

Warszawa, dnia 2016 r.

UZP/DKD/KND/8/16

UZP/DKD/KND/12/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Gmina Suchy Las ul. Szkolna 13 62-002 Suchy Las
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	1) odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Suchy Las – umowa Nr CRU 855/14 z dnia 23.12.2014 r. 2) odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Suchy Las – umowa Nr CRU 908/15 z dnia 23.12.2015 r.
Tryb postępowania:	brak stosowania przepisów ustawy Pzp
Wartość zamówienia:	1) 1 769 932,80 zł (418 928,80 euro) 2) 1 777 777,78 zł (420 785,77 euro)
Wszczęcie kontroli:	1) na wniosek 2) z urzędu

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. W dniu 23 grudnia 2014 r. i w dniu 23 grudnia 2015 r. Zamawiający, Gmina Suchy Las, zawarła umowy z [REDAKTOWANE], których przedmiotem był *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Suchy Las – sektor nr 1 i 2* (umowa Nr [REDAKTOWANE] i Nr [REDAKTOWANE]), bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż *„dnia 16.02.2014 r. Parlament Europejski i Rada wydały Dyrektywę nr 2014/24/UE, z której art. 12 wynika, że regulowany w tej dyrektywie obowiązek udzielania zamówień publicznych nie dotyczy m. in. sytuacji, gdy zamawiająca gmina, jako właściciel udziałów sprawuje kontrolę nad spółką, która ma wykonywać zadanie, będące przedmiotem zamówienia, tj. nie dotyczy takiej sytuacji, jaka występuje w Gminie Suchy Las, która jest udziałowcem wszystkich udziałów [REDAKTOWANE], który w 2015 r. wykonuje zlecony przez Gminę odbiór odpadów. (...) Wobec powyższego, kierując się wyższością prawa unijnego nad prawem krajowym, przy jednoczesnym zaistnieniu swego stanu wyższej konieczności, polegającego na znacznych trudnościach z opanowaniem sytuacji z odbiorem odpadów przez miasto Poznań i Gminy zrzeszone w związku GOAP, Gmina Suchy Las postanowiła powierzyć odbiór odpadów własnemu zakładowi komunalnemu, wobec spełniania przez niego wymogów ww. Dyrektywy.”* Na koniec Zamawiający przytoczył wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05), w zakresie możliwości zasadności realizacji zadań własnych gminy przez spółki prawa handlowego będące jej własnością, zgodnie z którego treścią *nie stosuje się przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznej realizowanych przez jednostkę organizacyjną utworzoną w tym celu przez gminę.*

Należy w tym miejscu wskazać, że 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

zamieszkuje mieszkańcy. Ww. przepis wskazuje jednoznacznie, iż organizacja odbioru odpadów komunalnych stanowi zadanie własne gminy.

Co więcej, wskazać należy, że ucpg wielokrotnie wskazuje w swoich przepisach, iż odbiorem odpadów od właścicieli nieruchomości zajmuje się przedsiębiorca, wyłoniony w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6 d ust. 1 ucpg. Zgodnie z art. 6e ucpg spółki z udziałem gminy będą mogły odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości tylko, jeżeli zostaną wybrane w postępowaniu przetargowym, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ucpg. Oznacza to, że odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może być przez gminę zlecone spółce z udziałem gminy tylko jeśli spółka ta zostanie wyłoniona w wyniku prowadzonego przetargu. Odbieranie odpadów komunalnych nie może być powierzone takiej spółce bezprzetargowo, gdyż zgodnie z art. 6e ucpg jest ona traktowana jak podmiot zewnętrzny i może odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości tylko jeżeli zostanie wybrana w drodze przetargu.

Prawo zamówień publicznych rozróżnia dwa rodzaje przetargów:

1) przetarg nieograniczony zdefiniowany w art. 39 ustawy Pzp, jako tryb udzielania zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy,

2) przetarg ograniczony zdefiniowany w art. 47 ustawy Pzp, jako tryb udzielania zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert, przy czym ze względu na konieczność zapewnienia konkurencji, zaproszonych do składania ofert nie może być mniej niż 5 ani więcej niż 20.

