łd 1906/94, s. 52)".

Zdaniem Zamawiającego, skoro zatem przejął on zadanie innej gminy do wykonywania, ma prawo wykonać je przez swoje jednostki organizacyjne, a jedną z nich jest spółka komunalna. Realizując nadto zadanie innej gminy, nie świadczy usługi na jej rzecz. Gmina bowiem nie świadczy usługi na rzecz osoby prawnej, ale realizuje wobec mieszkańców gminy sąsiedniej jako „organ właściwy” jej zadanie z zakresu gospodarki odpadowej. W przypadku przejęcia zadania do realizacji, jego odbiorcą nie jest więc Gmina jako osoba prawna, ale jest ono świadczone na rzecz jej mieszkańców, osób indywidualnych w zamian za uzyskiwaną od nich opłatę, która za pośrednictwem gminy sąsiedniej wpływa na rachunek Gminy Gogolin (do budżetu).

Zamawiający podkreślał, że w sytuacji wyroku dotyczącego Gminy niemieckiej usługa sprzątnia była realizowana na rzecz innej jednostki samorządowej jako osoby prawnej, a usługi sprzątnia biur nie stanowią zadania własnego gminy. Można w przypadku niemieckim mówić o przejęciu obowiązku z zakresu obsługi administracyjnej instytucji publicznej, ale nie o przejęciu zadania własnego gminy do realizacji przez inny organ właściwy gminy przejmującej zadanie. Stąd przedmiotowy wyrok KIO nie powinien mieć do niej zastosowania i został wadliwie przyjęty w ramach kontroli za podstawę do stwierdzenia naruszeń w przedmiocie zlecenia. W związku z powyższym Zamawiający podniósł, że przyjęcie do realizacji zadania własnego innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego nie wyklucza realizacji go w gminie przejmującej w drodze zlecenia „in house” spółce komunalnej ze 100 % kapitałem Zamawiającego.

Zamawiający wywiódł także, że przyjęcie do realizacji zadania własnego innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego nie wyklucza realizacji go w gminie przejmującej w

drodze zlecenia „in house” spółce komunalnej, jest możliwe w sytuacji jak w niniejszej sprawie, gdyż gmina przejmująca zadanie do wykonania, tj. Zamawiający, spełniła warunki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający argumentował, że zawarcie porozumienia międzygminnego na podstawie art. 74 u.s.g. oznacza, że gmina przejmująca zadania do wykonania przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin związane z powierzonymi jej zadaniami. Jednocześnie gmina (gminy) powierzająca zadania do wykonania w drodze porozumienia międzygminnego traci związane z tymi zadaniami uprawnienia i obowiązki (z wyjątkiem finansowania ich realizacji). Gmina przejmująca zadania do wykonania na mocy porozumienia międzygminnego wykonuje je w swoim imieniu.

Zamawiający podniósł, że gmina wykonująca zadania publiczne (zarówno własne jak i zleczone) dysponuje prawem wyboru zarówno sposobu, jak i formy prawnej realizacji tych zadań. Wynika to z zagwarantowanej konstytucyjnie samodzielności jednostek samorządu terytorialnego, w tym samodzielności zadaniowo-kompetencyjnej. Oznacza to, że o ile z przepisów ustawy nie wynika nic innego, gmina ma wyłączne prawo decydowania o tym, w jaki sposób (w jakim trybie i formie organizacyjno-prawnej) zrealizuje zadanie publiczne, do którego wykonania została zobowiązana albo w drodze ustawy, albo w drodze porozumienia (w tym porozumienia międzygminnego). Decydując o sposobie realizacji zadania gmina musi oczywiście kierować się przepisami ustaw, w tym w szczególności przepisami ustawy o gospodarce komunalnej, która określa zasady wykonywania zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego. W przypadku zawarcia porozumienia międzygminnego na podstawie art. 74 u.s.g., podmiotem decydującym o sposobie realizacji zadań będących przedmiotem porozumienia jest gmina przejmująca zadanie do wykonania. Gmina przejmująca zadanie musi je wykonać tak, jak gdyby było to jej zadanie (własne), ponieważ wraz z podpisaniem porozumienia gmina ta przejmuje prawa i obowiązki gminy przekazującej zadanie. Gmina przejmująca wykonuje to zadanie w swoim imieniu (a nie w imieniu gminy powierzającej).

