

Sygn. akt: KIO/KD 23/22

UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 9 sierpnia 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 22.07.2022 r. (wpływ bezpośredni 25.07.2022 r.)

zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gmina Słupsk ul. Sportowa 34 76-200 Słupsk

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r.

(znak: DKZP.WKZ2.442.187.2021.MP) (KND/202/21/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

w trybie zamówienia z wolnej ręki

„Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Słupsk oraz Gminy Kobylnica w latach 2021-2024”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Monika Szymanowska
	Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

W odpowiedzi na wniosek z 07.10.2021 r. (wpływ 11.10.2021 r.), Prezes Urzędu

Zamówień Publicznych zwany dalej: „Prezesem UZP” (pismo znak: DKZP.WKZ2.442.187.2021.MP) (KND/202/21/DKZP) wszczął postępowania wyjaśniającego w dniu 10.11.2021 r. stanowiące wstępny etap kontroli doraźnej postępowania pn.: „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Słupsk oraz Gminy Kobylnica w latach 2021-2024” prowadzonego przez Gminę Słupsk, ul. Sportowa 34, 76-200 Słupsk zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 13.07.2022 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: DKZP.WKZ2.442.187.2021.MP) (KND/202/21/DKZP) - wynikają następujące okoliczności. Jak wynika z materiału zgromadzonego w kontrolowanej sprawie, Gmina Kobylnica do 2019 r. wylaniała wykonawców w przedmiocie odbioru i transportu odpadów komunalnych na podstawie trybów udzielania zamówień publicznych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych. W dniu 17.09.2020 r. Rada Gminy Słupsk podjęła uchwałę nr XXVI/277/2020, w której wyraziła wolę zawarcia porozumienia międzygminnego pomiędzy Gminą Słupsk a Gminą Kobylnica w zakresie powierzenia Gminie Słupsk zadania publicznego polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie. W dniu 24.09.2020 r. Rada Gminy Kobylnica podjęła uchwałę nr XXVI/220/2020, w której wyraziła wolę zawarcia porozumienia międzygminnego pomiędzy Gminą Słupsk a Gminą Kobylnica w zakresie powierzenia Gminie Słupsk zadania publicznego polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie. W dniu 07.10.2020 r. zawarto Porozumienie międzygminne pomiędzy Gminą Słupsk a Gminą Kobylnica w sprawie powierzenia Gminie Słupsk zadania publicznego polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie, dalej jako „Porozumienie”. Zgodnie z § 1 ust. 1 ww. Porozumienia: Gmina Kobylnica powierza, a Gmina Słupsk przyjmuje do wykonania zadanie własne, polegające na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica. Według treści § 3 ust. 2 ww. Porozumienia: Koszty realizacji zadania przekazanego Gminie Słupsk, na podstawie niniejszego Porozumienia, pokryje Gmina Kobylnica w formie dotacji celowej, w wysokości odpowiadającej kosztom odbioru odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy

Kobylnica oraz ich transportu do wskazanej Instalacji Komunalnej. Natomiast, zgodnie z § 3 ust. 3 Porozumienia: Strony przyjmują wartość szacunkową dotacji, o której mowa w ust. 2 na rok 2021 na kwotę 1.570.124,00 zł () W § 4 ust. 1 ww. Porozumienia przewidziano możliwość jego wypowiedzenia przez każdą ze stron z półrocznym okresem wypowiedzenia i skutkiem na dzień 31 grudnia danego roku. Natomiast w treści § 4 ust. 2 ww. Porozumienia wskazano, że: Bez zachowania okresu wypowiedzenia, Porozumienie może być rozwiązane za zgodną wolą stron w dowolnym momencie. W dniu 02.12.2020 r. Gmina Słupsk zamieściła na stronie BIP Informację o zamiarze zawarcia umowy na usługę odbioru i transportu odpadów komunalnych z posesji zamieszkałych na terenie Gminy Kobylnica w latach 2021-2024. Z ww.

