

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 30 kwietnia 2019 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 kwietnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Gmina Skarszewy, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 marca 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/3(2)/19/LB; KNZ/3/19/DKZP) w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki *na odbiór odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, położonych na obszarze gminy Skarszewy i ich zagospodarowanie w okresie od dnia 30.06.2017 r. do 30.06.2021 r.*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Członkowie: Jolanta Markowska**

**Lubomira Matczuk - Mazuś**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2019 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 marca 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) przeprowadził, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki *na odbiór odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, położonych na obszarze gminy Skarszewy i ich zagospodarowanie w okresie od dnia 30.06.2017 r. do 30.06.2021 r.*, przeprowadzonego przez zamawiającego – Gminę Skarszewy (dalej: „Zamawiający”). W Informacji o wyniku kontroli z dnia 26 marca 2019 r. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454), dalej: „ucpg”.

Uzasadniając stwierdzone naruszenie Prezes Urzędu wskazał, co następuje:

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki *na odbiór odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, położonych na obszarze gminy Skarszewy i ich zagospodarowanie w okresie od dnia 30.06.2017 r. do 30.06.2021 r.*, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ustalono, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 22 czerwca 2017 r. poprzez przesłanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy: Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Skarszewach. Negocjacje z wybranym wykonawcą przeprowadzone zostały w dniu 27 czerwca 2017 r. Umowa (nr SKG.272.15.2017 r.) została zawarta w dniu 30 czerwca 2017 r. Zgodnie z §1 ust. 1 umowy zawartej w trybie z wolnej ręki przedmiotem umowy jest *„odbiór odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, położonych na obszarze gminy Skarszewy i ich zagospodarowanie w okresie od dnia 30.06.2017 r. do 30.06.2021 r.”*. W ust. 2 umowy wskazano, iż *„opis przedmiotu umowy zawiera załącznik nr 1 - szczegółowy opis przedmiotu umowy, stanowiący integralną część niniejszej umowy”*. W załączniku nr 1 do ww. umowy zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt II ppkt 1.2. wskazano na odbieranie odpadów *„od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne: odpady „BIO”, odpady „SUROWCE”, odpady „ZMIESZANE”*. Ponadto, w pkt IV ppkt 2 załącznika do umowy przedstawiony został *szczegółowy opis wykonania poszczególnych usług: Odbiór odpadów „BIO”, „SUROWCE”, „ZMIESZANE” od właścicieli*

*nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne i ich transport do RIPOK.*

- 2.1. odbiór odpadów odbywać się będzie poprzez opróżnianie pojemników, kontenerów z MOO zorganizowanych przez właścicieli nieruchomości.*
- 2.2. usłudze podlega odbiór odpadów znajdujących się wyłącznie w pojemnikach i w ilościach zadeklarowanych.*
- 2.3. usługa odbioru odpadów komunalnych odbywać się powinna zgodnie z zatwierdzonym przez Gminę harmonogramem odbioru odpadów.*

Jednocześnie, w odpowiedzi na pytanie Prezesa Urzędu (pismo z dnia 6 grudnia 2018 r., znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/429/733(2)/17/LB) czy przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, w rozumieniu art. 6c ust. 2a ustawy ucpg, Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, na których nie zamieszkują mieszkańcy w ilości 539 nieruchomości o wartości zamówienia 1.490.083,20 zł. Natomiast wartość nieruchomości zamieszkałych w ilości 2691, to kwota 7.437.916,80 zł.

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

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

*12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:*

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele*

*strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,*

- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,*
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.*

Zgodnie z art. 6c ust. 2 ucpg, rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Z kolei, zgodnie z art. 6c ust. 2a ucpg, w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów.

Uchwałą nr XVIII/185/16 z dnia 27 czerwca 2016 r. (Dz. Urz. W. P. z 15 lipca 2016 r., poz. 2476) Rada Miejska w Skarszewach postanowiła o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Tym samym uznać należy, iż zgodnie z treścią ww. art. 6c ust. 2a ucpg Zamawiający miał obowiązek zorganizowania przetargu w rozumieniu ustawy Pzp na odbieranie albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy w ilości 539 nieruchomości.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. KIO 96/17, w istocie zgodnie z art. 6c ust. 2 i 2a ucpg ustawodawca uregulował wprost sytuację właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych określając, kiedy należy przeprowadzić przetarg a kiedy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie in-house. Zgodnie ze stanowiskiem KIO, na gruncie przepisów ucpg ze względu na właściwy tryb udzielenia zamówienia należy oddzielić sytuacje, w których zamówienie na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych obejmuje nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (tzw. „nieruchomości zamieszkałe”) oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy (tzw. „nieruchomości niezamieszkałe”). W odniesieniu do drugiej kategorii ustawodawca dopuścił możliwość udzielenia zamówienia jedynie po przeprowadzeniu przetargu, co oznacza, iż nie może tu znaleźć zastosowania tryb z wolnej ręki, w tym w ramach tzw. „in-house”.