Zamawiający wywiódł także, że skoro zawarcie porozumienia międzygminnego rodzi skutek w postaci przejęcia zadania przez gminę od innej gminy (powierzającej), to do wyłącznej kompetencji gminy przejmującej zadanie do wykonania będzie należał wybór sposobu realizacji tego zadania. To gmina przejmująca zadanie może zdecydować o ewentualnym skorzystaniu z trybu zamówienia „in house”, przy czym warunkiem udzielenia zamówienia w tym trybie jest spełnienie przez gminę (przejmującą) kryteriów określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Do ewentualnego udzielenia zamówienia „in house” może dojść na podstawie ww. przepisów Pzp, które mogą znaleźć zastosowanie także w przypadku realizacji przez gminę zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia

międzygminnego. Podkreślał, że zawarcie porozumienia międzygminnego jest możliwe na podstawie art. 74 u.s.g. zupełnie niezależnie od późniejszych (tj. już po zawarciu porozumienia) wyborów odnośnie sposobu realizacji przejętych zadań, w tym w drodze zamówienia z wolnej ręki. Porozumienie wręcz nie powinno określać sposobu wykonania zadania przez gminę przejmującą, ponieważ byłoby to naruszenie samodzielności zadaniowo-kompetencyjnej tej gminy. Niezależność procedury przewidzianej w art. 74 u.s.g. od instytucji „in house” świadczy o autonomicznym charakterze porozumienia. W przedmiotowej zaś sprawie Gmina Tarnów Opolski nie wskazała sposobu realizacji zadania Zamawiającemu.

Zamawiający wywiódł, że zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp gmina (zamawiający) może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w pkt 1 - 15. Okoliczności te są od siebie niezależne, stąd też spełniając przesłanki określone w pkt 12 nie trzeba „dodatkowo” spełniać przesłanek z pkt 15. Wskazywał, że w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp określono zasady udzielania zamówienia z wolnej ręki w zakresie tzw. współpracy międzyinstytucjonalnej. Najogólniej rzecz biorąc, zamówienie na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp może być udzielone wówczas, gdy podmioty zamawiające zawarły umowę, w ramach której wspólnie wykonują określone zadania. Wymagane jest przy tym, by zadanie realizowane było w ramach współdziałania zamawiających (wspólnie), a więc nie uznaje się za współpracę jednostronnego powierzenia wykonania zadania przez jeden podmiot innemu (jak to ma miejsce w przypadku zawarcia porozumienia międzygminnego na podstawie art. 74 u.s.g.). Przepis art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp mógłby zatem mieć zastosowanie (być podstawą udzielenia zamówienia z wolnej ręki) w przypadku zawarcia porozumienia (umowy) przez gminy na podstawie art. 10 u.s.g. (w ramach współdziałania międzygminnego, którego istotą jest odmiennie niż w przypadku porozumienia międzygminnego z art. 74 u.s.g. wspólne wykonywanie określonych zadań publicznych). Przepis art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp stanowi przy tym swoiste potwierdzenie, iż możliwe i właściwe jest stosowanie zamówień z wolnej ręki w przypadku zawarcia porozumienia międzygminnego. Skoro bowiem taka możliwość została wprost przewidziana w sytuacji, gdy gminy podejmują współdziałanie polegające na wspólnym wykonywaniu określonych zadań publicznych (zawierają porozumienie/umowę na podstawie art. 10 u.s.g.), to nie widać powodów, dla których zastosowanie trybu „in house” nie mogłoby znaleźć zastosowania w przypadku innych form współdziałania międzygminnego. Różnica między porozumieniem międzygminnym (zawieranym na podstawie art. 74 u.s.g.) oraz innymi formami współdziałania (które mogą być realizowane na podstawie art. 10 u.s.g.) polega na tym, że w przypadku porozumienia zadania są przekazywane jednej gminie i wykonywane przez nią we własnym imieniu. Z kolei rozmaite inne formy współdziałania,

które mogą być realizowane na podstawie art. 10 u.s.g. zakładają wspólne wykonywanie zadań przez współdziałające ze sobą gminy. W razie wykonywania zadań wspólnie (na podstawie art. 10 u.s.g.) gminy mogą stosować tryb zamówień z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, natomiast w razie zawarcia porozumienia międzygminnego na podstawie art. 74 u.s.g. możliwe będzie skorzystanie z procedury „In house” na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. W obu przypadkach konieczne będzie, w celu skorzystania z trybu zamówień z wolnej ręki, spełnienie warunków określonych we wskazanych przepisach Pzp (odpowiednio — w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp albo w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Zamawiający podniósł także, że w przypadku zawarcia porozumienia międzygminnego na podstawie art. 74 u.s.g. zastosowanie może znaleźć art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu gmina przejmująca zadanie do wykonania w ramach porozumienia międzygminnego, po spełnieniu warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, może skorzystać z instytucji „in house” i powierzyć realizację tego zadania (przejętego w drodze porozumienia od innej gminy) swojej spółce komunalnej. Nie będzie tu natomiast miał zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, ponieważ dotyczy on takich form współdziałania, które polegają na wspólnym wykonywaniu zadań przez podmioty, które zawarły porozumienie (umowę) o współpracy. Porozumienie (umowa) tego typu może być zawarta przez gminy (i inne jednostki samorządu terytorialnego) na podstawie art. 10 u.s.g. W razie zawarcia takiej umowy (inne niż porozumienie międzygminne w rozumieniu art. 74 u.s.g.), skorzystanie z instytucji „in house” uzależnione będzie od spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Oba wymienione przepisy Pzp (pkt 12 oraz pkt 15 art. 67 ust. 1 ustawy Pzp) stanowią odrębną i autonomiczną podstawę udzielania zamówień z wolnej ręki, a spełnienie warunków określonych odpowiednio w jednym (pkt 12) albo drugim przepisie (pkt 15) daje podstawę do zastosowania trybu zamówienia „in house”. W przypadku zawarcia przez gminy porozumienia międzygminnego (na podstawie art. 74 u.s.g.) wystarczającą podstawą prawną do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki będzie przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Warunki określone w tym przepisie muszą być spełnione wyłącznie przez gminę przejmującą zadania do wykonania, a nie przez gminę „przekazującą”, ponieważ wraz z zawarciem porozumienia prawa i obowiązki gminy „przekazującej” przechodzą na gminę przejmującą. Przejęte zadania są więc traktowane tak, jak gdyby były zadaniami własnymi gminy przejmującej. Gmina przejmująca wykonuje te zadania w dowolnie wybranej przez siebie formie organizacyjno-prawnej i we własnym imieniu.