informacji wynikało, że Zamawiający zamierzał udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust. pkt 12) ustawy Pzp2004 (pkt 16 ww. informacji -zamówienie obejmowało również odbiór i transport odpadów komunalnych z posesji zamieszkałych na terenie Gminy Słupsk). Zgodnie z treścią pkt 3.2.1.1) ww. informacji o zamiarze zawarcia umowy, przedmiotem zamówienia było: wykonanie usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych (w tym: niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, selektywnie zebrane (z podziałem na frakcje: szkło; tworzywa sztuczne, metale, odpady, opakowaniowe wielomateriałowe; papier oraz bioodpady, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz odpady wielkogabarytowe) od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie (...) Gminy Kobylnica w latach 2021-2024 oraz transport ich do instalacji komunalnej w Bierkowie. Dopuszcza się przekazywanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Szczegółowy opis sposobu odbioru odpadów komunalnych w zakresie Gminy Kobylnica (m. in. kwestie rodzaju i ilości odpadów oraz częstotliwości ich odbiorów) został wskazany w pkt 3.2.1.2) ww. informacji o zamiarze zawarcia umowy. Z ww. informacji o zamiarze zawarcia umowy wynikało, iż łączna szacowana wartość zamówienia na cały zakres zamówienia, obejmujący odbiór i transport odpadów z obydwu gmin, została ustalona na kwotę 20.517.861,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 4.805.907,53 euro. W pkt 6 ww. informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazano, że Zamawiający zamierza udzielić zamówienia Wykonawcy — Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. z siedzibą w Jezierzycach (Zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego spółka Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. z siedzibą w Jezierzycach funkcjonuje od 2006 r., a jej przedmiotem działalności spółki jest m. in. działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów). W dniu 02.12.2020 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy do UPUE oraz zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Umowa w sprawie ww. zamówienia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą została zawarta w dniu 30.12.2020 r. W dniu 30.12.2020 r. Zamawiający

przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia do UPUE, a w dniu 31.12.2020 r. zamieścił na stronie BIP informację o zawarciu umowy z Wykonawcą. Z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dotyczącej Wykonawcy - Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o., wynika iż na dzień udzielenia zamówienia, Zamawiający — Gmina Słupsk była jedynym udziałowcem Wykonawcy - Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. W wyjaśnieniach przekazanych na wezwanie UZP, pismem z 24.11.2021 r., Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o udzieleniu ww. zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, kontrolowanej przez Gminę Słupsk spółce w zakres przedmiotu zamówienia obejmującego odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, Gminy Kobylnica w latach 2021-2024, wskazał, że: podstawę prawną przekazania w/w zadania własnego Gminy Kobylnica na rzecz Gminy Słupsk stanowiło zawarte w dniu 07.10.2020 r. porozumienie międzygminne, oraz uchwały podjęte przez Radę Gminy Kobylnica i Radę Gminy Słupsk w sprawie wyrażenia woli zawarcia porozumienia międzygminnego w zakresie powierzenia Gminie Słupsk, przez Gminę Kobylnica zadania publicznego polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie. Porozumienie zostało zawarte na podstawie art. 74 ustawy (...) o samorządzie gminnym (...). Stosownie do treści art. 74 ust. 1 w/w ustawy „Gminy mogą zawierać porozumienia międzygminne w sprawie powierzenia jednej z nich określonych przez nie zadań publicznych”. Gmina wykonująca zadanie publiczne objęte zawartym porozumieniem, przejmuje prawa i obowiązki ustawowo przypisane innej gminie, co wynika z treści ustępu 2 art. 74 przywołanej ustawy. Powierając zadania w zakresie odbioru odpadów komunalnych Gminie Słupsk, Gmina Kobylnica utraciła związane z tymi zadaniami uprawnienia i obowiązki na rzecz Gminy Słupsk, która przejęła je jako własne. Mając powyższe na uwadze, oraz to, że Gmina Słupsk — jako zamawiający, spełniała wszystkie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy prawo zamówień publicznych uznano, że właściwe jest udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Gmina - jako podmiot zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, która posiada 100% udziałów w spółce Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach (...). Jako jedyny wspólnik odgrywa decydującą rolę w zakresie jej celów strategicznych, obszarów działalności, co znajduje swoje odzwierciedlenie w akcie założycielskim spółki. Mając na uwadze art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Zamawiający wszczął procedurę o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Mając na uwadze przedstawione okoliczności faktyczne wskazał, iż Zamawiający jest zobligowany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności (art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp2004). Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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.

Natomiast według art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004, 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. Zgodnie z wcześniejszymi wynikami kontroli Prezesa UZP, jak i orzecznictwem KIO (Informacja o wyniku kontroli doraźnej z 21.12.2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/14(3)/18 JB, KNZ/12/18/DKZP); uchwała KIO z 31.01.2019 r. sygn. akt: KIO/KD 1/19; wyrok KIO z 27.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2567/17), należy w tym miejscu stwierdzić, że za niedopuszczalne należy uznać udzielenie 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. 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. Za niesłuszne należy przy tym uznać, że powierzenie spółce komunalnej realizacji przedmiotowego zadania następuje nie w drodze porozumienia, a jedynie art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004. Przyjęta kwalifikacja prawna