Ponieważ ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie wskazuje, o jaki przetarg chodzi, zatem od decyzji Zamawiającego zależy, czy zorganizuje przetarg nieograniczony, czy też przetarg ograniczony.

Ponadto należy zaznaczyć, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi *lex specialis* względem ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2011 r Nr 45, poz. 236 z późn. zm.), zwanej dalej „ugk”, w zakresie regulującym gospodarkę odpadami. Art. 6d i art. 6e ucpg stanowią regulację szczególną w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 ugk i ograniczają jednostki samorządu terytorialnego w określaniu form i zasad realizacji zadań własnych. Co więcej, art. 6d i art. 6e ucpg nie pozbawiają gminy możliwości realizacji zadania własnego, a jedynie doprecyzowują procedury właściwe dla jego realizacji. Zatem Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia

obejmującego odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w innym trybie niż wynikający z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Należy również wskazać, że w powyższej sprawie wielokrotnie wypowiadało 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 ucpg 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. Jednocześnie należy wskazać, iż ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi również *lex specialis* względem ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe należy dojść do wniosku, iż gmina jest zobowiązana zawsze zorganizować przetarg na odbiór odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości (czy też na odbiór i zagospodarowanie odpadów).

W tym miejscu należy wskazać, że powoływane przepisy art. 6d ust. 1 i art. 6e ucpg były również przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego. Na tle zakwestionowanych przepisów pojawiło się zagadnienie, czy wymóg zorganizowania przetargu na odbiór odpadów komunalnych albo odbiór i zagospodarowanie tych odpadów jest bezwzględny i wyłącza możliwość powierzenia tych czynności komunalnym jednostkom organizacyjnym niezależnie od procedury przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i w tym wypadku zasadą jest organizowanie "przetargów"* (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. K 17/12).

Na gruncie rozważań Trybunału Konstytucyjnego zostały porównane dwie sprzeczne ze sobą interpretacje art. 6d ust. 1 i art. 6e ucpg, które funkcjonują w doktrynie prawa. Pierwsza z nich, na którą powołał się Zamawiający, stanowi, że ustawa o utrzymaniu czystości nie czyni przeszkody w prowadzeniu przez gminne jednostki organizacyjne odbioru odpadów komunalnych. Stanowisko to opiera się na założeniu, że art. 6d ust. 1 i art. 6e ucpg znajdują zastosowanie jedynie w wypadku skorzystania przez radę gminy z kompetencji przewidzianej w ustawie i powierzeniu podmiotowi zewnętrznemu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Art. 3 ust. 2 pkt 1 ucpg przewiduje bowiem, że gminy tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku lub zapewniają wykonanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych. Gmina może zatem wybrać drugą z tych możliwości i sama zapewnić odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (zob. m.in. W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 223).

Natomiast drugi z poglądów stanowi, że obowiązek wynikający z art. 6d ust. 1 i art. 6e ucpg ma charakter bezwzględny i gmina nie może organizować odbioru odpadów komunalnych we własnym zakresie. Przemawiać za tym ma kategorię brzmienia art. 6e oraz funkcja art. 6f ust. 2 ucpg, a także uzewnętrznione m.in. w art. 3a ucpg założenie prawodawcy o ograniczonej roli gminnych jednostek organizacyjnych w odbiorze odpadów komunalnych (K. Kuźma, D. Chojnacki, W. Hartung, K. Maćkowska, K. Szymczak, P. Zdrajkowski, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2013, s. 126 i 137).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, w świetle art. 6d ust. 1 i art. 6e ucpg *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 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 nr 3670/VI kadencja) oraz powołane wcześniej stanowisko Ministerstwa Środowiska. Co więcej, art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości został sformułowany kategorię, 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).

Odnosząc się natomiast do zastosowania przepisów dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., do których odwołuje się Zamawiający w swoich wyjaśnieniach, należy wskazać, iż termin implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, upływał 18 kwietnia 2016 r. Z powyższego wynika, iż dyrektywa 2014/24/UE w momencie udzielania kontrolowanych zamówień publicznych nie została jeszcze wdrożona do krajowego systemu prawnego i z tych też względów powoływanie się na jej postanowienia było nieuprawnione.

Warunkiem *sine qua non* bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektyw jest niewłaściwe ich wprowadzenie przez państwo lub brak wprowadzenia, mimo upływu wyznaczonego w tym celu terminu. Ponadto dodatkowymi cechami przepisu dyrektywy warunkującymi bezpośrednio jego skuteczność mogą być dostateczna klarowność takiego przepisu, jego bezwarunkowość czy brak kompetencji po stronie państwa do dalszego doprecyzowania jego treści. Jak wskazano wyżej termin implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, na której bezpośrednio zastosowanie powołał się Zamawiający nie upłynął w dacie udzielenia przedmiotowych zamówień.

Zgodnie z treścią art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) „dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków”. W odróżnieniu od rozporządzeń UE, dyrektywy nie wiążą w całości, lecz jedynie „co do rezultatu”. Oznacza to, że na państwo członkowskie Unii Europejskiej zostaje nałożony obowiązek uregulowania danej materii w prawie krajowym (np. ustawach) w sposób określony w dyrektywie, pozostawiając jednak państwu swobodę w wyborze do

osiągnięcia określonego celu. Dyrektywa zasadniczo nie wywołuje skutku bezpośredniego wobec jednostki, jednakże z orzecznictwa ETS wynika, że dyrektywa wyjątkowo może wywoływać bezpośredni skutek, ale tylko w relacjach jednostka-państwo i tylko na korzyść podmiotów prywatnych. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku ETS w sprawie o sygnaturze C – 236/92 Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava v Regione Lombardia, gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że *„jeśli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo.”*

Mając powyższe na uwadze, podkreślić należy iż przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych pozostają neutralne w zakresie krajowych regulacji państw członkowskich dotyczących tzw. zamówień *in-house*. Oznacza to, że ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę decyzji co do tego, czy zamierzają przenieść wyłączenie z art. 12 ust. 1 dyrektywy na grunt prawa krajowego. Tym samym zasadne wydaje się stwierdzenie, iż ustawodawca unijny w dyrektywie odnośnie tzw. zamówień *in-house* zawarł wyłącznie upoważnienie dla państw członkowskich do wprowadzenia do krajowych porządków prawnych przepisów materialnoprawnych w zakresie zamówień publicznych między podmiotami sektora publicznego. Powyższe prowadzi do wniosku, iż przepisy dyrektywy w zakresie tzw. zamówień *in-house*, nie mają charakteru materialnoprawnego, gdyż nie przyznają instytucjom zamawiającym prawa do skorzystania z przedmiotowego wyłączenia. Adresatem tej normy pozostaje wyłącznie państwo członkowskie, które może, ale nie musi, dokonać transpozycji ww. przepisów dyrektywy do krajowego porządku prawnego. Tak więc, przepisy dyrektywy w przedmiotowym zakresie nie są źródłem praw podmiotowych dla instytucji zamawiających, co wyłącza możliwość udzielania zamówienia publicznego między podmiotami sektora publicznego bezpośrednio w oparciu o przepisy dyrektywy. Ponadto należy wskazać, iż regulacje prawa europejskiego w zakresie zamówień publicznych pozwalają państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje unijne uwzględniając przy tym historyczne, prawne, ekonomiczne czy społeczne sytuacje właściwe dla państw członkowskich (tak też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-425/14). W związku z powyższym, Rzeczpospolita Polska jako państwo członkowskie Unii Europejskiej skorzystała z ww. uprawnienia i na podstawie przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych wdrożyła do ustawodawstwa krajowego przepisy odnośnie

zamówień *in-house*, które normują ww. kwestię w sposób bardziej restrykcyjny niż regulacje ww. dyrektywy.

Mając na uwadze powyższe, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z wyłączenia stosowania procedury przetargowej.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 8, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 d ucpg.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).