

**Sygn. akt: KIO/KD 32/19**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 24 kwietnia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 kwietnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Inowrocławiu sp. z o.o. dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej (dalej także „Informacja”) z dnia 25 marca 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/1(4)/19/JB)

w przedmiocie postępowania na:

odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne i dostarczenie ich do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych(RIPOK) przy ulicy Bagiennej 77 w Inowrocławiu.

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:** Robert Skrzyszewski

**Członkowie:** Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## **Uzasadnienie**

### **I.**

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem UZP”, 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.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 67 ust. 1 pkt 13 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 z późn. zm.), zwanej dalej: „ucpg” poprzez udzielenie zamówienia, którego przedmiot obejmuje odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy w trybie z wolnej ręki;

2) art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia osób podlegających wyłączeniu, pełniących funkcję kierownika zamawiającego.

### **II.**

Informację o wyniku kontroli doraźnej Prezes UZP przesłał Zamawiającemu przy piśmie z dnia 25 marca 2019 r.

Zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2019 r., wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia, zwane dalej „zastrzeżeniami”.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez niego zastrzeżeń i przekazał sprawę do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **III.**

**Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.**

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń z dnia 25 marca 2019 r.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do naruszenia z pkt 1, należy zauważyć, że na gruncie ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych zasadą jest stosowanie przetargów otwartych, w tym przede wszystkim przetargu nieograniczonego, zapewniających zachowanie warunków konkurencyjności podmiotów świadczących usługi na rynku.

Zastosowanie wyjątku od powyższej zasady w formule zamówienia z wolnej ręki wymaga wykazania przez Zamawiającego przesłanek z przepisu art.67 ust.1 pkt 13 ustawy Pzp zgodnie, z którym zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,

b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a,

lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zdaniem Izby – Zamawiający w zastrzeżeniach nie udowodnił, że spełniał powyższe przesłanki.

Jednocześnie w myśl przepisu 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.

W opiniowanej sprawie Zamawiający takiej procedury nie zastosował.

Powyższe zastrzeżenia Zamawiającego – w ocenie Izby - nie zawierają w tej mierze żadnej motywacji, a zatem należało przyjąć, że nie podjął on z Prezesem UZP rzeczowej polemiki dającej podstawę do reasumpcji stanowiska podmiotu kontrolującego.

W odniesieniu do naruszenia z pkt 2, Izba doszła do przekonania, że również nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Wyrażone przez Zamawiającego wątpliwości co do zakresu stosowanie przepisu art.17 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówi, same w sobie nie mogą podważać zasadności wyводу prezentowanego przez Prezesa UZP w informacji o wyniku kontroli.

Natomiast, oświadczenie Zamawiającego, że załączone dokumenty w postaci oświadczeń wskazanych członków organu zarządu zostały wadliwie sporządzone i dołączone w wyniku błędu osób odpowiedzialnych za przygotowanie i prowadzenie dokumentacji postępowań, stanowi – w przekonaniu Izby – przyznanie naruszenia powołanego wyżej przepisu prawa.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....