

Sygn. akt: KIO/KD 41/18

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 9 listopada 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 11 października 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Gminę Rzekuń**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 r. (znak: UZP/DKZP/KND/10/18) w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: *Umowa nr 6/ZUK.ZO/2016 z dnia 11 kwietnia 2016 r. na zagospodarowanie odpadów komunalnych*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:     **Anna Chudzik**  
Członkowie :         **Katarzyna Brzeska**  
                              **Renata Tubisz**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia publicznego pn.: *Umowa nr 6/ZUK.ZO/2016 z dnia 11 kwietnia 2016 r. na zagospodarowanie odpadów komunalnych*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych wykonawcy Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Ostrołęce z pominięciem przepisów ustawy Pzp.

Prezes Urzędu ustalił, że 11 kwietnia 2016 r. Wójt Gminy Rzekuń zawarł – bez stosowania przepisów ustawy Pzp – z wykonawcą Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., prowadzącym instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w m. Goworki, posiadającą status regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, umowę nr 6/ZUK.ZO/2016, której przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów komunalnych. Zgodnie z § 2 ust. 1 ww. umowy Zamawiający zobowiązał się do dostarczania wykonawcy odpady do zakładu unieszkodliwiania odpadów

komunalnych i do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadów, a wykonawca zobowiązał się do zagospodarowania przekazanych mu odpadów. Dostarczanie odpadów będzie się odbywało za pośrednictwem przekazującego odpady (podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości). Jak wynika z § 3 ust. 6 umowy, przedmiot umowy obejmował następujące szacunkowe roczne ilości odpadów przewidzianych do zagospodarowania: odpady zmieszane 20 03 01 - 2 000 Mg, zmieszane odpady opakowaniowe 15 01 06 - 70 Mg, opakowania ze szkła 15 01 07 - 50 Mg, odpady wielkogabarytowe 20 03 07 - 20 Mg; odpady biodegradowalne 20 02 01 - 40 Mg. Umowa równocześnie stanowi, stosownie do § 3 ust. 1, że za zagospodarowanie odpadów Zamawiający zapłaci Prowadzącemu Instalację cenę wg cennika stanowiącego załącznik do umowy. Jak wynika z treści tego załącznika, stopy obowiązywały następujące ceny za zagospodarowanie ww. kategorii odpadów: 270 zł/Mg, 15 zł/Mg, 280 zł/Mg, 105 zł/Mg. Rozliczenia finansowe i ilościowe przyjętych odpadów następować miało zgodnie z § 4 ust. 1 umowy za okresy miesięczne, do 5 dnia następnego miesiąca, na podstawie faktur za zagospodarowanie dostarczonych odpadów. Zgodnie z § 6 ust. 1 umowa została zawarta na okres 4 lat i weszła w życie z dniem jej zawarcia, z mocą obowiązującą od 1 marca 2016 r.

W toku kontroli ustalono, że 100% udziałów w Ostrołęckim Towarzystwie Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., będące stroną przedmiotowej Umowy, posiada Miasto Ostrołęka, a także że w rejonie ostrołęckoOsiedleckim, poza instalacją zarządzaną przez Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. występują dwa RIPOK-i, tj.: MPK Sp. z o.o. w Ostrołęce, Sortownia zmieszanych odpadów komunalnych oraz selektywnie zebranych i instalacja do kompostowania odpadów ulegających biodegradacji w m. Ławy, gm. Rzekuń oraz Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Siedlcach - Linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych i kompostownia przyzłowa w Woli Suchożębrskiej, gm. Suchożębry (położona w odległości około 140 km).