Zamawiający podniósł także, że w przypadku gdy gmina przejmująca zadanie do wykonania w ramach porozumienia międzygminnego wybierze tryb zamówienia „in house” przez zlecenie wykonania zadania swojej spółce komunalnej, jest ona jedynym

zamawiającym w rozumieniu Pzp. Zamawiającym w żadnym razie nie jest gmina powierzająca zadanie, ponieważ — jak to już podkreślono wcześniej — wraz z zawarciem porozumienia gmina przejmująca „przejmuje prawa i obowiązki” gminy powierzającej zadania do wykonania i od momentu wejścia w życie porozumienia gmina przejmująca wykonuje zadania we własnym imieniu (jak swoje zadania własne). Możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki przez gminę przejmującą jest zatem zdeterminowana wyłącznie spełnieniem przez tę gminę warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Gmina powierzająca zadanie na podstawie art. 74 u.s.g. w żadnym razie nie musi spełniać wymogów określonych w tym przepisie, ponieważ to nie ona jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp.

Zamawiający wywiódł także, że orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13.06.2013 r. (C-386/11) nie może być traktowane jako adekwatne do sytuacji, w której gminy zawierają porozumienie międzygminne na podstawie art. 74 u.s.g. Podkreślał, że porozumienie międzygminne w rozumieniu art. 74 u.s.g. może dotyczyć wyłącznie zadań publicznych (w szczególności zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych). Tymczasem w sprawie C-386/11 zadania przekazane przez powiat Duren gminie Duren nie były tego typu zadaniami, nie jest bowiem zadaniem gminy ani powiatu (zadaniami publicznymi) usługa polegająca na utrzymaniu w czystości budynków użyteczności publicznej należących do jednostki samorządu terytorialnego. W przykładzie niemieckim chodziło zatem o umowę cywilnoprawną (odpłatną), a nie publicznoprawną formę współdziałania międzygminnego, którą można by porównać do porozumienia międzygminnego w rozumieniu art. 74 u.s.g. Nie ma żadnej analogii między umową (cywilnoprawną) zawartą przez niemieckie jednostki samorządu terytorialnego i porozumieniem międzygminnym zawartym przez polskie gminy na podstawie art. 74 u.s.g., którego przedmiotem mogą być wyłącznie zadania publiczne określone w samorządowych ustawach ustrojowych oraz w ustawie o gospodarce komunalnej.

Zamawiający podniósł również, że gdyby chcieć przenieść przykład niemiecki na grunt polskich regulacji prawnych, to musielibyśmy uznać, że chodzi o jakąś inną formę współpracy niż porozumienie międzygminne. Mogła by to być umowa cywilnoprawna (np. umowa zlecenia, której przedmiotem byłaby np. usługa sprzątnięcia budynków/biur komunalnych). Abstrahując od wątpliwości związanych z zasadnością zawarcia takiej umowy ze względu na jej przedmiot (sprzątnięcie budynków i lokali nie jest bowiem zadaniem gminy, nie jest też usługą, której świadczeniem gmina zajmuje się jako podmiot prawa prywatnego, „przedsiębiorca”), trzeba zauważyć, że inaczej niż w przypadku porozumienia

międzygminnego, zadania „zlecane” do wykonania w drodze umowy cywilnoprawnej nie „przechodzą” na zleceniobiorcę. Zamawiającym (i udzielającym zamówienia w trybie „In house”) byłby więc w takim przypadku de facto podmiot zlecający wykonanie usługi - zleceniodawca (a nie podmiot przyjmujący - zleceniobiorca). Sytuacja ta jednak w żaden sposób nie przystaje do przypadku, w którym gminy zawarły porozumienie międzygminne, na mocy którego doszło do przejęcia zadań publicznych. W ogóle trudno porównywać instytucje prawa prywatnego i publicznego, zaś wyciąganie wniosków na podstawie rzekomej analogii (której tu nie ma) pomiędzy rozwiązaniami stosowanymi w różnych systemach prawnych, jest nieuzasadnione.

