

KNZ/12/18/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 Gogolin  
ul. Krapkowicka 6, 47-320 Gogolin

**Rodzaj zamówienia:** usługa

**Przedmiot zamówienia:** świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski

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

**Wartość zamówienia:** 835.000,00 zł (200.004,79 euro)

**Wszczęcie postępowania:** 4.12.2017 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 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 z późn. zm.) poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego.

## UZASADNIENIE

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Gminę Gogolin – wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na *świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski* był art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W dniu 30 grudnia 2016 r. Zamawiający – Gmina Gogolin zawarł z Gminą Tarnów Opolski porozumienie międzygminne nr WG.III.7021.35.2016 (dalej: „Porozumienie”) w sprawie powierzenia Gminie Gogolin zadań własnych Gminy Tarnów Opolski w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, mające na celu podjęcie współpracy Gminy Gogolin z Gminą Tarnów Opolski, w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, polegającej na wykonywaniu przez Gminę Gogolin zadań własnych Gminy Tarnów Opolski obejmujących:

- 1) odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski,
- 2) utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski.

Zgodnie z §1 Porozumienia, Gmina Tarnów Opolski oświadcza, iż powierza Gminie Gogolin wykonywanie zadań własnych w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi,

tj. odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski oraz utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski, a Gmina Gogolin przyjmuje powierzone jej zadania.

Zgodnie z §5 ust. 3 Porozumienia, Gmina Tarnów Opolski ponosi koszty realizacji powierzonych Gminie Gogolin zadań, w szczególności jest obowiązana do uiszczania na rachunek Gminy Gogolin kwoty poniesionych na realizację tych zadań kosztów:

- 1) w wysokości wynikającej z porozumienia/umowy pomiędzy Gminą Gogolin a podmiotem/ami realizującym/i usługi;
- 2) za miesięczne okresy świadczenia usług związanych z przedmiotem niniejszego Porozumienia, w terminie do 14 dnia następnego miesiąca.

Zgodnie z §8 ust. 2 Porozumienia, każda strona Porozumienia może je wypowiedzieć z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia, w szczególności w przypadku niestosowania się jednej ze stron do zawartych w nim postanowień.

W związku z zawartym Porozumieniem, Gmina Gogolin udzieliła wykonawcy – Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o.o. przedmiotowego zamówienia. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr WG.I.272.18.2017 została zawarta w dniu 29 grudnia 2017 r. na okres od dnia 1 stycznia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2018 r. Zgodnie z §3 ust. 1 umowy, przedmiot umowy obejmuje świadczenie na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę usług związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski.

Na podstawie aktu założycielskiego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczących wykonawcy Gogolińskie Usługi Komunalne sp. z o.o. ustalono, iż Zamawiający – Gmina Gogolin jest obecnie oraz był przez cały okres funkcjonowania spółki jej jedynym udziałowcem.

Prezes Urzędu zważył co następuje.

**Uzasadnienie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego.**

Zgodnie z 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.*

Na wstępie należy wskazać, iż wyrokiem z dnia 27 grudnia 2017 r. (sygn. KIO 2567/17) Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła o niedopuszczalności udzielenia zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy innej aniżeli gmina – zamawiający w trybie z wolnej ręki w ramach tzw. „in-house” spółce komunalnej kontrolowanej przez zamawiającego, w sytuacji w której gmina – zamawiający przejęła zadania innej gminy na podstawie porozumienia międzygminnego. W powyższym wyroku Izba, powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. C-386/11) wskazała, iż porozumienie międzygminne, na którego podstawie przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi następuje za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w tym w wypadku niewłaściwej realizacji zadania, nie stanowi zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub pkt 15 ustawy Pzp. Izba podkreśliła ponadto, iż dla oceny działania zamawiającego najważniejsze jest uprawnienie do skorzystania celem realizacji zadania przez jednostkę zobowiązaną z podmiotów trzecich, które zdolne są do działania na rynku, tj. spółkę komunalną zamawiającego. Wskazano, iż porozumienie, na podstawie którego gmina – zamawiający powierza w trybie z wolnej ręki swojej spółce komunalnej usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie innej gminy stawia tę spółkę w sytuacji przewagi nad konkurentami,

co w zasadzie eliminuje konkurencję na tym rynku. Izba nie zgodziła się także z twierdzeniem, iż powierzenie spółce komunalnej realizacji przedmiotowego zadania następuje nie w drodze porozumienia, a jedynie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż taka kwalifikacja prawna pomija etap i podstawę powierzenia realizacji zadania zamawiającemu, tj. porozumienie międzygminne. Zdaniem składu orzekającego KIO, przyjęta przez zamawiającego wykładnia prowadziłaby do ominięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który to wymóg nie znajduje zastosowania jedynie w sytuacjach określonych w art. 12 dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE.L Nr 94, str. 65). W przedmiotowym wyroku wskazano także:

*Należy przy tym zauważyć, że zarówno art. 12 Dyrektywy, jak i art. 67 ZamPublU przewiduje możliwości udzielania zamówienia in-house przez więcej niż jeden podmiot publiczny. Artykuł 12 ust. 3 Dyrektywy i analogicznie art. 67 ust. 1 pkt 14 ZamPublU stanowią o zamówieniu in-house udzielanym przez więcej niż jednego zamawiającego. Z kolei art. 12 ust. 3 Dyrektywy i art. 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU określają przesłanki tzw. zamówienia in-house wertykalnego, w wyniku którego dwóch lub więcej zamawiających ustanawia lub wdraża współpracę. Znamiennym jest, że wszystkie z powołanych przepisów umożliwiają udzielenia zamówienia in-house pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość zamawiających, jak np. ta, że podmiot któremu zamówienie jest udzielane, musi być kontrolowany przez Zamawiających wspólnie czy wspólne muszą być cele współpracy Zamawiających. Ustawodawca unijny oraz krajowy uwzględnił zatem możliwość powierzenia zamówień in-house przez wielu zamawiających, obwarował to jednak zastrzeżeniami odnoszącymi się do istoty tych zamówień, tj. wykonywania ich przy użyciu własnych zasobów - w tym współpracy z innymi organami publicznymi. Odnosząc to do niniejszej sprawy, należy zważyć, że MPGK stanowi jednoosobową spółkę Gminy Miasta T., jedynie ta gmina posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka - w opinii Zamawiającego - wykonuje wymagany wolumen działalności. MPGK nie jest w żaden sposób powiązana z Gminą R., nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień in-house. Zamawiający - Gmina Miasta T., by ominiąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy R. w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki spółce MPGK - co należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle wyżej powołanych przepisów.*

[...]

*Podsumowując, Zamawiający Gmina Miasta T. nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12*

*ZamPubIU z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanych zgodnie z wytycznymi zawartymi w cytowanym powyżej wyroku TSUE.*

Należy uznać, iż konkluzje powyższego wyroku mogą mieć zastosowanie w niniejszej sprawie ze względu na jej zbliżony charakter do sprawy będącej przedmiotem orzeczenia KIO. W ramach analizy stanu faktycznego ustalono bowiem, iż Zamawiający – Gmina Gogolin zawarł z Gminą Tarnów Opolski Porozumienie obejmujące usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy Tarnów Opolski oraz utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski, które to Porozumienie, zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w cytowanym powyżej orzeczeniu KIO, podlega ocenie przez pryzmat art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli *umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:*

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,*
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,*
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.*

Treść §5 ust. 3 Porozumienia wskazuje na jego odpłatny charakter, podczas gdy z treści §8 ust. 2 Porozumienia wynika, iż m.in. strona powierzająca posiada uprawnienia do rozwiązania Porozumienia. Ponadto analiza dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego, w tym prognozy przychodów dotyczącej wykonawcy wskazuje, iż wykonawca jest podmiotem zdolnym do działania na rynku.

Tym samym stwierdzić należy, iż przedmiotowe Porozumienie nie stanowi umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż powyższe Porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu, zasadne jest uznanie, że implikuje to niedopuszczalność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że działanie Zamawiającego stanowiło obejście wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i jako takie było sprzeczne z ustawą Pzp.

Tym samym, Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych

wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

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.