Z uzasadnienia odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp przekazanego przez Zamawiającego w ramach udzielonych wyjaśnień wynika, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach *nie jest obowiązkowy przetarg na samo zagospodarowanie. (...). 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 (Dz. U. z 2011 nr 152 poz. 897), „w przypadku instalacji wskazanej 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, lub której budowa lub eksploatacja rozpoczęła się przed dniem wejścia w życie ustawy, przepisów art. 3a ustawy zmienianej w art 1 nie stosuje się.* Zamawiający podał, iż biorąc pod uwagę

okoliczność, że dla Stacji Segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego *Wójt Gminy Rzekuń wydał decyzję środowiskową w dniu 01.06.2009 r. Znak: 7644/2/2009, a nowelizacja miała miejsce dopiero w 2011 roku, nie było konieczności przeprowadzania przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w procedurze wyboru regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, zwanej dalej także: „RIPOK” wskazanej w SIWZ postępowania pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Rzekuń od marca 2016 r. do końca lutego 2017 r.” kierowano się zapisami zawartymi w aft. 7 ust. 1 pkt 3, art. 10 ust. 1, art. 18 ust. 2 pkt 12 i aft. 74 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r., Nr 42, poz. 1591, z późn. zm.) oraz art. 3 ust 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.).*

Prezes Urzędu wskazał, że według wyjaśnień Zamawiającego: *podjęto Uchwałę Nr XXXVII/245/2013 Rady Gminy Rzekuń z dnia 24 maja 2013 r. w sprawie zawarcia porozumienia międzygminnego pomiędzy Miastem Ostrołęką i Gminą Rzekuń w zakresie partycypacji w zadaniu pn. „Stacja segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego”, w której Rada Gminy wyraziła zgodę na zawarcie porozumienia i partycypację w kosztach w kwocie nie przekraczającej 755.000, 00 zł. Dnia 22.10.2013 r. zawarto Porozumienie Międzygminne Nr GKOŚ. 7021.7.67.2013 w sprawie powierzenia Miastu Ostrołęka zadania publicznego - budowy „Stacji segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego”. Zgodnie z zapisem S 4 ww. porozumienia zawarta została w dniu 25 października 2013 r. Umowa do porozumienia międzygminnego w sprawie powierzenia Miastu Ostrołęka zadania publicznego - Budowa Stacji segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego Decyzją nr 41/2015 z dnia 27.07.2015 r. udzielono pozwolenia na użytkowanie Miastu Ostrołęka Stacji segregacji odpadów komunalnych. Stacja Segregacji wpisana zostaje w Uchwale 144/15 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 21 grudnia 2015 r. zmieniająca uchwałę w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 jako RIPOK w rejonie Ostrołęcko-Siedleckim. Zamawiający wskazał ponadto, że w celu uzyskania informacji o cenach obowiązujących w regionalnych instalacjach przetwarzania odpadów komunalnych wystąpił do RIPOK-u właściwego dla regionu ostrołęcko-siedleckiego tj. MPK sp. z o.o. w Ostrołęce (Sortownia zmieszanych odpadów komunalnych oraz selektywnie zebranych i instalacja do kompostowania odpadów ulegających biodegradacji w m. Ławy) z prośbą o przedstawienie kalkulacji kosztów zagospodarowania odpadów. Zamawiający wskazał, iż ceny zagospodarowania odpadów*

przez kolejny RIPOK wskazany w Uchwale Nr 144/15 Sejmiku Województwa Mazowieckiego dla regionu ostrołęcko-siedleckiego - Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Siedlcach (Linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych i kompostownia przyzmoła w Woli Suchożebrskiej, gm. Suchożebrzy) znane były z cennika udostępnionego na stronie internetowej. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego 26 stycznia 2016 r. prezes Ostrołęckiego TBS zaproponował cenę 270 zł netto/Mg za zmieszane odpady komunalne. W wyniku analizy cen przedstawionych przez 3 RIPOK-i właściwe dla regionu ostrołęcko-siedleckiego Zamawiający stwierdził, że cena za realizację usługi będącej przedmiotem zamówienia zaoferowana przez wykonawcę Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. jest najniższa. W załączniku do ww. umowy zawarte zostały ceny jednostkowe za usługi zagospodarowania odpadów (ceny netto zł/Mg dla odpadów pochodzących z terenu gmin uczestniczących w budowie stacji segregacji odpadów komunalnych), które w przypadku ww. kategorii odpadów wynosiły odpowiednio: 270 zł/Mg, 15 zł/Mg, 5 zł/Mg, 280 zł/Mg, 105 zł/Mg.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia, Zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, całego okresu jego wykonywania, tj. 48 miesięcy. Zatem wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosiła 2 204 400,00 zł (528 012,65 euro) i przekraczała próg wynikający z art. 11 pkt 8 ustawy Pzp .

