

UZP/DKUE/KD/119/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.**

Nazwa i adres zamawiającego:	Gmina Spytkowice ul. Zamkowa 12 34-116 Spytkowice
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Spytkowice od 9.366 mieszkańców wykazanych w deklaracjach i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne” oraz przygotowanie odpadów do odbioru – celem właściwego zagospodarowania – przez firmę wyłonioną w przetargu.
Tryb postępowania:	bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 13 Pzp
Wartość zamówienia:	zlecenie zostało podzielone na 12 części. Łączna wartość zamówienia wynosiła 333.653,33 zł (78.973,07 euro)
Środki UE:	brak

A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

Gmina Spytkowice powierzyła Z. wykonanie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od 9 633 właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, wykazanych w deklaracjach i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne”. Powierzenie zadania nastąpiło w formie cyklicznych zleceń z dni: 02.01.2014 r., 03.02.2014 r., 03.03.2014 r., 01.04.2014 r., 05.05.2014 r., 02.06.2014 r., 01.07.2014 r., 01.08.2014r., 01.09.2014 r., 06.10.2014 r., 03.11.2014 r., 01.12.2014 r. Zlecenia były udzielane przez Urząd Gminy w Spytkowicach, reprezentowany przez X na rzecz zleceniobiorcy Z. Zleceniobiorca jest samorządowym zakładem budżetowym utworzonym przez Radę Gminy Spytkowice uchwałą z dnia 08.11.2010 r. (Uchwała nr XLV/328/10) na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit h ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 nr 142, poz. 1591 ze zm.) art. 6 ustawy z dnia 20.12. 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. nr 9, poz. 43 ze zm.) oraz na podstawie art. 16 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2009 nr 157, poz. 1240). ZUK w Spytkowicach, jako samorządowy zakład budżetowy jest jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej.

W ww. zleceniach wykazano, iż Urząd Gminy w Spytkowicach „zleca wykonanie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Spytkowice od 9 366 mieszkańców wykazanych w deklaracjach i zewidencjonowanych w systemie „Odpady komunalne””. Łączna wartość ww. zleceń wynosiła 333.653,33 zł.

Na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp (wg stanu na dzień zlecenia powyższych zadań), ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- a) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,
- b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885).

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

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

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

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

Jednocześnie wskazać jednak należy, iż zamawiający będący jednostką administracji samorządowej ma możliwość powierzenia wykonywania zadań własnych powołanym w tym celu jednostkom organizacyjnym.

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

gminy (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie regulującym zadania i sposób działania zakładu (statut zakładu nadany uchwałą rady gminy).

Podjęcie takiej decyzji przez organ gminy nie stanowi jednak udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Tytułem do wykonywania przez samorządowy zakład budżetowy określonych zadań komunalnych jest decyzja organu gminy. W takim przypadku gmina nie nabywa od zakładu żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a zakładem nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich.

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

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

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

Obowiązek zorganizowania odbioru odpadów komunalnych przez gminę wynika bezpośrednio z treści art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.) zwanej dalej „ucpg”, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Ww. przepis wskazuje jednoznacznie, iż organizacja odbioru odpadów komunalnych stanowi zadanie własne gminy.

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

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

Należy wskazać, że w powyższej sprawie wielokrotnie wypowiedało się Ministerstwo Środowiska. Z odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Środowiska – z upoważnienia ministra - na interpelację nr 2479 w sprawie interpretacji zapisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dostępna na: www.sejm.gov.pl) wynika, że „(...) celem ustawodawcy wyrażonym w art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 152, poz. 897) było zobowiązanie wójta, burmistrza, prezydenta miasta do wybrania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości w drodze przetargu. Ustawa nie dopuszcza innego sposobu wyboru podmiotu świadczącego te usługi. Ponadto art. 6f ust. 2 precyzuje przypadek, w jakim gmina może zlecić odbieranie odpadów komunalnych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jedynym takim przypadkiem jest rozwiązanie umowy na odbieranie odpadów komunalnych z podmiotem wyłonionym w drodze przetargu i konieczność zapewnienia świadczenia odbierania odpadów komunalnych do czasu rozstrzygnięcia następnego przetargu (który wójt, burmistrz, prezydent jest zobowiązany zorganizować niezwłocznie). (...) Ponadto należy zauważyć, że art. 6g ww. ustawy wskazuje, że do przetargów w zakresie nieuregulowanym ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...)”.

Odnosnie powyższego ograniczenia wynikającego z art. 6d i art. 6e upcg wypowiedział się także Trybunał Konstytucyjny, który wskazał, że w świetle art. 6d ust. 1 i 6e upcg „nie jest możliwe powierzenie odbioru odpadów komunalnych jednostkom organizacyjnym gminy poza procedurą zamówienia publicznego. Działanie na tym polu wymaga przekształcenia samorządowego zakładu budżetowego, który zgodnie z zakwestionowanym art. 6e ustawy o utrzymaniu w czystości może odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości,

na zlecenie gminy, o ile został wybrany w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości. (...) Wymóg zorganizowania przetargu oraz związane z tym ograniczenia dla gminnych jednostek organizacyjnych dotyczą bezpośrednio odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (art. 6d i art. 6e w związku z art. 6c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości). Odbiór odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości niezamieszkałych oraz zagospodarowanie tych odpadów, o ile rada gminy nie skorzysta z kompetencji przewidzianej w art. 6c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości, może odbywać się na innych zasadach”.

Zdaniem Trybunału, za koniecznością stosowania procedur przetargowych „Przemawia (...) argument z przebiegu prac legislacyjnych. W uzasadnieniu projektu ustawy przyjęto, że "gminy będą wyłaniały w drodze przetargu podmioty prowadzące działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, co tym samym będzie się wiązało z koniecznością przekształcenia gminnych jednostek organizacyjnych w spółki prawa handlowego" (druk sejmowy nr 3670/VI kadencja) oraz powołane wcześniej stanowisko Ministerstwa Środowiska. Co więcej, art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości został sformułowany kategorycznie, a prawodawca nie przewidział w tym zakresie żadnych wyjątków. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby w istocie do obejścia ustawy. Spółki z udziałem gminy są uprawnione do odbierania odpadów komunalnych, o ile zostaną wybrane w drodze określonej w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości. Przy interpretacji art. 6d ust. 1 i art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości nie znajduje podstaw odwołanie się do art. 3 ust. 2 pkt 1 tejże ustawy. Należy bowiem zauważyć, że przepis odnosi się do całokształtu działalności gminy przewidzianej w tej ustawie dla realizacji zadania utrzymania w niej czystości i porządku. Zakwestionowane przepisy dotyczą zaś przetargu na odbiór odpadów komunalnych. W tym sensie art. 6d ust. 1 i art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości są regułą ograniczającą stosowanie zasady wynikającej z art. 3 ust. 2 pkt 1 tej ustawy (...)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. K 17/12).

Powyższe stanowisko poparł także Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 września 2014 r. (sygn. akt II OSK 1314/14)

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

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

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

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.