

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 stycznia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 21 grudnia 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Gmina Drezdenko, ul. Warszawska 1, 66-530 Drezdenko, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej zawartej w piśmie z 21.12.2018 r. (znak: UZP/DKZP/KZ3/422/11(4)/18/JB) KNZ/9/18/DKZP) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: »Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Drezdenko«

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Daniel Konicz

Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Drezdenko, ul. Warszawska 1, 66-530 Drezdenko wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na »Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Drezdenko«.

Zamawiający przekazał zaproszenie do negocjacji 31.01.2018 r.. Zamawiający był obowiązany prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018 – dalej w skrócie „Pzp”) oraz ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2017 r. poz. 1289, 2056 i 2422, dalej: „ucpg”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: kontrolujący lub „Prezes Urzędu”) dokonał kontroli doraźnej na podstawie cyt. »art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [...], Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [...], na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 6c ust. 2a [...] ucpg« [str. 2 informacja o wynikach kontroli doraźnej z 21.12.2018 r.].

W odpowiedzi na to pismo zamawiający przesłał 3.01.2017 r. wyjaśnienia, których Prezes Urzędu nie uwzględnił oraz przekazał 16.01.2019 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, jako nieuwzględnione zastrzeżenia do wyników kontroli w trybie art. 167 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

31 stycznia 2018 r. zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp przez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy PGKiM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Drezdenku.

Zamawiający w pkt 1 OPZ (zał. nr 1 do zaproszenia do negocjacji) określił przedmiot zamówienia jako 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.

Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy nr GG.623.1.2018 zawartej 26.02.2018 r. między zamawiającym a wykonawcą PGKiM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Drezdenku, zamawiający powierzył, a wykonawca przyjął 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.

Ponadto, na pytanie kontrolującego (pismo z 10.09.2018 r., znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/429/309(3)/18/JB), zamawiający potwierdził, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy.

Po przeprowadzeniu kontroli Prezes Urzędu w »Informacji o wyniku kontroli« z 21.21.2019 r. stwierdził, że stosowanie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne tylko w szczególnych przypadkach określonych w art. 67 ust. 1 Pzp. W kontrolowanym postępowaniu zamawiający udzielając przedmiotowego zamówienia powołał się na art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Ponadto zgodnie z art. 6c ust. 2 ucpg, rada gminy może postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, a zgodnie z art. 6c ust. 2a ucpg, w przypadku zadecydowania o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych [...] na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości lub 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. Dlatego zgodnie z art. 6c ust. 2a ucpg, zamawiający miał obowiązek zorganizowania przetargu na ten przedmiot zamówienia i w tym przypadku zamawiający nie miał możliwości udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w tzw. zamówieniu »in-house«, które jest dokonywane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający połączył przedmiot zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z drugim przedmiotem – odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych i zamawiający udzielił zamówienia na tak połączone przedmioty zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Kontrolujący stwierdził w Informacji, że zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie, a zamawiający stosując ten tryb naruszył art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpg i naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający, we właściwym terminie, zgłosił do Prezesa Urzędu umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, zgodnie z art. 167 ust. 1 Pzp.

W zastrzeżeniach zamawiający przyznał prawidłowe ustalenie przez kontrolującego stanu faktycznego i zgłosił obiekcje do kwalifikacji prawnej postępowania. Zamawiający zakwestionował stwierdzenie kontrolującego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, a także jakiegokolwiek innego przepisu ustawy Pzp dotyczącego wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający podkreślił, że we właściwym terminie 31.01.2018 r. powiadomił o wszczęciu przedmiotowego postępowania dotyczące odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych i na tym etapie tryb ten nie był kwestionowany, co zdaniem zamawiającego potwierdzało, że problem leży w interpretacji obowiązujących przepisów prawa, a zwłaszcza brak rozstrzygnięcia jakie przepisy mają zastosowania w przypadku kolizji przepisów ustawy Pzp z innymi ustawami.

Zamawiający wskazał, że ze względu na wejście w życie w tym samym czasie, przepisów ustawy Pzp i ustawy ucpg nie da się usunąć kolizji stosując zasadę *lex posterior derogat legi priori*. Dlatego należy w tej sytuacji zastosować wykładnię celowościową, tj. ustalenie przyczyn wprowadzenia danych przepisów, a przepisy te zostały uchwalone z powodu implementacji przepisów unijnych mających na celu wprowadzenie tzw. postępowania „in-house” do polskiego systemu prawnego. Dlatego zamawiający w związku z analizą zwłaszcza art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych doszedł do wniosku, że zamówienie zostało udzielone prawidłowo, zwłaszcza po podjęciu przez Radę Miejską Drezdenka uchwały NR XV/143/2015 z dnia 9 grudnia 2015 r. o objęciu gospodarką odpadami również nieruchomości niezamieszkałych, co spowodowało brak powodu, aby odpady z nieruchomości niezamieszkałych i z nieruchomości zamieszkałych traktować różnie. Tym niemniej na wypadek podtrzymania zajętego przez Prezesa Urzędu stanowiska zamawiający oświadczył, że rozważy pilne rozwiązanie obowiązującej umowy i rozpocznie ponowne postępowanie.

W odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli z 21.12.2018 r. Prezes Urzędu poinformował, że Zamawiający nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpg i tym samym kontrolujący w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu przede wszystkim wskazał, że zgodnie z art. 165 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp, wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia i ustawa Pzp nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku wszczęcia kontroli doraźnej jeszcze przed zawarciem umowy nawet w przypadku prawidłowego otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki przekazanego przez zamawiającego na podstawie art. 67 ust. 2 Pzp.

