

Sygn. akt: KIO/KD 68/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 listopada 2016 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 8 listopada 2016 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Wójta Gminy Suchy Las** dotyczących wyniku kontroli doraźnej w zakresie braku zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawarciu dwóch umów na 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. oraz umowa Nr CRU 908/15 z dnia 23.12.2015 r.) wskazujących na naruszenie przez zamawiającego 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

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Anna Packo

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

W dniu 23 grudnia 2014 r. i w dniu 23 grudnia 2015 r. Zamawiający, Gmina Suchy Las, zawarła umowy z Zakładem Gospodarki Komunalnej Suchy Las Sp. z o.o., ul. Młodzieżowa 1, 62- 002 Suchy Las, których przedmiotem był *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Suchy Las - sektor nr1 i 2* (umowa Nr CRU 855/15 i Nr CRU 908/2015), 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 Zakładu Gospodarki Komunalnej Suchy Las Sp. z o.o., który w 2015 r. wykonuje zlecony przez Gminę odbiór odpadów. (...) Wobec powyższego, kierując się wyższością prawa unijnego nad prawem krajowym, przy jednoczesnym zaistnieniu swoistego 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.*

W wyniku przeprowadzonego postępowania kontrolnego, Prezes UZP stwierdził, co następuje.

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 ze zm.) zwanej dalej „ucpg”, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości, na których zamieszkują 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. 6d 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 ze 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 kategorycznie brzmienie 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 wyłaniały 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 3670A/1kadencja) oraz powołane wcześniej stanowisko Ministerstwa Środowiska. Co więcej, art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości został sformułowany kategorycznie, 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 Delta 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.

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z wyłączenia stosowania procedury przetargowej.

Zamawiający wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji i protokołu z kontroli.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podtrzymał swoje stanowisko, wskazując, że zgodnie z art. 161 Prawa zamówień publicznych Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień. Celem kontroli przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest sprawdzenie zgodności **postępowania** o udzielenie zamówienia z przepisami prawa zamówień publicznych (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod red. Anety Bazan wyd. II - zamieszczony w lex). Z protokołu kontroli natomiast wynika, że w przypadku obu kontrolowanych umów nie było stosowane prawo zamówień publicznych, a więc nie było prowadzone postępowanie w rozumieniu tej ustawy. Z treści obu tych umów wynika natomiast, że zamiast tego była stosowana dyrektywa unijna z dnia 26.02.2014r.

Skoro do kontrolowanych umów nie było stosowane Prawo zamówień publicznych, zarazem nie było prowadzone postępowanie. Brak zatem przedmiotu kontroli, która ma polecać na ocenie zgodności tego postępowania z pzp. Zdaniem kontrolowanej Gminy przedmiot tych umów podlegał zleceniu w trybie „in house”, a nie w trybie pzp.

Gmina podtrzymała argumentację, że nie była obowiązana do zorganizowania przetargu na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji kiedy zleciła zadanie własne gminy spółce prawa handlowego będącej własnością Gminy Suchy Las, choć kwestia istnienia obowiązku organizowania przetargu w w.w. przedmiocie w sytuacji, gdy gmina na zasadzie art. 3 i 4 ustawy o gospodarce komunalnej w związku z art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o samorządzie gminnym powierzyła tego rodzaju zadanie powołanej przez siebie spółce komunalnej jest sporna (Wojciech Radecki Komentarz do art. 6(d) w.w. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, teza 1). Przed dodaniem przepisu art. 6(d) w.w. ustawy sprawa była oczywista, gdyż to mieszkańcy, a nie gminy byli właścicielami odpadów komunalnych, i to oni zlecali odbiór odpadów wybranemu przedsiębiorcy, posiadającemu wymagane zezwolenie.

W związku z wejściem w życie w.w. art. 6(d) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Gmina Suchy Las, chcąc zastosować się do wchodzących w życie przepisów w 2013 roku zorganizowała przetarg na odbiór odpadów. W wyniku przetargu został wyłoniony wykonawca, który odbierał odpady w roku 2014.