pomija etap i podstawę powierzenia realizacji zadania zamawiającemu, tj. porozumienia międzygminnego. Istotnie, wykładnia taka prowadzi do ominięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który to wymóg nie znajduje zastosowania jedynie w sytuacjach określonych w art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE). Zarówno art. 12 Dyrektywy, jak i art. 67 ustawy Pzp2004 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 ustawy Pzp2004 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 ustawy Pzp2004 określają przesłanki tzw. zamówienia in-house wertykalnego, w wyniku którego dwóch lub więcej zamawiających ustanawia lub wdraża współpracę. Istotnym jest, że każda z tych regulacji umożliwia udzielenie zamówienia in-house pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość 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. (sprawa o sygn. akt: KIO 2567/17).

Stwierdził, że podstawą wszczęcia przez Zamawiającego ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki był art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004. Tymczasem, ze względu na fakt, iż przedmiotowe Porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu — Gminie Słupsk, zasadne jest uznanie, że implikuje to niedopuszczalność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004. Należy podkreślić, że działanie Zamawiającego stanowiło obejście wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004 i jako takie było sprzeczne z ustawą Pzp2004. Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. stanowi jednoosobową spółkę Gminy Słupsk i jedynie ta Gmina posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka wykonuje wymagany wolumen działalności. Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. nie jest w żaden sposób powiązany z Gminą Kobylnica, nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień in-house. Zamawiający - Gmina Słupsk, by ominąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy Kobylnica w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. — co należy ocenić jako niezgodne z ustawą Pzp2004. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok TSUE z 13.06.2013 r., sygn. akt: C-386/11), porozumienie międzygminne, na podstawie którego następuje

przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi 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. Zamawiający - Gmina Słupsk nie był zatem uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanych zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzecznictwie TSUE. Odnosząc się do kwestii Porozumienia zawartego w dniu 07.10.2020 r. pomiędzy Zamawiający — Gmina Słupsk zawarł i Gminą Kobylnica obejmującego usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie, należy zauważyć, że podlega ono ocenie przez pryzmat art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004. 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.

Mając na powyższe na uwadze stwierdzić należy, że treść § 3 ust. 2 Porozumienia z 07.10.2020 r. zawartego między Gminą Słupsk a Gminą Kobylnica wskazuje na jego odpłatny charakter. Jednocześnie z treści § 4 ust. 1 Porozumienia wynika, że m.in. strona powierzająca posiada uprawnienia do rozwiązania Porozumienia. Ponadto należy stwierdzić, że

Wykonawca jest podmiotem zdolnym do działania na rynku. Wobec powyższego należy uznać, że Porozumienie nie stanowi umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004, a działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wprost miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy i sztuczne zawężenie konkurencji z zamiarem działania na korzyść Wykonawcy - Zakładu Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. W rezultacie, przez udzielenie przedmiotowego zamówienia zostały naruszone przez Zamawiającego również zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ustawy Pzp2004. Co więcej, art. 18 ust. 1 zd. 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że: „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu

wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”. Stanowisko Prezesa UZP zajęte w tej kontroli doraźnej uzasadnia także uchwała KIO z 31.01.2019 r. o sygn. akt: KIO/KD 1/19, w której w podobnym stanie faktycznym i prawnym, Izba doszła do tożsamyh wniosków, tj. że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp2004 poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez zamawiającego. Reasumując, stwierdził, że Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem i transportem odpadów komunalnych z terenu nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Kobylnica w latach 2021-2024, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15) i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę, wskazał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15) i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 22.07.2022 r. (znak: ZP.271.39.2020) / (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej -ePUAP)/ (wpływ bezpośredni 25.07.2022 r.) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Zamawiający w pierwszej kolejności poinformował we wniesionych zastrzeżeniach, że: powyższe postępowanie o udzielenie zamówienia było przedmiotem kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej. W wyniku tej kontroli: Gmina Słupsk postanowiła zakończyć realizację umowy w zakwestionowanym zakresie, w celu niedopuszczenia do sporu sądowego. Pomimo tego, Zamawiający wniósł zastrzeżenia wskazując, że: problem jest skomplikowany i nie zasługuje na tak jednoznaczną ocenę, jaką zaprezentowano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r. Jednocześnie Gmina Słupsk załączyła do wniesionych zastrzeżeń pismo skierowane do Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Gdańsku z 07.01.2022 r. (sygn. pisma: OS.6232.6.2022), w którym wyraziła swoje stanowisko co do zarzutu zmierzającego do obejścia przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazując o dalszym jego podtrzymywaniu.

