

**Sygn. akt: KIO/KD 26/20**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 12 czerwca 2020 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 maja 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 22 maja 2020 r. przez:

Zamawiającego: Gminę Miasta Lębork dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 maja 2020 r. UZP/DKZP/WKZ3/421/17(3)/20/ JB KND/17/20/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych zbieranych selektywnie pochodzących od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasto Lębork w okresie od 1 sierpnia 2016 r. do 31 maja 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Ewa Sikorska**

**Bartosz Stankiewicz**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego: Gminę Miasta Lębork przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. 20 lipca 2016 r., poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Nie zgadzając się z powyższą oceną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający w dniu 22 maja 2020 r. zgłosił do tego organu umotywowane zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W swoim uzasadnieniu w pkt 1 zastrzeżeń powołał się na okoliczność uprzedniego zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym wskazano między innymi, że Gmina Miasto Lębork chce powierzyć wykonywanie usługi zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasto Lębork podmiotowi prowadzącemu instalację położoną najbliżej miejsca powstawania odpadów, tj. Regionalną Instalację do Przetwarzania Odpadów Komunalnych Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. w Czarnówku.

Zwrócił uwagę, że w zawiadomieniu tym powołano się na przede wszystkim na zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach ( w wersji obowiązującej na dzień sporządzenia zawiadomienia ), zgodnie z którym odpady, z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania, natomiast odpady, które nie mogą być przetwarzane w miejscu ich powstania przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię do najbliższej położonych miejsc, w których w mogą być przetworzone.

Zauważył przy tym, że RIPOK w Czarnówku jest oddalony od miasta Lęborka o ok. 5 km, natomiast inny najbliższy położony w Chlewnicy, jest oddalony o ok. 18 km.

Jako dodatkowy argument wskazał fakt, że RIPOK w Czarnówku został wybudowany przez Gminę Miasto Lębork wraz z innymi gminami ościennymi i że Gmina Miasto Lębork posiada w spółce prowadzącej instalację większościowe udziały.

Nadto, zaznaczył, że do złożonego zawiadomienia nie wniesiono żadnych uwag i zastrzeżeń.

Oświadczył, że z tych względów uznano za spełnione warunki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) ustawy PZP i zawarto umowę z wykonawcą Zakładem Zagospodarowania Odpadów Czysta Błękitna Kraina sp. z o.o. w Czarnówku prowadzącym regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych w Czarnówku w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych zbieranych selektywnie pochodzących od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasto Lębork w okresie od 1 sierpnia 2016r. do 31 maja 2019r.

Wskazał również, że we wnioskach z kontroli powołano się między innymi na pismo Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Klimatu, które jednak według zamawiającego odnosi się do stanu po wprowadzeniu z dniem 6 września 2019 r. nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którą dokonano deregionalizacji.

Argumentował, że na dzień zawierania umowy w 2016 r. funkcjonował obowiązek regionalizacji, który w powiązaniu z wyżej wskazaną zasadą bliskości determinował konieczność przekazywania odpadów do instalacji położonych najbliższej na określonym obszarze.

W piśmie tym dokonano jednocześnie interpretacji wyrażenia „do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone”, jakie znajduje się w art. 20 ust. ustawy o odpadach, wyjaśniając: że wyrażenie to wskazuje na możliwość dokonania wyboru takiego miejsca.

Według zamawiającego interpretacja taka nie jest precyzyjna choćby przez to, że ustawodawca nie nakazuje, aby wszystkie ze względu na rodzaj odpady były przekazywane do jednej instalacji i to uzasadnia użycie liczby mnogiej, natomiast nie ulega wątpliwości, że odpady należy przekazywać do instalacji najbliższej położonej.

W pkt 2 motywacji zastrzeżeń wyjaśnił, że Gmina Miasto Lębork jest większościowym udziałowcem ( ok. 71% udziałów ) w spółce komunalnej utworzonej wraz z innymi gminami ościennymi Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. Czarnówku.

Spółka ta została powołana w celu wykonywania wspólnego przedsięwzięcia realizowanego przez gminy tworzące spółkę polegającego na zagospodarowywaniu odpadów komunalnych z tych gmin. Spółka jest utworzona z majątków tylko gmin bez udziału w jej kapitale podmiotów zewnętrznych.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający stwierdził, że Gmina Miasto Lębork nie miała obowiązku stosowania przetargu do wyłonienia podmiotu do zagospodarowywania odpadów z terenu miasta Lęborka.

