

KNZ/9/18/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

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

Zamawiający: Gmina Drezdenko
ul. Warszawska 1, 66-530 Drezdenko

Rodzaj zamówienia: usługa

Przedmiot zamówienia: odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Drezdenko

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 5.757.598,00 zł (1.335.342,90 euro)

Wszczęcie postępowania: 31.01.2018 r. (data przekazania zaproszenia do negocjacji)

Środki UE: nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”), na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454, dalej: „ucpg”).

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w dniu 31 stycznia 2018 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy PGKiM sp. z o.o., ul. Pierwszej Brygady 21a, 66-530 Drezdenko.

Zgodnie z treścią pkt 1 dokumentu o nazwie „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do zaproszenia do negocjacji, przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie gminy Drezdenko, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

W rozdziale II sekcji II „Obowiązki wykonawcy” pkt 1 ppkt 7 w wierszu 33 załączonej tabeli obejmującej zestawienie pojemników wskazano „nieruchomości niezamieszkałe”. W rozdziale II sekcji II „Obowiązki wykonawcy” pkt 2 tab. 2 lit. b) określono sposób oraz częstotliwość odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 umowy nr GG.623.1.2018 zawartej w dniu 26 lutego 2018 r. między Zamawiającym a wykonawcą PGKiM sp. z o.o., Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania usługę odbioru, transportu, przekazania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na których terenie powstają odpady komunalne, położonych na terenie

gminy Drezdenko, które zamieszkuje ok. 17 341 osób. Stosownie do § 1 ust. 2 umowy, powierzona do wykonania usługa została szczegółowo opisana w załączniku nr 1 do zaproszenia do negocjacji, Rozdział II tj. Opis Przedmiotu Zamówienia oraz w niniejszej Umowie. Wszystkie te dokumenty łącznie określają przedmiot umowy.

W odpowiedzi na pytanie Prezesa Urzędu (pismo z dnia 10 września 2018 r., znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/429/309(3)/18/JB) czy przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy w rozumieniu art. 6c ust. 2a ucpg, Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy.

Prezes Urzędu zważył co następuje.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) *ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,*

c) *w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.*

Zgodnie z art. 6c ust. 2 ucpg, rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Z kolei, zgodnie z art. 6c ust. 2a ucpg, w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów.

Uchwałą nr XV/143/2015 z dnia 9 grudnia 2015 r. Rada Miejska w Drezdenku postanowiła o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.

Tym samym, uznać należy, iż zgodnie z treścią ww. cytowanego art. 6c ust. 2a ucpg, Zamawiający miał obowiązek zorganizowania przetargu w rozumieniu ustawy Pzp na odbieranie albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. KIO 96/17, w istocie zgodnie z art. 6c ust. 2 i 2a CzystGmU ustawodawca uregulował wprost sytuację właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych określając, kiedy należy przeprowadzić przetarg a kiedy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie in-house.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO, na gruncie przepisów ucpg ze względu na właściwy tryb udzielenia zamówienia należy oddzielić sytuacje, w których zamówienie na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych obejmuje nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (tzw. „nieruchomości zamieszkałe”) oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy (tzw. „nieruchomości niezamieszkałe”). W odniesieniu do drugiej kategorii, ustawodawca dopuścił możliwość udzielenia zamówienia jedynie

po przeprowadzeniu przetargu, co oznacza, iż nie może tu znaleźć zastosowania tryb z wolnej ręki, w tym w ramach tzw. „in-house”.

Tym samym, Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpq.

Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpq.

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