Zamawiający podkreślał, że nie można porównywać umowy cywilnoprawnej (w dodatku zawartej na podstawie przepisów obowiązujących w innym systemie prawnym) z umową publicznoprawną, jaką jest porozumienie międzygminne zawierane na podstawie art. 74 u.s.g. Tym bardziej pozbawione jakichkolwiek podstaw jest wyciąganie na podstawie takiego porównania wniosku, iż skoro ww. umowa została uznana (przez TSUE) za „zamówienie publiczne”, to takim „zamówieniem publicznym” jest również porozumienie międzygminne zawarte przez gminy na podstawie art. 74 u.s.g., a zatem to porozumienie — w celu skorzystania z instytucji „in house” — powinno uwzględniać wymagania określone w Pzp. Taka interpretacja stoi w sprzeczności z niebudzącym wątpliwości interpretacyjnych przepisem art. 74 u.s.g. oraz całokształtem regulacji prawnych dotyczących organizacji i zasad działania jednostek samorządu terytorialnego. Porozumienie międzygminne jest jedną z prawnych form wykonywania przez te jednostki zadań publicznych, a jego polega na przekazaniu zadania jednej gminie przez (inne) inną gminę. Przejęcie zadań w drodze porozumienia otwiera gminie przejmującej te zadania pole wyboru najlepszego — jej zdaniem — sposobu realizacji przejętego zadania. Tym sposobem może być również udzielenie zamówienia „in house” własnej spółce komunalnej, o ile spełnione zostaną (przez gminę przejmującą) warunki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Wobec powyższego zamawiający wniósł o zmianę wyniku kontroli przez przyjęcie legalności wyboru przez Gminę Gogolin trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dla postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Tarnów Opolski.

Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń. Ustosunkowując się do nich podniósł, że zasadnicza argumentacja Zamawiającego sprowadza się do uznania, iż ze względu na szczególny charakter prawny porozumienia międzygminnego zawartego na

podstawie art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 994, dalej: „SamGminU”), które wiąże się z przeniesieniem zadań publicznych gminy powierzającej na gminę przejmującą na mocy regulacji administracyjnoprawnych, przepis art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w odniesieniu do tego typu porozumień. Zamawiający podkreślał różnicę pomiędzy umową cywilnoprawną, jaka w jego opinii stanowiła podstawę rozważań TSUE przywoływanych w ww. wyroku KIO, a porozumieniem zawartym na podstawie art. 74 SamGminU.

W odniesieniu do powyższego, Prezes Urzędu przyjął za własne następujące ustalenia prawne składu orzekającego KIO wyrażone w wyroku o sygn. KIO 2567/17:

Tak samo zatem, jak w sprawie rozpoznawanej w niniejszym postępowaniu Gminie T. powierzono zadanie Gminy R., S.D. przejmowało obowiązki K.D. i było jedynym zobowiązanym w zakresie przejętych obowiązków. Zastosowana konstrukcja przejęcia zadania i obowiązków, oparta o 23 ust. 2 GkG NRW, jest analogiczna do tej z Porozumienia, mającej podstawę w art. 74 ust. 2 SamGminU. W ocenie Izby, ww. tzw. umowy w sprawie delegacji są odpowiednikami porozumień międzykomunalnych, zawieranych na podstawie art. 74 SamGminU.

Prezes Urzędu argumentował, że TSUE w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r. (sygn. C-386/11) wskazał przesłanki uznania określonych porozumień za zamówienia publiczne, podkreślając co następuje:

28. *Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odpłatna umowa zawarta na piśmie między wykonawcą i instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku IIA do tej dyrektywy, stanowi zamówienie publiczne.*

29. *W tym względzie, po pierwsze, nie jest istotne, czy ten wykonawca sam jest instytucją zamawiającą oraz że z drugiej strony dany podmiot nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie posiada struktury przedsiębiorstwa czy też że nie jest stale obecny na rynku (zob. wyrok z dnia 1999 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce i in., nieopublikowany dotychczas w Zbiorze, pkt 26).*

30. *Po drugie, działalność taka, jak ta będąca przedmiotem analizowanego w postępowaniu krajowym projektu umowy stanowią usługi sprzątania budynków, o których mowa w załączniku II A, kategoria 14 do dyrektywy 2004/18.*

31. *Po trzecie, umowę należy uznać jako umowę „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, nawet jeżeli przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów powstałych przy okazji dostarczania umówionej usługi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 29).*

Prezes Urzędu podniósł, że mimo zmiany stanu prawnego skutkującej wprowadzeniem Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65, dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”), należy uznać, iż powyższe twierdzenia TSUE stanowią zasadniczą wskazówkę interpretacyjną dla wykładni pojęcia zamówienia publicznego także na gruncie Dyrektywy 2014/24/UE oraz ustawy Pzp.