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu podniósł, że Gmina Rzekuń, jako jednostka samorządu terytorialnego, stosownie do art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych obowiązującej w dacie udzielenia zamówień, należy do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. A zatem, stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gmina posiada status zamawiającego zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp. W przypadku braku przesłanek do zastosowania któregośkolwiek z wyłączeń, o których mowa w art. 4 pkt 1-13 ustawy Pzp Gmina Rzekuń ma obowiązek stosowania ustawy Pzp w zakresie udzielanych przez siebie zamówień publicznych.

Dalej Prezes Urzędu podniósł, że zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach , obowiązującej w chwili zawarcia ww. umowy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Na mocy odesłania z art. 6g ww. ustawy, do ww. przetargów, w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie stosuje się ustawę Pzp. Z literalnego brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach wynika, że ustawodawca nie przewidział w tej ustawie szczegółowej regulacji dotyczącej przetargu w przedmiocie obejmującym wyłącznie zagospodarowanie odpadów poprzez ogłoszenie przetargu na odbiór odpadów. Wobec takiego braku oraz wobec odesłania zawartego w art. 6g ww. ustawy w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują wprost przepisy ustawy Pzp i wskazane w tej ustawie tryby udzielania zamówień publicznych.

Prezes Urzędu podkreślił, że w sytuacji gdy realizacja zadań zostaje przekazana podmiotowi niezależnemu organizacyjnie, gospodarczo i majątkowo od gminy, wówczas odbywa się to na zasadach ogólnych z wykorzystaniem cywilnoprawnej umowy, która jest podstawą powierzenia wykonywania gminnych zadań. Z treści art. 3 ust. 1 u.g.k. wynika, że wtedy konieczne jest uwzględnienie przepisów o finansach publicznych i przepisów o zamówieniach publicznych. Drugą możliwą sytuacją jest wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie tj. przez utworzoną w tym celu własną jednostkę organizacyjną. Wówczas podstawą powierzenia wykonywania zadań jest sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. Nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych i nie jest potrzebne zawieranie przez gminę umów z własną jednostką organizacyjną w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę (vide: wyrok NSA z 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05).

Prezes Urzędu stwierdził, że nie zostały spełnione przesłanki warunkujące możliwość bezprzetargowego udzielenia zamówienia spółce komunalnej przez Gminę Rzekuń, a zatem nie zachodziła podstawa do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Prezesa Urzędu wyjaśnienia Zamawiającego w zakresie podstaw prawnych odstąpienia od przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wystąpienia sytuacji określonej w art. 19 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach są irrelewantne dla oceny sprawy. Tryb przetargowy wynikający z tej regulacji odnosi się do budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Regulacja ta nie ma zastosowania do wyboru miejsca zagospodarowania odpadów. Nie ma prawnych podstaw by eksploatację instalacji utożsamiać z zagospodarowaniem i przetwarzaniem w niej odpadów, są to odmiennie zakresowo czynności. W związku z tym okoliczność, że zgodnie z argumentacją Zamawiającego, że dla Stacji Segregacji Wójt Gminy Rzekuń wydał decyzję środowiskową w dniu 01.06.2009 r., a nowelizacja miała miejsce dopiero w 2011 r., nie było konieczności przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, nie uzasadnia odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp w zakresie udzielenia zamówienia na świadczenie usług zagospodarowanie odpadów komunalnych. Co więcej,

z dokumentacji postępowania załączonej przez Zamawiającego wynika, że pismem z 25 stycznia 2016 r., działając na podstawie art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach skierował on zapytanie do MPK sp. z o.o. w Ostrołęce o przedstawienie kalkulacji kosztów wykonania zamówienia do wszystkich działających w regionie instalacji. Regionalne instalacje nie mają ustalonych poziomów cenowych za przyjmowane odpady, dlatego też kalkulacja taka może być dla zamawiającego podstawą do weryfikacji cen proponowanych przez prowadzących instalacje. Może stanowić podstawę do ustalenia wartości zamówienia czy prowadzenia negocjacji, ale nie powinna stanowić uzasadnienia do odstąpienia od konkurencyjnych trybów udzielania zamówień, w przypadku, gdy na danym rynku działa więcej niż jeden podmiot mogący je wykonać.