Jednakże dnia 16.02.2014r. Parlament Europejski i Rada wydały Dyrektywę nr 2014/24/UE z dnia 26.02.2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę

2004/18/WE (Dziennik Urzędowy UE nr L 94/65 z dnia 28.03.2014r.), 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 Zakładu Gospodarki Komunalnej Suchy Las Spółka z o.o., który wykonuje zlecony przez Gminę odbiór odpadów. W związku z wydaniem Dyrektywy nawet z kół rządowych zaczęły wyływać poglądy o konieczności zmiany treści art. 6(d), celem uwzględnienia zmian prawa unijnego wynikających z dyrektywy.

Wobec powyższego, kierując się wyższością prawa unijnego nad prawem krajowym, przy jednoczesnym zaistnieniu swoistego stanu wyższej konieczności, polegającego na znacznych trudnościach z opanowaniem sytuacji z odbiorem odpadów w przypadku zawarcia przez gminy umów po wyłonieniu wykonawców w drodze przetargu - czego najdrastyczniejszym przykładem była sytuacja Miasta Poznań i Gmin zrzeszonych w związku GOAP, Gmina Suchy Las postanowiła wziąć sprawy w swoje ręce i powierzyć odbiór odpadów własnemu zakładowi komunalnemu, wobec spełniania przez niego wymogów Dyrektywy. Mieszkańcy Gminy Suchy Las uniknęli w ten sposób ciężkich perturbacji z zaleganiem przez długi czas całych stert odpadów zarówno zmieszanych, jak i segregowanych, co miało miejsce zwłaszcza w Poznaniu. Gmina Suchy Las postąpiła w tym przypadku jak dobry gospodarz, który stał przed trudnym wyborem. Co do zaistnienia stanu wyższej konieczności wypowiedział się natomiast Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 1 lipca 2014r. w sprawie o sygn. SK 6/13 (LEX nr 1785751).

Wskazać należy, że niezależnie od tego, że Dyrektywa z dnia 26.02.2014r. jednoznacznie wskazała na dopuszczalność zlecenia zadania „*in house*” - już wcześniej ukształtowało się orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości akceptujące możliwość udzielania zamówień z wyłączeniem reżimu zamówień publicznych, a zapoczątkowane przez precedensowe orzeczenie Teckal (orzeczenie ETS z dnia 19 listopada 1999 r. wydane w sprawie C-107/98). W powołanym wyroku Trybunał orzekł, że umowa odpłatna w przedmiocie objętym regulacją dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, zawierana pomiędzy organem lokalnym a osobą (jednostką) z prawnego punktu widzenia inną niż organ lokalny, podlega regulacji tychże dyrektyw, niezależnie od tego, czy osoba ta sama jest instytucją zamawiającą. Jednak w przypadku, kiedy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów, oraz jednocześnie, osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami nie ma wymogu przeprowadzania postępowania

przetargowego. Podobnie stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006r. sygn. C-410/04 w sprawie Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari, A.M.T.A.B. Servizio SpA, wskazując wyraźnie, że Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości nie stoją na przeszkodzie w bezpośrednim udzieleniu zamówienia przez organ publiczny na świadczenie usług publicznych spółce, w której organ ten posiada całość kapitału, pod warunkiem że organ sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, a spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały. Do orzecznictwa unijnego odwołują się też wyroki krajowych sądów administracyjnych - NSA z dnia 11 sierpnia 2005r. w sprawie o sygn. II GSK 105/05. (LEX nr 180740) oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie z 14 grudnia 2005 r., sygn. akt: III SA/Wa 2815/05 (LEXnr 200785).

