

UZP/DKUE/KD/118/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Urząd Miejski w Łapach ul. Sikorskiego 24 18-100 Łapy
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w 2014 r. z terenu miasta i gminy Łapy odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy
Tryb postępowania:	brak / nie stosowano ustawy
Wartość zamówienia:	wartość szacunkowa zamówienia – 1 600 000,00 zł
Środki UE:	brak

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Urząd Miejski w Łapach powierzył Zakładowi Usług Komunalnych w Łapach wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu miasta i gminy Łapy odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Powierzenie zadania nastąpiło w formie cyklicznych zleceń z dni: 31.12.2013 r., 31.01.2014 r., 28.02.2014

r., 31.03.2014 r., 30.04.2014 r., 30.05.2014 r., 30.06.2014 r., 30.07.2014 r., 27.08.2014 r., 30.09.2014 r., 28.10.2014, 28.11.2014 r. Zleceniodawcą był Urząd Miejski w Łapach, reprezentowany przez Burmistrza Gminy Łapy, zaś zleceniobiorcą – Zakład Usług Komunalnych w Łapach. Zakład Usług Komunalnych w Łapach jest samorządowym zakładem budżetowym utworzonym przez Radę Miejską w Łapach uchwałą z dnia 31.08.2012 r. (Uchwała nr XXVI/249/12) na podstawie art. 9 lit. h oraz art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r., poz. 446), art. 6 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 r., poz. 573 j.t.) oraz na podstawie art. 16 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.). ZUK w Łapach, jako samorządowy zakład budżetowy jest gminną jednostką organizacyjną, nie posiadającą osobowości prawnej.

W ww. zleceniach wskazywano w pkt 1: *„w ramach zlecenia wykonawca zobowiązany jest do odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych przekazywanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny, tj. papieru, szkła, tworzywa sztucznego, metalu, opakowań wielomateriałowych, odpadów zielonych odebranych bezpośrednio z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zmieszane odpady komunalne Wykonawca zobowiązany będzie odbierać następującymi częstotliwościami:*

- z zabudowy jednorodzinnej – raz na 2 tygodnie,
- z zabudowy wielorodzinnej – nie rzadziej niż raz w tygodniu (...)

W zakresie płatności zlecenia te stanowiły, w pkt 10: *„Rozliczenie wynagrodzenia za przedmiot zlecenia nastąpi na podstawie faktury VAT wystawionej w oparciu o kalkulację wykonywanej usługi. Kalkulacja obejmie następujące koszty:*

- odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zmieszanych,
- odbioru, transportu i zagospodarowania wszystkich odpadów selektywnie zebranych (w tym odpadów z PSZOK-a),
- obsługę PSZOK-a.

Do kalkulacji wykonawca dołączy dokumenty źródłowe (kserokopie zatwierdzonych do wypłaty faktur, kserokopie rozdzielnika wynagrodzeń, ksero rozliczeń paliwa itp.). Kalkulacja winna zostać podpisana przez osobę sporządzającą kalkulację i zatwierdzona przez głównego księgowego i kierownika jednostki. Zapłata faktury nastąpi najpóźniej w terminie 14 dni od dnia przedstawienia faktury i kalkulacji”.

Łączna wartość ww. zleceń wyniosła 2 122 507,23 zł brutto.

Urząd Miejski w Łapach powierzył wykonanie ww. usług ZUK w Łapach bez stosowania przewidzianej ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z

2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, procedury udzielania tych zamówień. Zamawiający wskazał, iż odstąpił od przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający wskazał, że w jego opinii nakazujący przeprowadzenie przetargu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy przepis art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 ze zm.), zwanej dalej „upcg”, zobowiązuje do przeprowadzenia przetargu w sytuacji, gdy gmina nie jest w stanie sama realizować własnego zadania, co wynikać miało również z tego, iż art. 3 ust. 2 upcg stanowi, iż gminy mają realizować obowiązki określone w ustawie, zaś w art. 9k upcg „jest mowa o gminnych jednostkach organizacyjnych”. Zamawiający wskazał również, iż za powierzeniem ww. zadania ZUK przemawiała trudna sytuacja na rynku pracy w gminie Łapy. Ponadto Urząd Miejski w Łapach podniósł, że organizowanie przetargu na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w chwili obecnej nie jest uzasadnione, ponieważ przepisy uchwalonej nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r. pozwalają, od dnia 1.01.2017 r. na powierzenie tego typu usług w procedurze „in house” spółce gminnej.

Artykuł 4 pkt 13 ustawy Pzp, w brzmieniu na dzień 1 stycznia 2014 r., stanowi, że 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 ustawy o finansach publicznych 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 odstąpić od stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Pzp.