Prezes Urzędu zaznaczył, że w niniejszej sprawie nie ma podstaw do stwierdzenia, że doszło do wykonywania przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie, tj. przez utworzoną w tym celu własną jednostkę organizacyjną lub by Zamawiający był udziałowcem podmiotu prowadzącego instalację. Podkreślił również, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii możliwe jest zlecenie przez jednostkę samorządu terytorialnego realizacji zadań własnych utworzonej przez tę jednostkę spółce prawa handlowego, z pominięciem przepisów ustawy Pzp (tzw. in house), przy czym dopuszczalność wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp w powyższym przypadku uzależniona jest od spełnienia następujących przesłanek:

- sprawowanie nad spółką przez podmiot publiczny kontroli podobnej, czy też „analogicznej” do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb oraz
- wykonywanie przez kontrolowany podmiot zasadniczej części jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa).

Ponadto, w sytuacji opisanej powyżej, podmiot któremu zamawiający udziela zamówienia „in house”, powinien być w stanie wykonać je samodzielnie (własnymi siłami), zatem bez udziału podwykonawców. W przeciwnym bowiem razie doszłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy (w tym również podwykonawcy), który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Z ustaleń dokonanych w toku kontroli doraźnej wynika, że nie zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia w ramach instytucji „in-house” wykonawcy Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Ostrołęce. Po pierwsze Gmina Rzekuń nie sprawuje nad spółką kontroli podobnej, czy też „analogicznej” do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb - całość udziałów (100 %) spółki Ostrołęckie

Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Ostrołęce w chwili udzielenia zamówienia posiadało Miasto Ostrołęka. Po drugie, argumentem potwierdzającym, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego z zaniechaniem stosowania przepisów ustawy Pzp, a nie z udzieleniem tzw. zamówienia „in house”, jest okoliczność zawarcia w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez Gminę Rzekuń z Ostrołęckim Towarzystwem Budownictwa Społecznego sp. z o.o. odpłatnej umowy cywilnoprawnej w sprawie realizacji niniejszego zamówienia.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający dopuścił się mającego wpływ na wynik postępowania naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia z pominięciem procedur Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, wskazując m.in., że stacja segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego jest najbliższym obiektem względem Gminy Rzekuń (w dniu podpisania umowy leżała na terenie gm. Rzekuń), który zagospodarowuje odpady komunalne, a to obniża koszt transportu, co w efekcie również obniża wartość przetargu na odbiór i transport odpadów. Powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (II OSK 140/08), w którym stwierdzono, że uwzględnienie zasady bliskości może prowadzić do wskazania jednego miejsca odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Zamawiający zaznaczył, że stacja segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego jest najnowocześniejszym obiektem w regionie, o najwyższych standardach z punktu widzenia ochrony środowiska. Podkreślił, że posiłkował się również sprawą C-480/06, gdzie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że nie stanowią zamówienia publicznego umowy między miastem Hamburg, a czterema sąsiednimi gminami, na mocy której miasto Hamburg zachowuje dla czterech gmin określoną zdolność przerobową, po cenie obliczonej według takiego samego wzoru dla każdej ze stron. Cena ta płacona jest podmiotowi prowadzącemu zakład, będącemu kontrahentem miasta Hamburg, za pośrednictwem Miasta Hamburg. Umowa tego typu ustanawia współpracę pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie misji publicznej, a mianowicie unieszkodliwianie odpadów. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że nie dochodzi do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli:

- współpraca pomiędzy podmiotami publicznymi nie podważa zasady swobody przepływu usług oraz otwarcia na niezakłóconą konkurencję;
- jeżeli ustanowienie tej współpracy określone jest względami i wymogami dążenia do celów leżących w interesie publicznym;

- jeżeli zasada równego traktowania wykonawców jest zagwarantowana w taki sposób, że żadne przedsiębiorstwo prywatne nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej względem jego konkurentów.