Zamawiający wskazał, że argumentując swoje stanowisko przed Regionalną Izbą Obrachunkową w Gdańsku, przytoczył sentencję wyroku TSUE z 18.06.2020 r. o sygn. akt: C-328/19, zgodnie z którą:

- 1) Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że porozumienie, na mocy którego będące jego stronami gminy przekazują jednej spośród siebie zadanie organizacji usług na rzecz tych gmin, jest wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy ze względu na to, że stanowi przekazanie kompetencji w rozumieniu art. 4 ust. 2 TUE zgodnie z wykładnią zawartą w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C - 51/15, UE:C:2016:985)
- 2) Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że porozumienie o współpracy, na mocy którego będące jego stronami gminy przekazują jednej spośród siebie zadanie organizacji usług na rzecz tych gmin, pozwala uznać tę gminę, przy udzielaniu zamówień po tym przekazaniu, za instytucję zamawiającą, i upoważnia ją do zlecenia podmiotowi in house, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, usług zaspokajających nie tylko jej własne potrzeby, lecz również potrzeby pozostałych gmin będących stronami tego porozumienia, podczas gdy bez tego przekazania kompetencji wspomniane gminy musiałyby same zaspokoić własne zapotrzebowanie.

W skierowanym do Prezesa RIO w Gdańsku piśmie z dnia 7 lutego 2022 r. Zamawiający wskazał, że: orzeczenie to jest istotne dla niniejszej sprawy (...), gdyż dostrzega istotę i wagę porozumienia samorządowego nie jako zwykłej umowy (odpłatnej), ale jako akt przekazania kompetencji między organami władzy publicznej. Dalej, posiłkując się treścią wyroku TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. (sygn. akt: C-51/15), Zamawiający zauważył, że: podział kompetencji w ramach państwa członkowskiego jest chroniony na mocy art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z którym Unia ma obowiązek uszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich nierozdzielnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego. Ponadto ten podział kompetencji nie jest ustalony raz na zawsze, więc nadana przez to postanowienie ochrona obejmuje również jego reorganizację wewnątrz państwa członkowskiego. Takie zmiany, mogące przyjąć postać dobrowolnego przekazania sobie kompetencji przez organy władzy publicznej, skutkują tym, że organ uprzednio odpowiedzialny pozbywa się obowiązku i uprawnień w zakresie wykonywania danego zadania publicznego, a ten obowiązek i to uprawnienie powierza się innemu organowi. Takie przekazanie kompetencji nie spełnia wszystkich przesłanek określonych w definicji pojęcia 'zamówienia publicznego'. Zamówienie publiczne objęte zakresem dyrektywy 2004/18 może bowiem stanowić tylko umowa o charakterze odpłatnym. Odpłatny charakter oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytułu, w zamian za świadczenie wzajemne, świadczenie, które powinno powodować bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej. Wzajemny

charakter umowy jest tym samym zasadniczą cechą zamówienia publicznego.

Tymczasem już sam fakt, że organ władzy publicznej pozbawia się kompetencji, które wcześniej były mu powierzone, sprawia, że organ ten traci wszelki interes gospodarczy polegający na realizacji zadań leżących w zakresie tych kompetencji.

W wystąpieniu do Prezes RIO, Zamawiający w dalszej kolejności zaznaczył, że: Gmina Kobylnica, przekazując swoje kompetencje Gminie Słupsk w zakresie wywozu odpadów ze swojego terytorium, nie uczestniczyła w żaden sposób w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był odbiór odpadów. Po zawarciu porozumienia samorządowego, nie miała już żadnego interesu gospodarczego w jego udzielaniu. Z tego względu nie występowała potrzeba badania relacji powiązań Gminy Kobylnica z Wykonawcą dla podjęcia decyzji o wyborze trybu in house. Dla jasności — nie jest kwestionowane w sprawie udzielenie przez Gminę Słupsk zamówienia w tym trybie w zakresie, w jakim dotyczy to jej terytorium i jej zadań (...). Skoro, jak wskazuje Trybunał skutkiem przekazania kompetencji jest uznanie za własne zadań Gminy Kobylnica przejętych przez Gminę Słupsk, to nie można uznać (nawet na gruncie logiki), że w części tego samego postępowania dotyczącego powierzenia zadań własnych, Gmina Słupsk mogła zastosować tryb in house, a w części zaś nie. Badana czynność nie była wspólnym udzieleniem zamówienia. Nie była też działaniem Gminy Słupsk w imieniu Gminy Kobylnica. Gmina przekazująca (Kobylnica) z punktu widzenia prawa nie istniała (nie brała udziału) i nie powinna być brana pod uwagę w badanym postępowaniu.

