

Sygn. akt: KIO/KD 16/21

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 17 września 2021 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 sierpnia 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 sierpnia 2021 r., znak sprawy KND/48/21/DKZP w przedmiocie zawarcia przez Zamawiającego umowy z 15 stycznia 2020 r. na Odbiór i zagospodarowanie przez odbiorcę odpadów o następującym kodzie oznaczonym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2014 r., poz. 1923) wskazanym w załączniku nr 1 do umowy, z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Packo

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

## Uzasadnienie

uchwały z dnia 17 września 2021 r. sygn. akt: KIO/KD 16/21

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej w przedmiocie zawarcia przez Zamawiającego umowy z 15 stycznia 2020 r. na Odbiór i zagospodarowanie przez odbiorcę odpadów o następującym kodzie oznaczonym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2014 r., poz. 1923) wskazanym w załączniku nr 1 do umowy, z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zawarcie umowy z wykonawcą, który nie został wybrany na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp.

W wyniku kontroli (znak sprawy KND/48/21/DKZP) sporządzony został Protokół Kontroli Doraźnej (dalej „Protokół”) oraz Informacja.

Zamawiającemu zarzucono, że zawarł on z pominięciem zastosowania przepisów ustawy Pzp umowę z dnia 15 stycznia 2020 r. z Konsorcjum firm: RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce - Lider Konsorcjum i MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce - Partner Konsorcjum. Umowa została zawarta na czas określony do 31 grudnia 2020 r. a jej przedmiotem był odbiór, transport oraz zagospodarowanie przez odbiorcę odpadów o następującym kodzie oznaczonym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2014 r., poz. 1923) wskazanym w załączniku nr 1 do umowy. Z kolei w załączniku nr 1 do umowy wskazano minimalny poziom dostaw tj. 2 000 Mg/m-c oraz zapewnienie odbiorcy o utrzymaniu ww. poziomu cenowego do dnia 31 grudnia 2020 r. Kontrolujący ustalił, że umowa została rozwiązana w dniu 9 kwietnia 2020 r. Na podstawie faktur ustalono z kolei, iż Zamawiający, w związku z realizacją ww. umowy wypłacił Wykonawcy wynagrodzenie w łącznej wysokości 1 368 926,46 zł. brutto.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przepisy tej ustawy stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż jednostki sektora finansów publicznych, osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie, oraz jednostki sektora finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, pojedynczo

lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: (a) finansują je w ponad 50%, lub (b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub (c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub (d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego - o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

W ocenie Kontrolującego, mając na uwadze poczynione w toku kontroli ustalenia, należy uznać, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. w Piasecznie jest instytucją ukierunkowaną na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jedynym udziałowcem jest Gmina Piaseczno (100% udziałów), której przysługuje prawo powoływania wszystkich członków rady nadzorczej Spółki, powołującej członków zarządu Spółki. Z tych względów należało ją zakwalifikować do kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b i d ustawy Pzp tj. podmiotów prawa publicznego, a zatem zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych.

Wskazano, że bezpodstawne niezastosowanie przepisów ustawy Pzp do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia skutkowało wyborem wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. w Piasecznie udzielając zamówienia publicznego poprzez zawarcie ww. umowy z Wykonawcą, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Pzp, naruszyło art. 7 ust. 3 tej ustawy.

Informację Kontrolujący przesłał Zamawiającemu pismem z dnia 5 sierpnia 2021 r.

Zamawiający, pismem z dnia 19 sierpnia 2021 r. (wpływ do Kontrolującego w tym samym dniu), wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli w odniesieniu do zarzuconego mu naruszenia (dalej „Zastrzeżenia”), wnosząc o zmianę treści informacji o wyniku kontroli doraźnej poprzez wykreślenie z niej stwierdzenia, iż zawarcie w dniu 15 stycznia 2020 r. umowy z konsorcjum MPK Pure Home Sp. z o.o. i RDF Sp. z o.o. z siedzibami w Ostrołęce nastąpiło z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 3 września 2021 r. Kontrolujący odniósł się do Zastrzeżeń Zamawiającego, podtrzymując swoje pierwotne stanowisko, co spowodowało przekazanie przez Zamawiającego Zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją z przeprowadzonej kontroli doraźnej, stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami Zamawiającego w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli doraźnej stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zawarcie umowy z Wykonawcą, który nie został wybrany na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp.

Rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli skład wyrażający opinię podzielił stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz odpowiedzi na Zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do zaistniałego stanu faktycznego.

W szczególności prawidłowe są wnioski w zakresie dotyczącym zakwalifikowania Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Piasecznie do kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b i d ustawy Pzp tj. podmiotów prawa publicznego, a zatem zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych. Prawidłowo Kontrolujący ustalił, co zostało wykazane w Informacji o wyniku kontroli, iż Spółka jest instytucją ukierunkowaną na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jedynym udziałowcem jest Gmina Piaseczno (100% udziałów), której przysługuje prawo powoływania wszystkich członków rady nadzorczej Spółki, a ta z kolei powołuje członków zarządu Spółki.

Nietrafiona, w ocenie Izby, jest argumentacja Zamawiającego, że prowadzona przez Spółkę działalność miała charakter przemysłowy lub handlowy z tego powodu, iż Spółka świadczyła usługi nie tylko na rzecz swojej macierzystej gminy, ale również na rzecz innych podmiotów prywatnych i publicznych, a jej przychody z tytułu realizowanych na rzecz Gminy Piaseczno usług stanowiły w 2020 r. oraz w latach poprzednich niespełna 8% wszystkich przychodów z działalności Spółki. Zgodzić należy się w tej kwestii z Kontrolującym, iż posiadanie statusu podmiotu prawa publicznego nie jest uzależnione od procentowego udziału działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w ramach całej działalności danego podmiotu. Zasadnie zatem Kontrolujący w tym aspekcie przywołał wytyczne wyrażane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który zwracał uwagę,

że jeżeli określona instytucja wykonuje również inne zadania niż publiczne, rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia. Jeżeli zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego, nawet jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową” (wyrok ETS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96).

Izba podziela również w pełni argumentację w zakresie, w jakim Kontrolujący odniósł się do brzmienia przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w kontekście kryteriów pozwalających na kwalifikację prawną podmiotów prawa publicznego. Powyższe zaprezentowane zostało także w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. Podmiot prawa publicznego w świetle nowelizacji przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazano m.in., że: "kryterium prowadzenia działalności w zwykłych warunkach rynkowych, nastawionej na wypracowanie zysku i narażonej na ponoszenie strat, ma charakter subsydiarny w odniesieniu do warunku dotyczącego powołania w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego. Przesłankę tę należy rozumieć jako wskazówkę interpretacyjną pozwalającą na ustalenie celu utworzenia danego podmiotu Z kolei, pod pojęciem finansowania określonego podmiotu w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych oraz przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w rozumieniu przepisów ustawy, a także przez inne podmioty prawa publicznego, należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta tych środków podmiotom publicznym".

Tym samym mając na uwadze, co ustalił Kontrolujący i co znalazło się w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, iż w dacie zawierania kontrolowanej umowy przedmiot działalności Spółki PUK Piaseczno Sp. z o.o. polegał na świadczeniu usług z zakresu: wywozu odpadów stałych, płynnych, komunalnych, przemysłowych i socjalnych; gospodarowania odpadami komunalnymi; oczyszczania odpadów; letniego i zimowego utrzymania dróg i tzw. ciągów pieszych oraz utrzymania zieleni, co odpowiada charakterowi (związanemu m.in. z utrzymaniem czystości i porządku) działalności Spółki w momencie jej utworzenia. Z kolei zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych Gminy Piaseczno, a te z kolei obejmują m.in. sprawy z zakresu gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz, zieleni gminnej i zadrzewień. Od chwili jej

utworzenia do chwili obecnej Spółka świadczyła i świadczy usługi w zakresie gospodarki odpadami, zbierania odpadów w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, utrzymania i pielęgnacji zieleni, utrzymania letniego i zimowego dróg, chodników i parkingów. Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że działalność prowadzona przez PUK Piaseczno polega na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym (ogólnym). Odbiór, transport i gospodarowanie odpadami (oraz pozostałe usługi świadczone przez Spółkę) niewątpliwie stanowią działalność ściśle związaną z zadaniami realizowanymi przez państwo.

Odnosząc się z kolei do argumentacji Zamawiającego w zakresie dotyczącym przyznanych Spółce dopłat tj. twierdzenia że działalność Spółki była nastawiona na osiąganie zysku i Spółka ponosiła straty wynikające z prowadzonej działalności, o czym przesądza charakter otrzymanych dopłat, tj. dopłat zwrotnych - Izba podziela wnioski Kontrolującego w tym zakresie.

Otrzymanie powyższych dopłat, bez konieczności spełnienia żadnych warunków dodatkowych, brak określenia szczegółowych zasad i terminów zwrotu dotacji, jak też ustalenia czy dopłaty te są oprocentowane i w jakiej wysokości, niewątpliwie świadczy o uprzywilejowaniu PUK Piaseczno Sp. z o.o. względem podmiotów komercyjnych działających na rynku. Kontrolujący, wbrew temu co twierdził Zamawiający, nie kwestionował samego faktu możliwości otrzymania przez podmioty prywatne wsparcia (dopłat) ze strony organów właścicielskich lecz wskazał na preferencyjne warunki, na jakie mogła liczyć Spółka uzyskując dotację od Gminy. Uzyskanie dotacji na zasadach, w jakich została przyznana powoduje, że jest ona podmiotem uprzywilejowanym w stosunku do przedsiębiorców komercyjnych, którzy takiego dofinansowania, od podmiotu publicznego jakim jest Gmina, na analogicznych warunkach nie byłoby w stanie uzyskać. Jeśli Spółka musiałaby wystąpić o kredyt, czy też pozyskać środki, aby zrealizować zamierzenia, które zostały pokryte z przyznanych dotacji w inny sposób, musiałaby ponieść dodatkowe koszty wynikające z opłat ponoszonych na pozyskanie tych funduszy. To również stawia ją w korzystniejszej sytuacji od przedsiębiorców prowadzących działalność komercyjną.

Na tożsame okoliczności zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w Uchwale z dnia 21 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 11/21), w której także nie zostały uwzględnione zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej. Przedmiotowa Uchwała wydana została w analogicznym stanie faktycznym, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu kontrolą doraźną dotyczącą zawarcia przez PUK Piaseczno Sp. z o.o. wcześniejszej umowy, również bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

W konsekwencji, zastrzeżenia zamawiającego nie mogły zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. Stwierdzić również należy, że stwierdzone naruszenie ustawy

Pzp miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....