Przyznał, że zgodnie z art. 3a ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązującego w dniu zlecenia zamówienia z wolnej ręki obowiązek taki od 01.01.2012 roku istniał, jednakże zgodnie z art. 19 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, w odniesieniu do instalacji ujętej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako zakład zagospodarowania odpadów dla której przed dniem wejścia w życie ustawy wydano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu czy też której budowa lub eksploatacja rozpoczęła się przed dniem wejścia w życie ustawy, przepisów art.3a ustawy zmienianej w art. 1 nie stosuje się.

Poinformował, że w przypadku Spółki Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. w Czarnówku jest to podmiot utworzony w 1994 roku przez dwie gminy: Gminę Miasto Lębork i Gminę Nowa Wieś Lęborska. Eksploatację instalacji składowiska odpadów rozpoczęto w lipcu 1995 roku.

Wyjaśnił przy tym, że aktualnie udziałowcami Spółki jest dwanaście gmin położonych w Województwie Pomorskim, gdzie największym udziałowcem, z ilością udziałów ok. 71% , jest Gmina Miasto Lębork.

Zwrócił również uwagę, że zgodnie z § 1 Uchwały Rady Miejskiej w Lęborku nr XXXV -379/93 z dnia 29.12.1993r. w sprawie utworzenia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w celu urządzenia i eksploatacji wysypiska śmieci w Czarnówku: „Wyraża się zgodę na utworzenie z Gminą Nowa Wieś Lęborska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której celem będzie urządzenie i eksploatacja wysypiska śmieci w Czarnówku.”.

Z kolei zgodnie z § 5 pkt 1) Umowy Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zawartej w formie aktu notarialnego Rep. „A” numer 1982/1994 z dnia 11.04.1994 roku: „1. Celem spółki jest budowa i eksploatacja wysypiska śmieci. Inwestorem wysypiska jest Miasto Lębork.”.

Zauważył również, że z tekstu jednolitego umowy spółki na dzień zawarcia przedmiotowej umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych wynika, że udziałowcami Spółki było 10 gmin z Województwa Pomorskiego: Gmina Miasto Lębork. Gmina Nowa Wieś Lęborska, Miasto Łeba, Gmina Łęczycy, Gmina Choczewo, Gmina Cewice, Gmina Wicko, Gmina Krokowa, Gmina Linia, Gmina Miasto Władysławowo. Aktualnie dodatkowo udziałowcem została Gmina Miasto Puck. Innych udziałowców - nie będących gminami nie ma.

Powołał się również na okoliczność, że dnia 23.03.2018r. Rada Miejska w Lęborku podjęła Uchwałę nr XXXIII-497/2018 w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie umowy wykonawczej z Zakładem Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. Czarnówku, niezbędnej dla realizacji projektu pn.: „Rozbudowa kompostowni w RIPOK Czarnówko”. Umowę podpisano 29.03.2018 roku. Zgodnie z punktem 3 podpunktem 1 umowy: „Przedmiotem Umowy jest określenie szczegółowych zasad świadczenia Usług publicznych, które obejmują m.in. budowę, eksploatację i utrzymanie Instalacji zakresie niezbędnym do realizacji powierzonych Usług publicznych z zakresu przetwarzania odpadów komunalnych tj. odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z Planem Inwestycyjnym.”.

Swoje zastrzeżenia oparł między innymi o stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego z wyroku z dnia 9 lipca 2015 roku ( sygn. II OSK 2974/13 ).

Podkreślił, że umowa zawarta przez Gminę Miasto Lębork z Zakładem Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. w Czarnówku dotyczy jedynie zagospodarowania odpadów, a nie odbioru, czy też odbioru i zagospodarowania odpadów, z czego wynika, że w tym przypadku nie ma zastosowania art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, z którego wynika obowiązek udzielenia

zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych lub na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Stwierdził również, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z powierzeniem wykonywania zadań publicznych własnej jednostce organizacyjnej. Możliwość taka wynika wprost z postanowień art. 2 ustawy z dnia 20.12.1996r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 7 1 2), zgodnie z którym: „Gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego.”.