Zamawiający podkreślił także, że faktem, którym kierowano się przy wyborze Stacji Segregacji Odpadów Komunalnych Miasta Ostrołęki i gmin powiatu ostrołęckiego było przede wszystkim działanie oparte na obowiązujących przepisach prawa, partycypacja w kosztach budowy Stacji Segregacji Miasta Ostrołęki, chęć osiągnięcia efektu ekologicznego dla najnowszej stacji w regionie, zasada bliskości, ograniczenie kosztów transportu i związaną z tym emisją spalin, oraz sprawowanie większej kontroli nad strumieniem odpadów.

Wnosząc zastrzeżenia podniósł, że w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opisie stanu faktycznego podał wprawdzie Porozumienie Międzygminne zawarte pomiędzy Gminą Rzekuń a Miastem Ostrołęka w dniu 22 października 2013 r., ale jednocześnie nie odniósł się do zawartej do Porozumienia Międzygminnego umowy, mocą której Gmina Rzekuń niebędąca wprawdzie udziałowcem Ostrołęckiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego spółka z o.o. w Ostrołęce, poprzez udzielenie dotacji na realizację konkretnego zadania „Budowa Stacji Segregacji odpadów Miasta Ostrołęki i gmin powiatu Ostrołęckiego”, uzyskała gwarancję zagospodarowania odpadów komunalnych na takich samych zasadach jak główny udziałowiec Miasto Ostrołęka. Zdaniem Zamawiającego gwarancja ta stanowi więc swoistego rodzaju substrat udziałów w spółce zagospodarowującej odpady.

Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń. Ustosunkowując się do nich podniósł, że zastrzeżenia nie przedstawiają nowych okoliczności, które dostarczałyby podstaw do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu zaprezentowanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu wskazał, że przywołane we wniesionych zastrzeżeniach wyjaśnienia, zgodnie z którymi podstawowymi czynnikami decydującymi o wyborze wskazanej instalacji były m.in. partycypacja w kosztach jej budowy, chęć osiągnięcia efektu ekologicznego dla najnowszej stacji w regionie, zasada bliskości, ograniczenie kosztów transportu i związaną z tym emisją spalin oraz sprawowanie większej kontroli nad strumieniem odpadów, nie przesądza o prawidłowości działań Zamawiającego.

Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego orzecznictwa, m.in. wyroku NSA z 16 kwietnia 2008 r. (sygn. II OSK 140/08) oraz wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawa C-480/06), Prezes Urzędu podniósł, że jest ono nieadekwatne do ustalonego stanu faktycznego i było już przywołane przez Zamawiającego w treści wyjaśnień