Następnie Prezes Urzędu wskazał, że ustalenie relacji między przepisem art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp a przepisem art. 6c ust. 2a ucpg jest możliwe przy zastosowaniu reguły *lex specialis derogat legi generali*, gdyż przepis art. 6c ust. 2a ucpg jest przepisem szczególnym wobec generalnych reguł udzielania zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp, w tym przepisów dotyczących instytucji tzw. „in-house”. Przepis ten ogranicza zakres przedmiotowy dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, co w konsekwencji wywołuje konieczność uznania, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp do zamówienia na odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych nie jest właściwe. W przedmiocie określonym przez art. 6c ust. 2a ucpg wymaga się zorganizowania przetargu w trybie ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający nie wykazał dlaczego doszedł do konkluzji o prawidłowym udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie wykładni celowościowej dla interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w kontekście art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE, przy czym Prezes Urzędu zaznaczył, że cyt. »przepis art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE wskazuje jedynie jakiego rodzaju zamówienia publiczne nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy, co oznacza, że ustawodawca krajowy w odniesieniu do tych zamówień ma zasadniczą swobodę legislacyjną, przejawiającą się również w możliwości ograniczenia zakresu przedmiotowego zastosowania trybu z wolnej ręki w ramach instytucji in-house«.

Kontrolujący wskazał na brak zasadności objęcia gospodarką odpadami z nieruchomości niezamieszkałych i zamieszkałych na równych zasadach. Art. 6c ust. 2a ucpg stanowi, że w przypadku, gdy rada miejska w drodze uchwały, o której mowa w art. 6c ust. 2 ucpg, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy wóldarz jednostki administracyjnej jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy Pzp na odbieranie lub odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości. Tym samym ustawodawca zróżnicował zakres dopuszczalnych trybów udzielenia zamówienia ze względu na rodzaj nieruchomości, których dotyczy przedmiot zamówienia.

Kontrolujący na koniec stwierdził, że stanowisko zamawiającego tylko potwierdziło, że zamawiający naruszył przepisy wykazane w informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21.12.2018 r., czyli zamawiający, udzielając zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Drezdenko w trybie z wolnej ręki, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 6c ust. 2a ucpg. Wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego Prezes Urzędu, zgodnie z art. 167 ust. 2 Pzp, przekazał w ustawowym terminie zastrzeżenia zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba po zapoznaniu się z całością dokumentacji oraz argumentacją zamawiającego

i kontrolującego w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 165 ust. 1 i ust. 2 zdanie pierwsze Pzp Prezes Urzędu może wszcząć kontrolę doraźną postępowania nie później niż 4 lata od zakończenia postępowania. Art. 165 ust. 1 Pzp brzmi »Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik«, a art. 165 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia«. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie można znaleźć żadnych przepisów nakazujących przeprowadzenie kontroli doraźnej jeszcze przed zawarciem umowy, na co powoływał się zamawiający bez powołania się na konkretny przepis. Nie jest sporne, że kontrolowane postępowanie zostało wszczęte 31.01.2018 r., zakończone przez zawarcie umowy 26.02.2018 r., a Prezes Urzędu doręczył zamawiającemu informację o wyniku kontroli 21.12.2018 r. Dlatego sugerowanie przez zamawiającego spóźnionego przeprowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu nie może być wzięte pod uwagę przez Izbę.

Także Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał podstawy prawnej do objęcia gospodarką odpadami z nieruchomości niezamieszkałych i z nieruchomości zamieszkałych na równych zasadach. Te dwa przedmioty zamówienia [(a) gospodarka odpadami z nieruchomości niezamieszkałych i (b) gospodarka odpadami z nieruchomości zamieszkałych) są regulowane przez różne przepisy. Szczególnie zgodnie z art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zamawiający musi zorganizować przetarg w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy. Przepis art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 oraz 1629) brzmi »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«.

Ponadto Izba stwierdza, że zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są tryby przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, dlatego w każdym przypadku zamawiający może przeprowadzić postępowanie w jednym z tych trybów bez uzasadniania zastosowania takiego trybu. Przepis art. 10 ust. 1 Pzp brzmi »Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony«. Natomiast zastosowanie innego trybu jest możliwe tylko w przypadkach

określonych w ustawie, co wynika z art. 10 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie«.

Dlatego Izba nie może przychylić się do stanowiska zamawiającego o wątpliwościach co do zastosowania właściwego trybu przetargowego i wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki.

Również Izba musi dojść do wniosku, że zamawiający nie wykazał podstaw skonstatowania uprawnienia do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie wykładni celowościowej dla interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w kontekście art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE, gdyż art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE wskazuje jakie zamówienia publiczne nie są objęte stosowaniem tej dyrektywy, a więc zamawiający nie powinien powoływać się na ten przepis Dyrektywy.

Także Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, który wykazał, że przepis art. 6c ust. 2a ucpg jest przepisem szczególnym wobec generalnych reguł udzielania zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp, a także przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w tym przepisów dotyczących instytucji tzw. „in-house”. W przedmiocie określonym przez art. 6c ust. 2a ucpg wymaga się zorganizowania przetargu w trybie ustawy Pzp, czyli przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamawiający nie wykazał, że zostały spełnione przesłanki do zastosowania w badanym przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki szczególnie na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyżej przytoczone argumenty Izba, tak jak Prezes Urzędu, stwierdza, że stanowisko zamawiającego tylko potwierdziło naruszenie przepisów wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21.12.2018 r. Zamawiający, udzielając zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Drezdenko w trybie z wolnej ręki, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 6c ust. 2a ucpg.

Przewodniczący

Członkowie

.....