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

Zgodnie art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 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 grudnia 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 dopuszczonych 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 miejskiej).

Podjęcie takiej decyzji przez organ gminy nie stanowi jednak udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Tytułem do wykonywania przez samorządowy zakład budżetowy określonych zadań komunalnych jest decyzja organu gminy. W takim przypadku gmina nie nabywa od zakładu żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne

powstające pomiędzy gminą a zakładem nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich.

Jak wskazano powyżej, do powierzenia zadań gminy z zakresu gospodarki komunalnej samorządowemu zakładowi budżetowemu utworzonemu przez gminę, w drodze aktu kreującego ten zakład, przepisy ustawy Pzp nie znajdują zastosowania. Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 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, jak sam wskazał zamawiający oraz jak wynika z załączonych dokumentów stanowiących zlecenia zadań, ich przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz odpadów zebranych selektywnie od nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

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 ze zm.) zwanej dalej „upcg”, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Ww. przepis określa jednoznacznie, iż organizacja odbioru odpadów komunalnych stanowi zadanie własne gminy.

Jednakże, 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 Pzp. 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.

Wskazać należy, iż w kwestii interpretacji powyższych przepisów wielokrotnie wypowiedało się Ministerstwo Środowiska – z odpowiedzi na interpelację nr 2479 w sprawie interpretacji zapisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, 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”.

Za taką interpretacją ww. przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach opowiedział się również Trybunał Konstytucyjny, który wskazał, że w świetle art. 6d ust. 1 i art. 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 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. (...) Przemawia za tym argument z przebiegu prac legislacyjnych. W uzasadnieniu projektu ustawy przyjęto, że „gminy będą wyłączały 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 3670/VI kadencja)(...), 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” (wyrok TK z dnia 28.11.2013 r. sygn. K 17/12).*

Ponadto należy zaznaczyć, że ww. ustawa o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw stanowi *lex specialis* względem ustawy o gospodarce komunalnej, wobec czego, mając na uwadze regulację 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.

Na powyższe ustalenia nie mają wpływu wyjaśnienia zamawiającego udzielone pismem z dnia 11.07.2016 r., w których wskazał, iż za powierzeniem przedmiotowego zadania ZUK w Łapach przemawiała trudna sytuacja na rynku pracy w gminie Łapy. Ustawa o utrzymaniu porządku i czystości w gminach nie przewiduje okoliczności umożliwiających odstąpienie od ustanowionego w art. 6d ust. 1 obowiązku przeprowadzenia przetargu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Nie jest również uzasadniona argumentacja Urzędu Miejskiego w Łapach, iż ww. obowiązek przeprowadzenia przetargu zachodzi jedynie w sytuacji, gdy gmina nie jest w stanie sama realizować zadania własnego. Zamawiający interpretację tę wywiódł z art. 3 ust. 2 upcg, który stanowi, iż gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania (...) oraz z art. 9k upcg, który określa przypadki, w których wojewódzki inspektor ochrony środowiska zakazuje, w drodze decyzji, wykonywania przez gminną jednostkę organizacyjną działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Pierwszy z powołanych przepisów wskazuje jedynie, iż gminy są odpowiedzialne za utrzymanie czystości i porządku w gminach i za stworzenie warunków niezbędnych dla ich utrzymania, zaś drugi z powołanych przepisów odnosi się do określonej w art. 6e upcg możliwości powierzenia – w drodze przetargu – zadania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, spółkom z udziałami gminy. Nie jest zatem możliwym, wywiedzenie możliwości udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych samorządowemu zakładowi gospodarki komunalnej na podstawie przepisów ustawy upcg. Na ocenę legalności powierzenia ZUK w Łapach przedmiotowego zadania w 2014 r. nie wpływa również okoliczność, iż przepisy uchwalonej nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r. pozwalają, od dnia 1.01.2017 r. na powierzenie tego typu usług w procedurze „in house” spółce gminnej.

Mając na uwadze powyższe, w przedmiotowej sprawie zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z wyłączenia stosowania procedury przetargowej poprzez powierzenie wykonania zadania własnego utworzonemu w drodze uchwały rady miasta Zakładowi Usług Komunalnych w Łapach. Przedmiotem zamówienia udzielonego przez Urząd Miejski w Łapach na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych (w drodze ww. zleceń) był odbiór odpadów od mieszkańców gminy bezpośrednio z ich nieruchomości. Jak wskazano powyżej, wykonawcą wymienionych czynności może być wyłącznie, wykonawca wyłoniony w drodze przetargu. Stosownie natomiast do art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania 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 Pzp, do której odsyła art. 6g ucp, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.