Powyższe potwierdza również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2019 r. sygn. KIO/KD 2/19, w której Izba wskazała, że przepis art. 6c ust. 2a ucpg jest przepisem szczególnym wobec generalnych reguł udzielania zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp, a także przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w tym przepisów dotyczących instytucji tzw. „in-house”. W przedmiocie określonym przez art. 6c ust. 2a ucpg wymaga się zorganizowania przetargu w trybie ustawy Pzp, czyli przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.

Podsumowując, Prezes Urzędu stwierdził, iż Zamawiający udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, w trybie zamówienia z wolnej ręki, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpg. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

II. Pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. (znak: SKG.ZP.271.15.2017) Zamawiający na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, wskazując, co następuje:

Na wstępie Zamawiający zauważył, że orzecznictwo przywołane w uzasadnieniu stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia, mające rzekomo popierać tezę o wyjątkowym charakterze zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 66 ustawy Pzp oraz tym bardziej art. 67 ustawy Pzp, pochodzi z okresu sprzed wejścia w życie tychże przepisów. Zdaniem Zamawiającego, w tej sytuacji trudno jest uznać tę tezę - choć nie budzącą obiektywnych wątpliwości - za należycie uzasadnioną przez Prezesa Urzędu.

Odnosząc się do naruszenia art. 6c ust. 2a ucpg Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż ze względu na łączny charakter przedmiotu zamówienia, mimo wszystko słusznym było zastosowanie trybu in-house, gdyż trudno byłoby przypuszczać, że istotnie intencją ustawodawcy było statuowanie obowiązków zamawiającego w taki sposób, by w przypadku zamówienia dotyczącego łącznie odbioru odpadów komunalnych zarówno z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, jak i nie zamieszkują mieszkańcy, zamawiający był bezwzględnie zobowiązany do zorganizowania przetargu (jako jednego z rodzajów zamówienia rozumianego sensu stricto), a nie zastosowania po prostu przepisów ustawy Pzp.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że w toku procedury z art. 66 i 67 ustawy Pzp, kierując się dyspozycją art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, przesłał do zaopiniowania do Prezesa Urzędu dokumentację dotyczącą przedmiotowego postępowania, jednakże nie otrzymał w odpowiedzi żadnych uwag ze strony tego organu. W związku z tym Zamawiający uznał, że wobec braku takiego wystąpienia ze strony organu nadzorującego prawidłowość postępowania, brak jest przeszkód formalnych dla finalizacji procedury poprzez zawarcie umowy. Z tym większym

zdziwieniem przyjął więc informację o aktualnej kontroli doraźnej, która obejmuje swoim przedmiotem de facto zakres, który winien zostać wcześniej zbadany przez ten sam organ nadzoru i kontroli, czego jednak nie uczyniono, a co mogło przyczynić się do zapobieżenia uchybieniu (przyjmując, że hipotetycznie faktycznie do niego doszło, czemu Gmina nie przyznaje racji).

III. Pismem z dnia 17 kwietnia 2019 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 marca 2019 r. Dodatkowo Prezes Urzędu stwierdził, iż przekazane przez zamawiającego do Prezesa Urzędu zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej, o którym mowa w art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, nie podlegają opiniowaniu przez Prezesa Urzędu. W świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych zamawiający samodzielnie podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, zgodnie z art. 165 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jakkolwiek ustawodawca w pewnym stopniu różnicuje procedurę kontroli doraźnej wszczynanej przed zawarciem umowy (tzw. kontrola doraźna uprzednia) oraz po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego (tzw. kontrola doraźna następcza), ustawa nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku wszczęcia kontroli doraźnej jeszcze przed zawarciem umowy w przypadku otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki przekazanego na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu z dnia 26 marca 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 kwietnia 2019 r. należy wskazać, co następuje:

W odniesieniu do postawionego na wstępie argumentu dotyczącego przywołania w uzasadnieniu Informacji o wyniku kontroli orzecznictwa, zdaniem Zamawiającego pochodzącego sprzed wejścia w życie przepisów art. 66 oraz art. 67 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż sam Zamawiający przyznał, iż bez względu na poczynioną uwagę o nietrafnym orzecznictwie tezę postawioną przez Prezesa Urzędu należy uznać za

prawidłową. Po drugie, ww. regulacje dotyczące trybu z wolnej ręki niewątpliwie poprzedzają orzecznictwo, na które powołał się Prezes Urzędu. Jeżeli natomiast Zamawiający formułując powyższy zarzut miał na myśli to, że zawarte w Informacji o wyniku kontroli orzecznictwo dotyczące wyjątkowego charakteru zamówienia z wolnej ręki pochodzi sprzed wejścia w życie przepisów wskazanych przez Prezesa Urzędu jako naruszone przez Zamawiającego, należy stwierdzić, iż zasada dotycząca ścisłej interpretacji przesłanek z wolnej ręki ma uniwersalny charakter w tym znaczeniu, iż dotyczy ona wszystkich przesłanek zastosowania tego trybu bez względu na to, kiedy zostały wprowadzone do ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego co do możliwości objęcia postępowaniem w trybie z wolnej ręki zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, w przypadku łącznego udzielania zamówienia (w ramach jednego postępowania) także na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Jak wynika z treści zastrzeżeń Zamawiający nie kwestionował stanowiska Prezesa Urzędu dotyczącego obowiązku przeprowadzenia przetargu w przypadku postępowania na pierwszy z ww. przedmiotów zamówienia (tj. dotyczący nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy), jak również tego, że obowiązek ten wynika z przepisu art. 6c ust. 2a ucpg, będącego przepisem szczególnym w stosunku do regulacji ustawy Pzp. Argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego polegała na tym, iż w jego ocenie nie było intencją ustawodawcy, aby w sytuacji łącznego udzielania zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zarówno z nieruchomości, na których zamieszkują jak i nie zamieszkują mieszkańcy, zamawiający był bezwzględnie zobowiązany do przeprowadzenia takiego postępowania w trybie przetargu. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, iż kwestią nie budzącą wątpliwości zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie jest to, że tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki ma wyjątkowy charakter, a przesłanki jego stosowania wymagają ścisłej interpretacji. Ww. zasada przejawia się między innymi w tym, iż objęcie jednym postępowaniem zarówno przedmiotu zamówienia, co do którego ziszczyły się przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, jak i przedmiotu, co do którego przesłanki te nie wystąpiły, nie uzasadnia zastosowania do udzielenia takiego połączonego zamówienia trybu z wolnej ręki. Zakaz dokonywania rozszerzającej wykładni przepisów ustawy Pzp regulujących podstawy stosowania trybu z wolnej ręki przekłada się jednocześnie na konieczność stosowania ścisłej interpretacji przepisów innych ustaw, mających w stosunku do ww. regulacji szczególny charakter. W konsekwencji powyższego nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, iż udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, było uzasadnione połączeniem tego zamówienia z zamówieniem na odbiór i

zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Połączenie ww. zamówień w ramach jednego postępowania nie zmieniło bowiem ciążącego na Zamawiającym obowiązku przeprowadzenia postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, zgodnie z art. 6c ust. 2a ucp, przewidującym obowiązkowy tryb przetargu. Należało zatem podzielić stanowisko przedstawione przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli, iż w zakresie udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, Zamawiający naruszył przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucp.

Argumentu przemawiającego za uwzględnieniem zastrzeżeń nie może również stanowić poczyniona pod koniec pisma z dnia 5 kwietnia 2019 r. uwaga, iż kierując się dyspozycją przepisu art. 67 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający przesłał Prezesowi Urzędu do zaopiniowania dokumentację dotyczącą przedmiotowego postępowania, na co nie uzyskał odpowiedzi ze strony tego organu, w tym szczególności informacji o stwierdzonych nieprawidłowościach. Przepis art. 67 ust. 2 ustawy Pzp reguluje obowiązek zamawiającego zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi. Z powyższym obowiązkiem zamawiającego nie jest skorelowany żaden obowiązek Prezesa Urzędu dotyczący wydania opinii czy wszczęcia kontroli w odpowiedzi na zawiadomienie wystosowane przez zamawiającego. Termin, w którym może nastąpić wszczęcie kontroli doraźnej, został uregulowany w art. 165 ust. 2 (zdanie pierwsze) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dochowanie przez Prezesa Urzędu ww. terminu jest w niniejszej sprawie oczywiste, jak i nie było przez Zamawiającego kwestionowane.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....