przekazanych w toku postępowania wyjaśniającego. W odniesieniu do wyroku TSUE Prezes Urzędu przedstawił stan faktyczny, na gruncie którego zapadł ten wyrok i odnosząc go do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazał, że umowa będąca przedmiotem kontroli doraźnej nie została zawarta w celu realizacji wspólnej misji publicznej, rozumianej jako wzajemnej pomocy administracyjnej. Porozumienie międzygminne dotyczyło realizacji zadania publicznego budowy stacji segregacji odpadów komunalnych, przy czym podstawa dotycząca ewentualnego zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów pomiędzy Gminą Rzekuń, a Ostrołęckim Towarzystwem Budownictwa Społecznego spółka z o.o. w Ostrołęce wynika z § 7 umowy do porozumienia międzygminnego z dnia 25 października 2013 r. Zgodnie z nim Gmina Rzekuń zobowiązała się do składowania odpadów we wskazanej stacji segregacji odpadów pod warunkiem, że cena ich przyjęcia będzie niższa bądź równa cenie przyjęcia w innych wyznaczonych dla regionu RIPOK-ach. Warunkowy charakter zobowiązania pozwala uznać, że odmiennie aniżeli w stanie faktycznym wynikającym z orzeczenia Trybunału, od zawarcia umowy pomiędzy Gminą Rzekuń, a podmiotem zarządzającym stacją segregacji odpadów, nie zależała realizacja misji publicznej polegającej na budowie stacji segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki. Umowa nr 6/ZUK.ZO/2016 nie stanowiła finalizacji porozumienia w sprawie wspólnego wykonania misji publicznej, a co za tym idzie zawarcie przedmiotowej umowy nie było wyłączone spod obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Ponadto nie stwierdzono, aby z postanowień umowy będącej przedmiotem kontroli wynikały jakiegokolwiek zobowiązania Gminy Rzekuń wobec Ostrołęckiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego spółka z o.o. w Ostrołęce, które miałyby na celu realizację wspólnego zadania. Postanowienia przedmiotowej umowy regulują głównie sposób zapłaty ceny za realizację usługi, kary umowne za opóźnienia w zapłacie faktury przez Zamawiającego, kwestie związane z odmową zagospodarowania odpadów oraz postanowienia dotyczące jej rozwiązania przez każdą ze stron. Jednocześnie, wskazać należy, że zarówno z zawartego porozumienia międzygminnego, jak również z umowy nr 6/ZUK.ZO/2016 nie wynikają zobowiązania Ostrołęckiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego spółka z o.o. w Ostrołęce w zakresie rezerwacji na rzecz Gminy Rzekuń określonych zdolności przerobowych. Ponadto zawarcie przedmiotowej umowy mogło mieć wpływ na konkurencję na istniejącym rynku zagospodarowania odpadów w sytuacji, gdy w regionie ostrołęcko-siedleckim, do którego przynależy gmina Rzekuń, istniały dodatkowo dwie instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych.

Odnosząc się do podniesionej w zastrzeżeniach kwestii pominięcia w ocenie stanu faktycznego oraz prawnego roli porozumienia międzygminnego, jako instytucji uregulowanej w art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. samorządzie gminnym Prezes Urzędu wskazał, że

zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, celem kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp, co oznacza, że kontrola dokonywana jest wyłącznie w oparciu o kryterium legalności, a jej przedmiotem jest weryfikacja udzielenia zamówienia zgodnie z przepisami ustawy. Stąd, przedmiotowa kontrola doraźna obejmowała umowę nr 6/ZUK.ZO/2016, której elementy odpowiadały definicji legalnej zamówienia publicznego zawartej w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje je za własne.

Ustalony w toku kontroli stan faktyczny nie jest sporny, istotą zastrzeżeń jest natomiast jego ocena prawna.

Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego obowiązujących w dacie udzielenia zamówienia przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (ust. 1) oraz że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3),
- art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony,
- art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej,
- art. 48 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ko wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio

W ocenie Izby nie ma wątpliwość, że zawierając 11 kwietnia 2016 r. umowę z Ostrołęckim Towarzystwem Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. na zagospodarowanie odpadów komunalnych bez stosowania przepisów ustawy Pzp, Zamawiający dopuścił się naruszenia przytoczonych wyżej przepisów, a oceny tej nie zmieniają okoliczności podniesione w zgłoszonych zastrzeżeniach.

Nie powtarzając przedstawionej przez Prezesa Urzędu wyczerpującej argumentacji, którą Izba podziela, warto podkreślić najważniejsze tezy prowadzące do wniosku o niezasadności zgłoszonych zastrzeżeń.