Należy zauważyć, że na tle pojawiających się wątpliwości co do konieczności zorganizowania przez gminy przetargów na odbiór odpadów w piśmiennictwie pojawiły się także poglądy, że art. 3 ust. 2 pkt. 1 ustawy o utrzymaniu czystości przewiduje także alternatywną możliwość polegającą na tym, że gminy tworząc warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku lub zapewniając wykonanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych same mogą zapewnić odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (W. Radecki, Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz, Warszawa 2012, s. 223). Z kolei M. Żak wskazuje nawet, że „Przyjęcie tezy, że ustawa zezwalała na odbiór odpadów jedynie przez podmioty wybrane w drodze przetargu, a więc bez możliwości zastosowania zamówienia in-house oznaczać będzie, że polskie ustawodawstwo wyłącza rozwiązanie o prawidłowości którego pozytywnie wypowiedział się ETS” (Administracja i Prawo, Nr 7 z 2012r. s. 27, 28).

Powyższe w powiązaniu z powołanym powyżej orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zdaniem Zamawiającego przesądzało o tym, że Gmina Suchy Las była uprawniona do zlecenia własnej spółce zadania odbioru, transportu oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych wobec czego nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 7 ust. 3 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 8, art. 10 ust. 1 art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Nie bez znaczenia jest okoliczność, że wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 22.06.2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 1020) zostało przesądzone (art. 7 w związku z art. 22 tej ustawy), iż z dniem

1.01.2017r. wejdzie w życie zmiana przepisu art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którą także w świetle prawa krajowego gminy mogą realizować w trybie „in house” m.in. obowiązek organizowania odbioru i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Podejmowane przez Gminę Suchy Las jeszcze przed wejściem w życie zmienionych przepisów prawa krajowego czynności zlecenia zadania własnemu zakładowi komunalnemu bez uprzedniego przeprowadzenia przetargu były wcześniej dopuszczalne na podstawie dyrektywy nr 2014/24/UE z dnia 26.02.2014r., której proces implementacji do porządku krajowego przebiegał ze znacznym opóźnieniem.

Skoro dyrektywa ta nie została implementowana do dnia 18 kwietnia 2016r. - tym bardziej wywołuje bezpośredni skutek i może być stosowana z pierwszeństwem przed normami krajowymi. Wobec powyższego należy ponownie podkreślić, że nie są zasadne zarzuty naruszenia przepisów wskazywane w omawianym wyniku kontroli doraźnej.

Reasumując, wnoszono o uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uwag do wyników kontroli.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 września 2016 r.

W pierwszej kolejności wskazano, iż Zamawiający uzasadniając prezentowane przez siebie stanowisko we wniesionych zastrzeżeniach powtórzył większość argumentów dotyczących zasadności odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp, podniesionych już w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli.

W toku kontroli ustalono, że kontrolowane umowy z dnia 23 grudnia 2014 r. oraz z dnia 23 grudnia 2015 r. zostały zawarte na podstawie art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, tj. bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

Odpowiadając na uwagi Zamawiającego dotyczące uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie zamówień udzielonych z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp, należy wskazać iż ustawa Prawo zamówień publicznych, określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tych sprawach. Zgodnie z art. 152 ust. 1 tejże ustawy centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Szczegółowe kompetencje Prezesa Urzędu wymienia