Dodał przy tym, że zagospodarowanie odpadów bez wątpienia należy da sfery zadań użyteczności publicznej, co wynika z art. 7 ust. 1 pkt 3), natomiast gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. ( art. 7 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020r., poz. 713 w związku z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20.12.1996r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 712).

Reasumując powierzenie przez Gminę Miasto Lębork zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego, do jakich zaliczyć należy Spółkę Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. w Czarnówku, która została powołana między innymi w celu wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznej związanych z prowadzeniem wysypisk i unieszkodliwianiem odpadów nie stanowi udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 201 9r., poz. 1843).

Błędem więc było stosowanie jakiegokolwiek trybu wynikającego z tej ustawy, w tym także trybu zamówienia z wolnej ręki, bowiem powierzenie realizacji tego zadania wynika z samego faktu powołania tej Spółki przez Gminę Miasto Lębork.

Poza tym, przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11.08.2005r. (II GSK 105/5).

Ostatecznie, przytoczył argumentację z informacji o wyniku kontroli doraźnej nr UZP/DKZP/KND/10/18 z dnia 28.09.2018r. o dopuszczalności pominięcia przepisów ustawy Pzp i realizacji potrzeb w ramach tzw. „in house”.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 22 maja 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 22 maja 2020 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 maja 2020 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych zbieranych selektywnie pochodzących od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasto Lębork w okresie od 1 sierpnia 2016 r. do 31 maja 2019 r. poinformowano Zamawiającego, że nie uwzględniono zastrzeżeń w nim zawartych.

Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.**

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

Nadto, Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z powyższych zastrzeżeń.

Według zapatrywania Izby - dokonując oceny naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. 20 lipca 2016 r., poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Izba powinna przede wszystkim skoncentrować się na badaniu wystąpienia przesłanek lub ich braku opisanych w cyt. wyżej przepisach prawa, bowiem to one stanowiły podstawę prawną do działania zamawiającego.

Oceniając, argumentację zaprezentowaną przez zamawiającego nie uszło uwadze Izby, że zamawiający nie podjął się nawet próby wykazania czy świadczone usługi mogły być tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a także z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1. dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

- a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Zamawiający deklarując udzielenie zamówienia publicznego w trybie wyjątkowym, stanowiącym odstępstwo od trybów otwartych w Prawie zamówień publicznych był zobowiązany do wszechstronnego zbadania powyższych przesłanek ustawowych.

W ocenie Izby – w zastrzeżeniach zamawiającego trudno doszukać się jakiegokolwiek motywacji, że świadczona na rzecz jego usługa przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych zbieranych selektywnie pochodzących od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasto Lębork mogła być świadczona tylko przez jeden podmiot.

Już w samej treści zastrzeżeń zamawiający przyznał, że w pobliżu Lęborka w odległości około 18 km funkcjonowała również instalacja RIPOK w Chlewnicy, co wskazuje, że istniały warunki do prowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a usługa mogła być świadczona nie tylko przez jednego wykonawcę.



Zdaniem Izby – różnica pomiędzy odległością pomiędzy miastem Lębork a instalacją RIPOK w Czarnówku, a także pomiędzy miastem Lębork a instalacją RIPOK w Chlewnicy wynosząca ok.13 km nie stanowiła przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze, która uniemożliwiłaby wykonanie zamówienia w tej dalszej instalacji, w razie wygrania przez tego wykonawcę przetargu konkurencyjnego.

W przekonaniu Izby – nie mają również znaczenia, ani żadnego związku z oceną przesłanek z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) ustawy Pzp powołane przez zamawiającego argumenty natury ekonomiczno-organizacyjnej.

Ostatecznie, jeżeli zamawiający miał zamiar udzielenia zamówienia „in house”, to również byłby zobowiązany to wykazania przesłanek ustawowych do zastosowania tej instytucji, czego jednak nie uczynił, a także nie podjął się ich określenia w ramach motywacji w zastrzeżeniach do informacji o wyniku kontroli.

Z tych powodów, Izba uznała, że doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. 20 lipca 2016 r., poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek.

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

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:**.....

.....