Jak wskazał we wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający RIO w Gdańsku nie uwzględniła stanowiska Gminy Słupsk i wezwała Zamawiającego do odstąpienia lub wypowiedzenia umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego.

Na potwierdzenie faktu odstąpienia przez Zamawiającego — Gminę Słupsk od umowy w sprawie ww. zamówienia w części dotyczącej odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Kobylnica, Zamawiający do wniesionych zastrzeżeń załączył: - Uchwałę nr XLIX/551/2022 Rady Gminy Słupsk z dnia 31 maja 2022 r. w sprawie rozwiązania porozumienia międzygminnego pomiędzy Gminą Słupsk a Gminą Kobylnica w sprawie powierzenia Gminie Słupsk zadania publicznego, polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie, - Porozumienie z dnia 27 czerwca 2022 r. dotyczące rozwiązania porozumienia międzygminnego w sprawie powierzenia Gminie Słupsk zadania publicznego, polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie, - Aneks nr 1 do umowy nr GKM-KO.6233.5.2021 z dnia 29 grudnia 2021 r. w sprawie dotacji dla Gminy Słupsk na realizację zadania publicznego, polegającego na odbiorze odpadów

komunalnych z nieruchomości zamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie,

- Aneks nr 1 z dnia 28 czerwca 2022 r. do umowy nr 192/2020 z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie ww. zamówienia, zawężający zakres przedmiotowy umowy o część dotyczącą odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Kobylnica.

Zamawiający, nawiązując do zaprezentowanej powyżej argumentacji w piśmie do Prezes RIO z dnia 7 lutego 2022 r. stwierdził, że: Kluczowym w sprawie jest w naszej ocenie niedostrzeżenie istoty i konsekwencji prawnych zawarcia Porozumienia międzygminnego. Jego istotą jest powierzenie przez jeden samorząd jego zadań innej jednostce samorządu. To akt prawa publicznego, a nie stosunek zobowiązaniowy (prywatnoprawny), w którego efekcie zadania przekazane stają się zadaniami własnymi samorządu, który przyjmuje zadania na podstawie przekazanego porozumienia. Przyjmując takie założenie (a biorąc pod uwagę istotę porozumień międzygminnych nie można przyjąć innego), Gmina Słupsk powierzyła swojej spółce zadania przekazane jej przez Gminę Kobylnica, które wykonuje tak własne. W konsekwencji tego, Gmina Kobylnica nie występowała w sprawie jako zamawiający. Nie zachodziła sytuacja wielości zamawiających i niecelowe było badanie powiązań między ZGK sp. z o.o. a Gminą Kobylnica, które oczywiście nie występują. Jeżeli efektem porozumienia miało być traktowanie zadań przekazanych przez inną jednostkę jako zadań własnych Gminy Słupsk, to powierzenie do realizacji tych zadań własnej jednostce w trybie in-house, powinno być konsekwencją takiego uznania.

Zamawiający dodał ponadto, że: twierdzenia o „działaniu w celu obejścia prawa” dwóch jednostek samorządu terytorialnego, przy przeprowadzeniu całej procedury i współdziałaniu organów stanowiących, wymaga w naszej ocenie przynajmniej dalszego rozwinięcia, ze wskazaniem na podstawy twierdzenia o takim zamiarze.

Dodatkowo, Zamawiający zwrócił uwagę, że: Kryterium odpłatności umowy nie można też wywieść z faktu przekazania dotacji. Ma ona charakter zwrotu kosztów i nie występuje tu element odpłatności. Gmina otrzymująca dotację wykorzystwała ją w całości na koszty realizacji zlecenia przez ZGK sp. z o.o. Nie było tu elementu zysku Gminy (korzyści). Również samo prawo do wypowiedzenia porozumienia za zgodą obu stron nie jest jednoznaczne z prawem do jego rozwiązania z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (które przesądzałoby o prywatnoprawnym stosunku obligacyjnym). Nie wynika z istoty porozumienia międzygminnego, iż w jego postanowieniach nie mogą się znaleźć zapisy o możliwości zakończenia jego obowiązywania.

Prezes UZP w odpowiedzi z 03.08.2022 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.187.2021.MP) (KND/202/21/DKZP) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp.