art. 154 ustawy, w którym wskazano m.in., że Prezes czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Zasady prowadzenia kontroli określone zostały w Rozdziale 3 Działu V ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z jej przepisami. Oznacza to, że Prezes Urzędu bada legalność udzielenia zamówienia, tj. m.in. zgodność wybranej przez zamawiającego formy jego udzielenia z przepisami ustawy. Jednocześnie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp definiuje zamówienia publiczne, jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane. Powyższe oznacza, że Prezes Urzędu posiada kompetencje kontrolne w stosunku do wszystkich zamówień publicznych bez względu na sposób ich udzielenia. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do niedopuszczalnego wniosku, że nieuzasadnione pomijanie przepisów ustawy Pzp pozostaje całkowicie poza kontrolą organu właściwego w sprawach zamówień publicznych. Niezastosowanie przepisów ustawy Pzp jest wysoce karygodne i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w stopniu znacznym. Ponadto zamawiający, który nie stosuje zasad t trybów przewidzianych w ustawie Pzp, pozbawia się w istocie możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. Kontroli Prezesa Urzędu będą podlegały zatem także zamówienia, do których zamawiający nie zastosował procedur wskazanych w ustawie, w szczególności pod kątem oceny zasadności skorzystania z przesłanek wyłączenia jej stosowania. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera bowiem zamknięty katalog przesłanek uprawniających do odstąpienia od jej zastosowania. Przepisy te należą jednak do kategorii przepisów szczególnych, gdyż tworzą wyjątek od ogólnej zasady, że podmioty określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp udzielają zamówień publicznych po przeprowadzeniu postępowań zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Podkreślić należy, że każdy wyjątek od obowiązku stosowania procedur wskazanych w ustawie Pzp należy interpretować ściśle. Jednocześnie, w sytuacji gdy przepisy innych ustaw szczególnych, odnoszących się do danego przedmiotu zamówienia wprowadzają kolejne ograniczenia w tym zakresie, mają one pierwszeństwo przed regulacjami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zarzut Zamawiającego dotyczący braku kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień do przeprowadzenia kontroli trybu zawarcia przedmiotowych umów należy uznać za nieuzasadniony.

Odnosząc się z kolei do twierdzeń Zamawiającego dotyczących możliwości udzielenia kontrolowanych zamówień obejmujących odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w oparciu o art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, wskazać należy, że ww. dyrektywa w momencie udzielania

kontrolowanych zamówień (23 grudnia 2014 r. oraz 23 grudnia 2015 r.) nie została jeszcze wdrożona do krajowego porządku prawnego i nie upłynął termin jej implementacji (18 kwietnia 2016 r.), dlatego powoływanie się przez Zamawiającego na możliwość bezpośredniego zastosowania jej postanowień było nieuprawnione.

Warunkiem sine qua non bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektyw jest bowiem niewłaściwe ich wdrożenie przez państwo lub brak implementacji, mimo upływu wyznaczonego w tym celu terminu. 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. Ponadto dodatkowymi cechami przepisu dyrektywy warunkującymi bezpośrednią 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 nie upłynął w dacie udzielenia przedmiotowych zamówień. Ponadto, jak już wyjaśniono w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 września 2016 r., regulacje zawarte w art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. nie mają charakteru materialnoprawnego i nie przyznają wprost instytucjom zamawiającym prawa do skorzystania z zawartego w nich 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 zauważyć, iż wprowadzając tzw. zamówienia *in house* do regulacji art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. unijny prawodawca uznał jednocześnie ww. formy współpracy za zamówienia publiczne, przewidując jednakże wyłączenie od zastosowania dyrektywy w przypadku zajścia przesłanek określonych ww. przepisie. Polski ustawodawca na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zdecydował, że w ramach polskiego porządku prawnego zamówienia te nie będą całkowicie wyrzucone poza procedury udzielania zamówień. Krajowy ustawodawca podjął decyzję o wdrożeniu zamówień *in house* dopiero z dniem 1 stycznia 2017 r. Przewidział też, że zamówienia te będą udzielane w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przewidujący możliwość udzielania zamówień, które odpowiadają charakterystyce współpracy zinstytucjonalizowanej, w trybie z wolnej ręki. Oznacza to, że

dopiero z ww. datą współpraca wertykalna będzie objęta regulacją ustawy Pzp i będzie można podejmować ją po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Mając na względzie powyższe stwierdzić należy, iż nie było dopuszczalnym udzielenie kontrolowanych zamówień bezpośrednio w oparciu o przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych.

Ponadto, w okolicznościach przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma treść ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ustawa ta wskazuje w swoich przepisach, iż odbiorem odpadów od właścicieli nieruchomości zajmuje się przedsiębiorca, wyłoniony w drodze przetargu (art. 6d ust. 1 ucpg). Ustawa w art. 6e precyzuje również, że spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości tylko, jeżeli zostaną wybrane w postępowaniu przetargowym, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ucpg. Tym samym, odbieranie odpadów komunalnych nie mogło być powierzone takiej spółce w innym trybie.

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 ze zm.), zwanej dalej „ugk”, w zakresie regulującym gospodarkę odpadami. Natomiast 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. Tym samym 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, a zatem zgodnie z jej regulacjami powinien był przeprowadzić przetarg.

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 powyższe ustalenia nie wpływa podnoszona przez Zamawiającego okoliczność zmiany przepisów ustawy Pzp, w zakresie zamówień *in-house*, która wejdzie w życie od dnia 1 stycznia 2017 r. i związane z tym zmiany ustawy ucpg. Kontrolowane zamówienia udzielone zostały bowiem odpowiednio w dniu 23 grudnia 2014 r. i w dniu 23 grudnia 2015 r., a więc w okresie, kiedy zarówno Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, jak również wprowadzone na jej podstawie do ww. ustaw zmiany nie obowiązywały.

Reasumując stwierdzić należało, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było pominięcie zastosowania przez Zamawiającego regulacji ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Dostrzeżenia niewątpliwie wymaga, że możliwość skorzystania przepisów dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., do których odwołuje się Zamawiający w swoich wyjaśnieniach, nie mogła mieć miejsca w przypadku umów objętych przedmiotem kontroli, ponieważ, co podkreślał Prezes UZP w informacji o kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia, 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, a przede wszystkim nie upłynął jeszcze termin na jej wdrożenie przez państwo członkowskie i z tych też względów powoływanie się na jej postanowienia było nieuprawnione. Jak słusznie zaznaczono w protokole kontroli dyrektywy wiążą państwa członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, natomiast warunkiem bezpośredniego ich obowiązywania jest niewłaściwe ich wprowadzenie przez państwo lub brak wprowadzenia, mimo upływu wyznaczonego w tym celu terminu, co nie miało miejsca w przypadku kontrolowanych umów. Ponadto dyrektywa wyjątkowo może wywoływać bezpośredni skutek, ale tylko w relacjach jednostka-państwo i tylko na korzyść

podmiotów prywatnych. W kontrolowanym przypadku mamy do czynienia z podmiotami należącymi do jednej sfery – dominium, reprezentującymi interesy państwa. Przepisy dyrektywy w przedmiotowym zakresie nie są wobec tego źródłem praw podmiotowych dla instytucji zamawiających, co wyłącza możliwość udzielania zamówienia publicznego między podmiotami sektora publicznego bezpośrednio w oparciu o przepisy dyrektywy. Ponadto regulacje prawa europejskiego w zakresie zamówień publicznych pozwalają państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje unijne, z czego polski ustawodawca skorzystał przy nowelizacji Prawa zamówień publicznych na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Tak więc w momencie zawierania umów przez Zamawiającego nie istniała możliwość bezpośredniego zastosowania prawa unijnego jako nadrzędnego do prawa krajowego.

Na marginesie dodać można, że nawet gdyby uznać, że możliwe było udzielenie zamówienia typu „in house”, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w myśl dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek (zob. ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50; wyroki z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49; z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-139, pkt 38; z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 34; z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. s. I-4137, pkt 33 oraz z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 55). W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający nie odnosił się do drugiej z przesłanek, a więc nie wykazał, że Zakład Komunalny, z którym zawarto umowy wykonuje działalność w zasadniczym jej trzonie na rzecz Zamawiającego.

Izba podziela także argumentację Prezesa Urzędu, że istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie ma treść ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ustawa

wskazuje w swoich przepisach, iż odbiorem odpadów od właścicieli nieruchomości zajmuje się przedsiębiorca, wyłoniony w drodze przetargu (art. 6d ust. 1 ucp). Ustawa ta w art. 6e precyzuje również, że spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości tylko, jeżeli zostaną wybrane w postępowaniu przetargowym, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ucp. Tym samym, odbieranie odpadów komunalnych nie mogło być powierzone takiej spółce w innym trybie. Przepisy w tym zakresie nie przewidują wyjątków i stanowią one normy o charakterze specjalnym wobec przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisów ustawy o gospodarce komunalnej. Jak słusznie zauważono w protokole z kontroli powoływane przepisy art. 6d ust. 1 i art. 6e ucp były również przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego, który zgodził się z interpretacją nakazującą organizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przy realizacji zadań związanych z odbiorem odpadów komunalnych.

Jedynym przypadkiem kiedy możliwe jest zastosowanie trybu z wolnej ręki stanowi okoliczność rozwiązania umowy na odbieranie odpadów komunalnych z podmiotem wyłonionym w drodze przetargu i konieczność zapewnienia świadczenia odbierania odpadów komunalnych do czasu rozstrzygnięcia następnego przetargu. Podkreślić jednak należy, że po pierwsze potwierdza to konieczność stosowania przepisów Pzp, ponieważ tryb z wolnej ręki jest jednym z trybów niekonkurencyjnych przewidzianych przez ustawę do zastosowania w sytuacjach wyjątkowych i szczegółowo wymienionych w ustawie Pzp. Po drugie, umowa taka może być zawarta tylko do momentu wyłonienia kolejnego wykonawcy w trybie konkurencyjnym przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, zgodnie z wyborem zamawiającego. Wójt Gminy Suchy Las nie powoływał się wyjaśnieniach związanych z odstępniem od stosowania Pzp na okoliczność rozwiązania wcześniejszej umowy na odbiór odpadów komunalnych. Wskazywano jedynie na „*znaczne trudności z opanowaniem sytuacji z odbiorem odpadów przez miasto Poznań i Gminy zrzeszone w związku GOAP*”, co zdaniem Izby nie uprawniało Zamawiającego do zawarcia umów w kontrolowanym trybie z pominięciem przepisów ustawy Pzp. Na marginesie jedynie warto zauważyć, iż możliwość powierzenia spółce komunalnej bez przeprowadzania postępowania z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp istnieje przy powierzeniu zadania zagospodarowania odpadów komunalnych, jednakże takiej argumentacji Zamawiający w składanych wyjaśnieniach i zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie przywoływał.

Końcowo odnieść należy się do zastrzeżeń Zamawiającego związanych z uprawnieniami Prezesa UZP do przeprowadzenia kontroli w przypadku niezastosowania przepisów ustawy Pzp. Jak zauważono w odpowiedzi na zastrzeżenia, Prezes UZP jest centralny organem administracji

rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych, czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Celem takich kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z jej przepisami. Zatem Prezes Urzędu bada legalność udzielenia zamówienia, tj. m.in. zgodność wybranej przez zamawiającego formy jego udzielenia z przepisami ustawy. Absolutnie nielogicznym byłoby przyjęcie poglądu, wobec którego poza kontrolą jakiegokolwiek organu pozostawałyby umowy zawarte z pominięciem przepisów Pzp przez jednostki zobowiązane do stosowania tych przepisów z racji przynależności do sektora finansów publicznych. W uprawnieniach Prezesa UZP do przeprowadzenia kontroli mieszczą się zatem zarówno sytuacje zastosowania określonych regulacji (przy założeniu sprawdzenia poprawności ich zastosowania), jak też sytuacje pominięcia i niezastosowania określonych regulacji (przy założeniu sprawdzenia, czy dany podmiot zobowiązany był do ich zastosowania). Mając na uwadze powyższe, zastrzeżenia Zamawiającego nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach prawa.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający nie wykazał, że uprawniony był do zawarcia umów z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 68/16 nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....