Wskazywał, że Porozumienie zostało zawarte pomiędzy instytucjami zamawiającymi, natomiast treść § 5 ust. 3 Porozumienia wskazuje na jego odpłatny charakter. W zakresie przesłanki dotyczącej rodzaju działalności podkreślił, zgodnie z konkluzją zawartą w wyroku KIO o sygn. KIO 2567/17, iż nie budzi wątpliwości, że świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych jest świadczeniem usług w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 Dyrektywy 2014/24/UE, a co za tym idzie - nabycie takich usług jest zamówieniem zgodnie z art. 1 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE. W konsekwencji zasadne jest uznanie, iż Porozumienie stanowi zamówienie publiczne także w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, a co za tym idzie, dopuszczalność jego zawarcia powinna podlegać badaniu w ramach przepisów tej ustawy, w szczególności dotyczących udzielania zamówień z wolnej ręki.

Prezes UZP podniósł, że niezasadne są argumenty Zamawiającego wskazujące na nieporównywalność umowy będącej przedmiotem analizy TSUE w wyroku o sygn. C-386/11 i Porozumienia w związku z faktem, iż zdaniem Zamawiającego, przedmiotowa umowa miała charakter cywilnoprawny. Opis stanu faktycznego przedstawiony w sprawie rozstrzyganej przez TSUE wskazuje bowiem, iż sąd odsyłający, tj. sąd niemiecki, uznał przedmiotową umowę zawartą pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego za umowę o charakterze publicznoprawnym (akapit 18 wyroku). Wobec powyższego podtrzymał konkluzje wyrażone w informacji o wyniku kontroli, gdzie wykazano, iż Porozumienie nie stanowi umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Również żaden inny przepis ustawy Pzp, w szczególności przepisy określające poszczególne podstawy udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie stanowił podstawy do zawarcia Porozumienia w trybie niekonkurencyjnym.

W odniesieniu do argumentu Zamawiającego dotyczącego braku zależności pomiędzy art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i możliwości udzielenia zamówienia w oparciu o pierwszą z ww. podstaw bez konieczności uzasadniania spełnienia przesłanek drugiej podstawy, Prezes UZP podniósł, iż należy zgodzić się z wnioskami przedstawionymi przez skład orzekający KIO w wyroku o sygn. KIO 2567/17, gdzie wskazano:

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego oraz Przystępującego MPGK, iż powierzenie spółce MPGK realizacji przedmiotowego zadania następuje nie w drodze Porozumienia, a jedynie art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU. Taka kwalifikacja prawna przedmiotowej czynności Zamawiającego nie jest pełna, bowiem pomija etap i podstawę powierzenia realizacji zadania Gminie Miasta T. Pomija tym samym Porozumienie, które jak wykazano powyżej - interpretowane zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku TSUE C-386/11 stanowi zamówienie publiczne, wobec czego winno być objęte zakresem dyrektywy (w obecnym stanie prawnym - Dyrektywy 2014/24/UE). Przyjęta przez Zamawiającego wykładnia prowadziłaby do ominięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który to wymóg nie znajduje zastosowania jedynie w sytuacjach określonych w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE. Należy przy tym zauważyć, że zarówno art. 12 Dyrektywy, jak i art. 67 ZamPublU przewiduje możliwości udzielania zamówienia in-house przez więcej niż jeden podmiot publiczny. Artykuł 12 ust. 3 Dyrektywy i analogicznie art. 67 ust. 1 pkt 14 ZamPublU stanowią o zamówieniu in-house udzielanym przez więcej niż jednego zamawiającego. Z kolei art. 12 ust. 3 Dyrektywy i art. 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU określają przesłanki tzw. zamówienia in-house wertykalnego, w wyniku którego dwóch lub więcej zamawiających ustanawia lub wdraża współpracę. Znamiennym jest, że wszystkie z powołanych przepisów umożliwiają udzielenia zamówienia in-house pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość zamawiających, jak np. ta, że podmiot któremu zamówienie jest udzielane, musi być kontrolowany przez Zamawiających wspólnie czy wspólne muszą być cele współpracy Zamawiających. Ustawodawca unijny oraz krajowy uwzględnił zatem możliwość powierzania zamówień in-house przez wielu zamawiających, obwarował to jednak zastrzeżeniami odnoszącymi się do istoty tych zamówień, tj. wykonywania ich przy użyciu własnych zasobów - w tym współpracy z innymi organami publicznymi. Odnosząc to do niniejszej sprawy, należy zważyć, że MPGK stanowi jednoosobową spółkę Gminy Miasta T., jedynie ta gmina posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka - w opinii Zamawiającego wykonuje wymagany wolumen działalności. MPGK nie jest w żaden sposób powiązana z Gminą R., nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień in-house. Zamawiający - Gmina Miasta T., by ominąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy R. w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki spółce MPGK - co należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle wyżej powołanych przepisów.

Zdaniem Prezesa Urzędu analogiczny charakter przedmiotowej sprawy pozwala na uznanie, iż Porozumienie zawarte pomiędzy Zamawiającym a Gminą Tarnów Opolski, jako stanowiące podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu, determinowało

możliwość udzielenia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia publicznego, tym samym zasadne jest przyjęcie, iż dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki przez Zamawiającego spółce komunalnej nad którą Zamawiający ten sprawuje kontrolę na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w przedmiotowej sprawie uzależniona jest od legalności zastosowania trybu niekonkurencyjnego do zawarcia Porozumienia.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, zawarcie porozumienia międzygminnego w przedmiocie przejęcia zadań gminy polegających na świadczeniu usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych w celu udzielenia przez gminę przejmującą zadania zamówienia publicznego kontrolowanej wyłącznie przez tę gminę spółce komunalnej w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i zawarcia z tą spółką umowy stanowi próbę obejścia ustawy. Uznał także, iż przez udzielenie przedmiotowego zamówienia zostały naruszone zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią wyroku KIO o sygn. KIO 2567/17:

W ocenie Izby, wobec stwierdzenia zasadności zarzutu 1 - w tym oceny działania Zamawiającego jako bezprawnego, należy przyjąć, iż postępowanie Zamawiającego w niniejszej sprawie bezsprzecznie stanowiło naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ZamPublU zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ZamPublU. Co więcej, art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”. Działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wprost miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy i sztuczne zawężenie konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy (...).

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, iż przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 grudnia 2018 r. Uznał, że Zamawiający udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

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 Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie art. 167 ust. 3 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń (...). Jak wynika zaś z art. 167 ust. 1 Pzp, umotywowane zastrzeżenia formułowane są przez zamawiających wobec informacji o wyniku kontroli doręczanej im przez Prezesa Urzędu. Kierując się treścią przywołanych przepisów, Izba podejmując ww. uchwałę oceniała wyłącznie zasadność zastrzeżeń Zamawiającego przedstawionych w tej sprawie wobec określonej informacji o wyniku kontroli.

Stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania kontrolnego okazał się bezsporny, sporna natomiast pozostała jego ocena prawna.

Izba uznała za własne stanowisko przedstawione przez Prezesa Urzędu w informacji o wynikach kontroli, a także przytoczone przez Kontrolującego rozważania prawne wyartykułowane przez Izbę w wyroku z dnia 27 grudnia 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2567/17. Nie powtarzając przedstawionej przez Prezesa Urzędu i Izbę wyczerpującej argumentacji, którą Izba w tej sprawie podziela, warto przedstawić dodatkowe argumenty odnosząc się bezpośrednio do zastrzeżeń przedstawionych przez Zamawiającego.

Po pierwsze, chybione okazało się stanowisko Zamawiającego, jakoby Prezes Urzędu opierając swą ocenę prawną na wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2567/17 i wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r. C-386/11, miał pominąć specyfikę rozwiązań prawa polskiego.

Zamawiający przedstawił w zastrzeżeniach szeroki wywód na temat charakteru instytucji porozumienia międzygminnego, uregulowanej w art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U z 2017 r. poz. 1875 ze zm.). Stosownie do ww. przepisu:

- 1. Gminy mogą zawierać porozumienia międzygminne w sprawie powierzenia jednej z nich określonych przez nie zadań publicznych.*
- 2. Gmina wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin, związane z powierzonymi jej zadaniami, a gminy te mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania*

Zamawiający wywiódł, że – jego zdaniem – przedmiotem rozważań w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r. C-386/11 była umowa cywilnoprawna, a ponadto zawarta na podstawie przepisów obowiązujących w innym systemie prawnym, to jest systemie niemieckim. Argumentował, że umowy tej nie można porównywać z umową publicznoprawną, jaką jest porozumienie międzygminne zawierane na podstawie art. 74 u.s.g. Ponadto o odrębności porozumienia międzygminnego od umowy, będącej przedmiotem analizy Trybunału, miało świadczyć to, że na gruncie prawa polskiego gmina przejmująca miała przejmować prawa i obowiązki gminy oddającej zadanie, związane z tym zadaniem. Zamawiający wskazywał, że tym samym gmina przekazująca miała tracić uprawnienia i obowiązki związane z zadaniem (z wyjątkiem finansowania realizacji). Powyższe miało odróżniać takie zadania przekazane od zadań „zleczonych” do wykonania w drodze umowy cywilnoprawnej, które nie „przechodzą” na zleceniobiorcę. Ponadto Zamawiający wskazywał na autonomię gmin wykonujących zadania publiczne co do wyboru sposobu i formy prawnej realizacji tych zadań.

Stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Uszło uwadze Zamawiającego, że umowa analizowana przez TS UE w przywołanym wyroku C-386/11 również posiadała charakter publicznoprawny, a nie – jak błędnie utrzymywał Zamawiający – cywilnoprawny. Jak wynikało jednoznacznie z opisu stanu faktycznego w sprawie rozstrzyganej przez Trybunał, umowa ta została zawarta na podstawie § 23 ust. 1 pierwsza alternatywa i § 23 ust. 2 zdanie pierwsze Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen (ustawy landu Nadrenii Północnej Westfalii w sprawie współpracy międzygminnej, zwanej dalej „GkG NRW”). Dostrzeżenia wymagało, że przepisy te miały następujące brzmienie:

„1) Gminy i związki gmin mogą zawierać umowy, w myśl których jedna ze stron przejmuje w zakres swoich obowiązków poszczególne zadania spoczywające na pozostałych stronach albo (...).

2) W przypadku przejęcia przez jedną ze stron w zakres swoich obowiązków zadań należących do pozostałych przechodzą na nią prawo i obowiązek wykonywania tego zadania. (...).

Na uwagę zasługiwał fakt, że w akapicie 18 wyroku, sąd odsyłający wyraźnie zwracał uwagę Trybunału na publicznoprawny charakter umowy. Co więcej, sąd odsyłający wskazywał nawet, że sąd I instancji - analogicznie jak Zamawiający w tej sprawie – uznał ww. umowę za decyzję w ramach krajowej organizacji wewnętrznej, która nie podlega przepisom o zamówieniach publicznych, co wywodzą z autonomii administracyjnej gmin. Sąd odsyłający jako źródło wątpliwości wskazał na okoliczność, że organizacja

administracyjna państw członkowskich nie należy do kompetencji Unii Europejskiej (por. akapit 17 i akapit 23 wyroku).

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że stanowisko zamawiającego, jakoby przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej była umowa cywilnoprawna, a nie porozumienie publicznoprawne, nie polegało na prawdzie. Jak wynikało z ustaleń faktycznych i prawnych poczynionych przez Trybunał w sprawie C-386/11, organowi temu znany był publicznoprawny charakter analizowanej przez niego umowy i dotychczasowa praktyka sądów niemieckich. Pomimo to, traktując kwestionowane porozumienie jako zamówienie publiczne, Trybunał wyraźnie uznał za mniej istotną samą podstawę formalną transferu kompetencji, kładąc nacisk na przedmiot i skutki gospodarcze kwestionowanego porozumienia.

Z przywołanych fragmentów wyroku TS UE wynikało także, że skutkiem umowy zawartej na gruncie analizowanych przepisów prawa niemieckiego było przejście praw i obowiązków związanych z powierzonym zadaniem przez Stadt Duren (*Zadania opisane w ust. 1 i 2 Stadt Düren przejmuje do swojej wyłącznej kompetencji. Prawo i obowiązek do wykonania tego zadania zostają przekazane na Stadt Düren (§ 23 ust. 1 pierwsza alternatywa i § 23 ust. 2 zdanie pierwsze GkG NRW). Stadt Düren przejmuje obowiązki Kreis i jest jedynym podmiotem zobowiązanym w tym zakresie.* – por. akapit 11 wyroku). Zatem – wbrew stanowisku Zamawiającego – należało dojść do wniosku, że kontrolowane Porozumienie i w tym elemencie niczym nie różniło się od umowy między Kreis Duren i Stadt Duren, uznanej przez TS UE za zamówienie publiczne. Skutkiem umowy, co jednoznacznie wyrażono w jej treści, było przejście analizowanych kompetencji na Stadt Duren. Powyższy skutek wynikał także z § 23 ust. 2 zdanie pierwsze „GkG NRW”. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że przedmiotem umowy analizowanej przez Trybunał nie było „zadanie zlecane do wykonania w drodze umowy cywilnoprawnej, które nie przechodzi na zleceniobiorcę”, jak utrzymywał Zamawiający w zastrzeżeniach.

Za chybiony uznano argument Zamawiającego co do odmiennego charakteru przedmiotu umowy analizowanej przez TS UE w sprawie C-386/11. Zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że przedmiotem umowy między Kreis Duren i Stadt Duren było przekazanie Stadt Duren praw i obowiązków związanych z zadaniem polegającym na utrzymaniu w czystości budynków należących do Kreis Duren, położonych na terenie Stadt Duren. Zamawiający argumentował, że zadania tego nie można porównywać do usługi polegającej na odbiorze oraz zagospodarowaniu odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski, będącej przedmiotem Porozumienia. Wywodził, że przedmiotem Porozumienia jest bowiem przejście zadania o charakterze użyteczności publicznej.

Jak wynikało jednoznacznie z wyroku C-386/11, Trybunał za decydujący w tym zakresie uznał fakt, że przedmiotem umowy zawartej między Kreis Duren a Stadt Duren było świadczenie odpłatnej „usługi” w rozumieniu załącznika IIA kategoria 14 do dyrektywy 2004/18. Ponadto Trybunał w wyroku, w opisie stanu faktycznego wskazał, że *przedmiotowe zadanie nie wchodzi w zakres wykonywania władzy publicznej w rozumieniu art. 51 akapit pierwszy TFUE i art. 62 TFUE i z tego względu nie wymyka się spod obowiązywania przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, jak również przepisów aktów prawa wtórnego realizujących te swobody, takich jak dyrektywa 2004/18.*

Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem kontrolowanego Porozumienia była usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski. Przedmiot Porozumienia wypełniał zatem dyspozycję pojęcia „usługa” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 obecnie obowiązującej dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto, analogicznie jak w sprawie rozpoznawanej przez Trybunał, przedmiotem Porozumienia nie było przekazanie „władzy publicznej” w rozumieniu przywołanych przepisów traktatowych. Przepis art. 51 TFUE (Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) stanowi, że *Postanowienia niniejszego rozdziału (zatytułowanego „Prawo Przedsiębiorczości” – przyp. Izby) nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z Państw Członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.* Zdaniem Izby, działalność w zakresie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości z pewnością nie jest wyłączona spod reżimu przepisów traktatowych, regulujących prawo przedsiębiorczości, gdyż nie polega na wykonywaniu władzy publicznej. Co do znaczenia pojęcia „wykonywanie władzy publicznej” Izba uznała za zasadne przywołanie wskazówek interpretacyjnych wyartykułowanych w wyroku Trybunału z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 (Conseil d’État (Belgia) vs Jean Reyners). W orzeczeniu tym Trybunał po pierwsze wskazał na konieczność ścisłej interpretacji pojęcia „wykonywanie władzy publicznej”, jako wyjątku od zasady swobody przedsiębiorczości. Po drugie zaś, nie uznał za sprawowanie władzy publicznej czynności realizowanych przez adwokata, nawet wykonywanych obowiązkowo przed organem władzy. Na uwagę zasługiwały w szczególności motywy takiego rozstrzygnięcia. *Ne można w szczególności uznać za udział w wykonywaniu władzy publicznej najbardziej typowych czynności adwokata, jak doradztwo i pomoc prawna, podobnie jak reprezentowanie i obrona stron przed sądem, nawet jeżeli udział lub pomoc adwokata są obowiązkowe lub adwokaci mają w tej mierze wyłączność z mocy prawa; bowiem czynności te nie mają wpływu na rozstrzygnięcie dokonywane przez sędziego i swobodne wykonywanie władzy sądowniczej.* Z powyższego wyroku wynika, że tylko czynności ściśle i bezpośrednio utożsamiane z atrybutem sprawowania władzy

publicznej podlegają wyłączeniu ze wspólnych reguł unijnych dotyczących przedsiębiorczości. Czynnością taką z pewnością nie jest działalność w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, nie posiadająca takich cech.

W konsekwencji za chybione należało uznać stanowisko Zamawiającego jakoby wykazał przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Gmina Tarnów Opolski „przekazała” gminie Gogolin zadanie w zakresie usługi związanej z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski. Następnie zaś gmina Gogolin udzieliła zamówienia na ww. usługi wykonawcy Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o.o., powołując się na instytucję zamówień in house uregulowaną w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający w zastrzeżeniach wywiódł, że warunki określone w przepisie muszą być spełnione wyłącznie przez gminę przejmującą zadania do wykonania, a nie przez gminę „przekazującą”.

Jak wskazał Trybunał w wyroku C-386/11, *w ramach umowy takiej jak umowa będąca przedmiotem postępowania krajowego nie jest spełniona żadna z tych przesłanek. Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że w kontekście postępowania krajowego przede wszystkim żadna jednostka nie stanowi własności drugiej. Następnie jednostka powierzająca wykonanie zadania innej, choć zastrzega sobie prawo kontrolowania odpowiedniego wykonania tego zadania, nie sprawuje nad tą drugą jednostką kontroli, która mogłaby zostać określona jako analogiczna do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami. Wreszcie ta druga jednostka nie prowadzi zasadniczej części swojej działalności dla pierwszej jednostki.* (por. akapit 35 wyroku). Jak wynikało z przytoczonego fragmentu wyroku, Trybunał jednoznacznie uznał, iż przy badaniu spełnienia przesłanki „sprawowania kontroli” nad wykonawcą należy uwzględniać także podmiot „przekazujący” usługę. Przesłanka ta nie została wykazana w analizowanej sprawie. Oczywistym było bowiem, że Gmina Gogolin nie stanowiła własności Gminy Tarnów Opolski. Gmina Tarnów Opolski nie sprawowała także nad Gminą Gogolin kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami. W konsekwencji nie można było mówić o sprawowaniu wymaganej kontroli przez Gminę Tarnów Opolski wobec wykonawcy Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o.o., skoro jedynym udziałowcem tego wykonawcy była Gmina Gogolin.

Podsumowując należało stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w Informacji o wyniku kontroli przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....