W pierwszej kolejności zaznaczył, iż Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach z dnia 22 lipca 2022 r. nie kwestionował ustalonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 lipca 2022 r. stanu faktycznego. Podkreślił, że

w wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie podważał wprost samego sposobu powierzenia w drodze porozumienia międzygminnego przez Gminę Kobylnica realizacji zadania Zamawiającemu – Gminie Słupsk, jak również trybu udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w zakresie dotyczącym się terenu Gminy Słupsk. Stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r. naruszenie odnosi się wyłącznie do tego zakresu zamówienia publicznego udzielonego przez Zamawiającego – Gminę Słupsk w trybie zamówienia z wolnej ręki Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o., który obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem i transportem odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Kobylnica w latach 2021-2024.

Jednocześnie w ocenie Prezesa Urzędu, za pozostającą bez wpływu na ocenę stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r. naruszenia należy uznać podnoszoną przez Zamawiającego kwestię szczególnego charakteru prawnego porozumienia międzygminnego. Mając na uwadze przytaczane przez Zamawiającego orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok TSUE z 21.12.2016 r., sygn. akt: C-51/15; wyrok TSUE z 18.06.2020 r., sygn. akt: C-328/19), nie sposób wywieść, ażeby w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy, w drodze porozumienia międzygminnego, spółce kontrolowanej wyłącznie przez zamawiającego, zwolniony był od spełnienia ustawowych przesłanek, określonych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004.

Przy tym nie zgodził się ze stwierdzeniami Zamawiającego, że: Gmina przekazująca (Kobylnica) z punktu widzenia prawa nie istniała (nie brała udziału) i nie powinna być brana pod uwagę w badanym postępowaniu. Oczywistym jest, iż w zaistniałym stanie faktycznym rolę Zamawiającego pełniła wyłącznie Gmina Słupsk. Bezsprzeczne w sprawie był również fakt, że Wykonawca – Zakład Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. nie był w żaden sposób powiązany z Gminą Kobylnica. Wykonawca stanowił jednoosobową spółkę Gminy Słupsk i jedynie ta Gmina posiadała nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka wykonywała wymagany wolumen działalności. Niemniej jednak, w przypadku, gdy Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na

zadanie powierzone w drodze porozumienia międzygminnego podległej sobie jednostce, przy badaniu spełnienia przesłanek sprawowania kontroli nad Wykonawcą należało uwzględnić także Gminę Kobylnica (uchwała KIO z 31.01.2019 r. sygn. akt: KIO/KD 1/19). To bowiem zawarte w dniu 07.10.2020 r. Porozumienie międzygminne pomiędzy Gminą Słupsk a Gminą Kobylnica stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu. Należy wobec tego podkreślić, że ocena dopuszczalności udzielenia zamówienia na usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie w trybie zamówienia z wolnej ręki podlegała analizie pod kątem zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004, które w tym przypadku nie zostały spełnione. Wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 lipca 2022 r. stanowisko Prezesa Urzędu uzasadnione było wcześniejszymi wynikami kontroli Prezesa UZP, jak i orzecznictwem KIO (Informacja o wyniku kontroli doraźnej z 21.12.2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/14(3)/18 JB, KNZ/12/18/DKZP); uchwała KIO z 31.01.2019 r. sygn. akt: KIO/KD 1/19; wyrok KIO z 27.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2567/17).

Zarazem, w odniesieniu do wyroku TSUE o sygn. akt: C-323/19 (Wyrok TSUE z 18.06.2020 r., sygn. akt: C-328/19) przywołanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 07.02.2022 r., skierowanego do Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Gdańsku, należy zwrócić uwagę, że porozumienie o współpracy, na mocy którego będące jego stronami gminy przekazują jednej spośród siebie zadanie organizacji usług na rzecz tych gmin, pozwala uznać tylko jedną z tych gmin za instytucję zamawiającą. Ma to miejsce już przy udzieleniu zamówienia. Porozumienie upoważnia taką gminę do zlecenia podmiotowi wewnętrznemu (popularnie zwanego in-house), bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu otwartego bądź ograniczonego, usług zaspokajających nie tylko jej własne potrzeby, lecz również potrzeby pozostałych gmin będących stronami tego porozumienia, podczas gdy bez tego przekazania kompetencji wspomniane gminy musiałyby same zaspokoić własne zapotrzebowanie. Jednakże, w ocenie Prezesa UZP prezentowana wykładnia nie koresponduje z okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi w wyniku kontroli doraźnej.

Jak zostało bowiem ustalone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13.07.2022 r., w zaistniałym stanie faktycznym, Gmina Kobylnica - wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za wykonanie zadania realizowanego w interesie publicznym na swoim obszarze nie wykonywała sama w całości tego zadania publicznego, ale zleciła innej, niezależnej od siebie instytucji zamawiającej – Gminie Słupsk, która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za wykonanie tego zadania, wykonanie usługi za wynagrodzeniem. Nie można zatem uznać, że wówczas miała miejsce współpraca pomiędzy zamawiającymi.