Po pierwsze, nieuprawnione jest wnioskowanie z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach o braku obowiązku stosowania ustawy Pzp do umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Jakkolwiek ustawa ta w art. 6d ust. 1 stanowi, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, to nie sposób twierdzić, że przepis ten przesądza o wyłączeniu spod reżimu zamówień publicznych odpłatnych umów, których przedmiotem jest samo zagospodarowanie odpadów. Oczywiście i podkreśloną przez Zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach okolicznością jest, że gmina – zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – jest jednostką sektora finansów publicznych, a zatem podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Pzp, o czym stanowi art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Oznacza to, że wszelkie zawierane przez gminę odpłatne umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, podlegają przepisom ustawy Pzp, o ile nie zostały wyraźnie wyłączone spod tego reżimu. Zawarta przez Zamawiającego umowa na zagospodarowanie odpadów komunalnych bez wątplenia jest zamówieniem publicznym w świetle definicji określonej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Brak jest jednocześnie przepisu ustawowego, który stanowiłby, że do tego rodzaju zamówień nie stosuje się przepisów ustawy Pzp. Tym samym nie sposób twierdzić, że wobec brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Zamawiający był uprawniony do zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów z pominięciem przepisów ustawy Pzp, obowiązek ich stosowania wynikał bowiem wprost z tej ustawy. Chybiony jest argument odwołujący się do obowiązującego w dacie udzielenia zamówienia art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowił, że do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W istocie przepis ten odsyłał do ustawy Pzp w odniesieniu do zamówień określonych w art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nie może on być jednak interpretowany jako ograniczający stosowanie ustawy Pzp tylko do zamówień na odbieranie odpadów komunalnych albo na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Zakres stosowania ustawy Pzp określają bowiem co do zasady przepisy tejże ustawy, a w świetle tych przepisów nie ma wątpliwości co do istnienia obowiązku stosowania ustawy Pzp do zawieranych przez jednostkę samorządu terytorialnego odpłatnych umów na dostawy, usługi lub roboty budowlane. Wobec powyższego nie zasługuje na uwzględnienie

wyrażone w zastrzeżeniach stanowisko, jakoby Zamawiający był zobowiązany do stosowania trybu zamówień publicznych tylko do części gospodarki odpadami, a pozostała część (tj. zagospodarowanie odpadów) pozostawiona została uznaniu gminy.

Po drugie podkreślenia wymaga, że – z powodów przedstawionych w stanowisku Prezesa Urzędu – w rozpoznawanej sprawie nie zostały spełnione przesłanki tzw. zamówienia in-house. Stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Gmina Rzekuń poprzez udzielenie dotacji na realizację konkretnego zadania „Budowa Stacji Segregacji odpadów Miasta Ostrołęki i gmin powiatu Ostrołęckiego”, uzyskała gwarancję zagospodarowania odpadów komunalnych na takich samych zasadach jak główny udziałowiec Miasto Ostrołęka, która to gwarancja stanowi swoistego rodzaju substrat udziałów w spółce zagospodarowującej odpady, należy uznać za daleko idącą nadinterpretację. W ocenie Izby brak jest podstaw, aby przywołaną przez Zamawiającego okoliczność można było uznać za potraktowanie zawartej umowy jako zamówienia in-house.

Po trzecie, za prawidłową należy uznać dokonaną przez Prezesa Urzędu ocenę działań Zamawiającego w kontekście wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-480/06. Nie powielając przedstawionej w odpowiedzi na zastrzeżenia analizy stanów faktycznych obu spraw, stwierdzić należy, że Izba podziela płynący z tej analizy wniosek, że przywołany wyrok jest nieadekwatny do stanu faktycznego ustalonego w toku kontroli, przede wszystkim z uwagi na to, że od zawarcia objętej kontrolą umowy (dotyczącej zagospodarowania odpadów) nie zależała realizacja misji publicznej polegającej na budowie stacji segregacji odpadów komunalnych Miasta Ostrołęki. Istotna jest również dostrzeżona przez Prezesa Urzędu okoliczność, że zawarcie przedmiotowej umowy mogło mieć wpływ na konkurencję na istniejącym rynku zagospodarowania odpadów w sytuacji, gdy w regionie ostrołęcko-siedleckim, do którego przynależy gmina Rzekuń, istniały dodatkowo dwie instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych.

Na koniec zauważyć należy, że nie sposób podzielić stanowiska, jakoby o zgodności działań Zamawiającego z przepisami prawa miała przesądzać okoliczność, że zawarł umowę z podmiotem oferującym warunki lepsze od pozostałych. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że istnienie po stronie zamawiającego przekonania, iż zawarcie umowy z określonym podmiotem jest pod różnymi względami (w tym ekonomicznymi i ekologicznymi) korzystniejsze, nie może prowadzić do wniosku o prawie zamawiającego do nierespektowania obowiązujących przepisów prawa.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych z pominięciem przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....