Wspólny udział wszystkich stron porozumienia o współpracy jest niezbędny do zagwarantowania, że zostaną zrealizowane usługi publiczne, które są zobowiązane zapewnić. Nie można przy tym uznać, że warunek ten został zrealizowany, w sytuacji gdy wyłączny udział niektórych stron porozumienia ogranicza się do samego zwrotu kosztów. Ponadto, gdyby taki zwrot kosztów był sam w sobie wystarczający do zaistnienia „współpracy” w rozumieniu art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, nie można by dokonać żadnego rozróżnienia między taką „współpracą” a „zamówieniem publicznym”, które nie jest objęte wyłączeniem przewidzianym w tym przepisie (wyrok TSUE z 04.06.2020 r., sygn. akt: C-429/19).

Przekazanie kompetencji, których podział jest chroniony na mocy art. 4 ust. 2 TUE, nie spełnia wszystkich przesłanek określonych w definicji pojęcia „zamówienia publicznego”, czyli nie jest umową o charakterze odpłatnym. Odpłatny charakter umowy z kolei oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytułu, w zamian za świadczenie wzajemne, świadczenie, które powinno powodować bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej (Wyrok TSUE z 21.12.2016 r., sygn. akt:

Stąd też, Prezes UZP za niezasadne uznał twierdzenie Zamawiającego, że: Kryterium odpłatności umowy nie można też wywieść z faktu przekazania dotacji. Ma ona charakter zwrotu kosztów i nie występuje tu element odpłatności. Podobnie, za niezasadny Prezes UZO potraktował argument Zamawiającego stanowiący, że: samo prawo do wypowiedzenia porozumienia za zgodą obu stron nie jest jednoznaczne z prawem do jego rozwiązania z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (które przesądzałoby o prywatnoprawnym stosunku obligacyjnym). Z treści § 4 ust. 1 Porozumienia międzygminnego z 07.10.2020 r. wynika bowiem, że m.in. strona powierzająca posiada uprawnienia do jednostronnego rozwiązania Porozumienia. Wobec powyższego należy powtórzyć za treścią Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r., że zawarte w dniu 07.10.2020 r. Porozumienie międzygminne nie stanowiło umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004.

Za Informacją o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r. należy zatem wskazać, że w ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający - Gmina Słupsk, by ominąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy Kobylnica w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go w trybie zamówienia z wolnej ręki Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. - co należy ocenić jako niezgodne z ustawą Pzp2004. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok TSUE z 13.06.2013 r., sygn. akt: C-386/11), porozumienie międzygminne, na podstawie którego następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi za

rekompensatą, a strona powierzająca posiadająca uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w wypadku niewłaściwej realizacji zadania publicznego, nie stanowi zamówienia publicznego, które można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zatem należy uznać, że Zamawiający - Gmina Słupsk nie był uprawniony do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanym zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzecznictwie.

Zarazem, w odpowiedzi na wyrażone we wniesionych zastrzeżeniach stanowisko Zamawiającego jakoby stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r. naruszenie dotyczyło: „działania w celu obejścia prawa” dwóch jednostek samorządu terytorialnego, przy przeprowadzeniu całej procedury i współdziałaniu organów stanowiących, a także wymagało: przynajmniej dalszego rozwinięcia, ze wskazaniem na podstawy twierdzenia o takim zamiarze, należy wskazać, co następuje. Należy wyraźnie podkreślić, że jedynym podmiotem, którego podjęte w postępowaniu czynności Prezes Urzędu analizował, a następnie zakwestionował, był Zamawiający - Gmina Słupsk. Jak podkreślono już wyżej, działania Gminy Kobylnica nie były przedmiotem tej kontroli doraźnej, podobnie jak sam sposób powierzenia Gminie Słupsk zadania własnego Gminy Kobylnica w drodze porozumienia międzygminnego. Stąd też, co zostało jasno przedstawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r., stwierdzona wadliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wobec braku spełnienia przesłanek dotyczyła wyłącznie Gminy Słupsk i per se stanowiła obejście przepisów ustawy Pzp2004. Udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie doprowadziło tym samym do sztucznego zawężenia konkurencji poprzez podjęcie przez Zamawiającego działań na korzyść Wykonawcy Zakładu Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o.

Należy również zważyć na podnoszony przez Zamawiającego fakt, że badany stan faktyczny stanowił już przedmiot kontroli RIO w Gdańsku, której wynik także kwestionował udzielenie przez Zamawiającego Gminę Słupsk w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia publicznego w zakresie obejmującym świadczenie usług na terenie Gminy Kobylnica.

W ocenie Prezesa UZP powyższa okoliczność, jak i odstąpienie przez Zamawiającego Gminę Słupsk od umowy nr 192/2020 z 30.12.2020 r. w zakresie dotyczącym odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Kobylnica potwierdza słuszność przedstawionej argumentacji i stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 13.07.2022 r. naruszeń przepisów ustawy Pzp2004.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 610 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej: „NPzp”, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 610 ust. 3 NPzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena prawna stwierdzonych naruszeń przez Prezesa UZP w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. art. 67 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 15) i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez bezpodstawne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. in-house Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o. - spółce kontrolowanej wyłącznie przez Gminę Słupsk - zamówienia publicznego przejętego od Gminy Kobylnica w drodze porozumienia międzygminnego.

W tym zakresie, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej, należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie istniały uzasadnione podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów.

Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP wyrażoną w szczególności w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, uznając ją za własną. Z tej przyczyny ograniczy się jedynie do podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że działanie Zamawiającego doprowadziło do obejścia przepisów ustawy Pzp 2004, gdyż udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki skutkowało nieuprawnionym zawężeniem konkurencji, poprzez podjęcie przez Zamawiającego działań na korzyść Wykonawcy, z którym została zawarta umowa z 30.12.2020 r., tj. Zakładu Gospodarki Komunalnej w Jezierzycach sp. z o.o.

Należy także zgodzić się z Prezesem UZP, że Zamawiający udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, które obejmowało realizację zadań przejętych od innej gminy (poprzez zawarcie porozumienia międzygminnego) spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego nie był zwolniony od spełnienia ustawowych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 2004. W przypadku, gdy Zamawiający zdecydował się udzielić

przedmiotowego zamówienia w drodze porozumienia międzygminnego podległej sobie jednostce, jest oczywistym, że przy badaniu spełnienia przesłanek sprawowania kontroli nad Wykonawcą należało uwzględnić również Gminę Kobylnica. Niewątpliwie bowiem to porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu. W rezultacie, jak zasadnie podnosił Prezes UZP - ocena dopuszczalności udzielenia zamówienia na usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy Kobylnica i transportu tych odpadów do Instalacji Komunalnej w Bierkowie, zlecona w trybie zamówienia z wolnej ręki, podlegała analizie pod kątem zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp 2004, które w tym przypadku nie zostały spełnione. Natomiast brak wykazania spełnienia wszystkich podstaw, umożliwiających Zamawiającemu skorzystanie z trybu niekonkurencyjnego, stanowi wprost naruszenie norm wskazanych w wyniku kontroli doraźnej.

Izba także podziela stanowisko Prezesa UZP, że w przedmiotowym stanie faktycznym - Gmina Kobylnica - wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za wykonanie zadania realizowanego w interesie publicznym, na swoim obszarze nie wykonywała samodzielnie, w całości tego zadania publicznego, ale zleciła innej, niezależnej od siebie instytucji zamawiającej - Gminie Słupsk, która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za wykonanie tego zadania. Wykonanie usługi odbywało się także za wynagrodzeniem. Nie można zatem uznać, że wówczas miała miejsce współpraca pomiędzy zamawiającymi. A to właśnie wspólny udział wszystkich stron porozumienia o współpracy jest niezbędny do zagwarantowania, że zostaną zrealizowane usługi publiczne, które są zobowiązane zapewnić. Sam zaś udział niektórych stron porozumienia, ograniczający się do samego zwrotu kosztów, jest dalece niewystarczający. Jednocześnie, przekazanie kompetencji, których podział jest chroniony na mocy art. 4 ust. 2 TUE, nie spełnia wszystkich przesłanek określonych w definicji pojęcia „zamówienia publicznego”, czyli nie jest umową o charakterze odpłatnym. Podobnie, jak wskazuje się w odpowiedzi na zastrzeżenia, nie świadczy o tym prawo do wypowiedzenia zobowiązania, które miało charakter jednostronny.

Izba podziela również stanowisko zawarte w orzecznictwie TSUE, że porozumienie międzygminne - na podstawie którego następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi za rekompensatą - gdzie strona powierzająca, posiadająca uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w wypadku niewłaściwej realizacji zadania publicznego, nie stanowi zamówienia publicznego, które można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki. W efekcie Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie, interpretowanym zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzecznictwie unijnym.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 610 ust.

3 i 4 NPzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: