

WYROK
z dnia 20 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Ruja, Ruja 23, 59-243 Ruja**.

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Ruja na podstawie przepisu art. 254 pkt 6 Pzp, dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - 2) zasądza od zamawiającego Gminy Ruja na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor, kwotę 11.454,10 (jedenaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt cztery złote) 10/00 groszy, na co składa się zwrot kwoty wpisu od odwołania, koszt zastępstwa procesowego, opłaty od pełnomocnictwa oraz koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie/rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Gmina Ruja, 59-243 Ruja, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym, bez negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, pn.: „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja.”

Postępowanie w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia znajduje się na etapie podania do wiadomości potencjalnym wykonawcom treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Od treści postanowień zawartych w ww. dokumentach wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” sp. z o.o. ul. Poniatowskiego 25 59-400 Jawor, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonanie niezgodnych z prawem czynności w zakresie sformułowania treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz treści dokumentów zamówienia poprzez nazwanie zamówienia, jako *Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja*; zamiast *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja*.

Nadto zarzucił w zakresie zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja IV p. 4.2.2.) Krótki opis przedmiotu zamówienia, wskazania, że przedmiot zamówienia pod nazwą „*Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja*”, w okresie od 03.01.2022 r. do 31.12.2022 r., obejmuje odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie, których zamieszkują mieszkańcy, w granicach administracyjnych Gminy Ruja, z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (zwany dalej PSZOK), a także organizację zbiórki mobilnej oraz transport wszystkich odebranych odpadów komunalnych do Zakładu Zagospodarowania Odpadów położonego przy ul. Rzeszotarskiej, 59-220 Legnica, prowadzonego przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., mającej siedzibę przy ul. Nowodworskiej 60; 59-220 Legnica tj. instalacji komunalnej w rozumieniu ustawy z dnia z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888), w szacunkowej ilości około 730,0 Mg w okresie 12 miesięcy trwania umowy.

Wskazał także na nieprawidłowe ustalenie w zał. nr 6 do SWZ, dokumentu POROZUMIENIA MIĘDZYGMINNEGO z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie przejęcia przez Gminę Legnica od Gminy Ruja zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi w sytuacji, gdy narusza to zasady opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, z uwagi na

powierzenie w ten sposób na rzecz Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. zagospodarowania odpadów z pominięciem przepisów ustawy PZP i bez podstawy prawnej, poprzez błędne przyjęcie, że komunalna instalacja w rozumieniu ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 ze zm.) ma taki sam status jak instalacja regionalna w poprzednim stanie prawnym tzn., że można dostarczać do niej odpady bez przeprowadzenia postępowań na udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany z pominięciem przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i z przekroczeniem swobody umów oraz prowadzi do ogłoszenia o zamówieniu, które nie może zostać w sposób ważny udzielone.

Podnosząc powyższe wskazał na naruszenie przez zamawiającego:

1. art. 16 p. 1 i 2 Pzp i art. 4 p. 1 Pzp zgodnie, z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty, a nadto stosuje przepisy ustawy Pzp.

2. art. 281 ust. 1 p. 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 266 Pzp oraz art. 3531 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 6d ust. 1 i ust. 4 p. 5) oraz art. 3 ust. 2 p. 2 a) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r tj. z dnia 15 kwietnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 888)- dalej CZPG zgodnie z którymi SWZ powinien zawierać opis przedmiotu zamówienia, który należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych.

3. art. 214 ust. 1 pkt 11 i 13 ustawy Pzp w zw. z art. 266 Pzp art. 12 ust. 1 i ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65)- poprzez wprowadzenie poprzez zaskarżone zapisy ogłoszenia i dokumentacji postępowania udzielenia zamówienia w trybie *in house* w przedmiocie zagospodarowania odpadów na rzecz Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z pominięciem przepisów Pzp i z naruszeniem przepisów o udzieleniu zamówienia w trybie *in house*- z uwagi na brak spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w tym trybie na rzecz Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., która jest jednoosobową spółką gminy Legnica;

4. art. 513 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r. poz. 1129 t.j.) w związku z art. 16 ust. 1 i 2 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 4 p. 1 ustawy PZP w zw. z art. 1 pkt. 1 PZP w zw. z art. 6d ust. 1 i ust. 4 p. 5) oraz art. 3 ust. 2

p. 2 a) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r tj. z dnia 15 kwietnia 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 888) poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany wobec faktu, że zamawiający jest podmiotem wskazanym w art. 4 ust. 1 Pzp i jako podmiot nie został objęty wyłączeniem stosowania Pzpani przedmiot zamówienia nie został objęty wyłączeniem przedmiotowym.

5. art. 255 p. 6) Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego- gdyż wadliwość postępowania, wskazana powyżej i zaniechanie przeprowadzenia postępowań, do których zamawiający jest zobowiązany, zgodnie z ustawą, uniemożliwia wykonanie zamówienia w przedstawionym przez zamawiającego kształcie i w miejsce dotychczasowego powinno zostać ogłoszone przez zamawiającego nowe postępowanie na odbiór i zagospodarowanie odpadów lub uprzednio przeprowadzone postępowanie na zagospodarowanie odpadów.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 p. 6) Pzp,

ewentualnie w razie stwierdzenia braku podstaw do unieważnienia postępowania

2. usunięcie wszystkich zakwestionowanych przez Odwołującego zapisów ogłoszenia i dokumentacji postępowania i dokonanie ich korekty z uwzględnieniem prawidłowego przedmiotu zamówienia polegającego na „Odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja” dokonanie korekty przedmiotu zamówienia na „Odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja” i prawidłowe opisanie przedmiotu umowy;

3. ogłoszenia postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja, ewentualnie na zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ruja z zastosowaniem przepisów ustawy PZP;

4. zwrotu na rzecz odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Uzasadniając powyższe zarzuty na wstępie wskazał, że w wyniku niezgodnych z ustawą działań zamawiającego oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do którego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji i wykonania zgodnego z prawem zamówienia, a nawet starania się o nie, przez co, w wypadku braku wniesienia i rozpatrzenia odwołania, mógłby ponieść szkodę, będąc

narażonym na utratę korzyści, jakich nie będzie mógł uzyskać, nie mając możliwości udziału w postępowaniu. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiot jest zgodny z przedmiotem postępowania. Dzięki udziałowi w prawidłowo ogłoszonym postępowaniu uzyskuje możliwość wygrania i realizacji zamówienia, a przez to osiągnięcia zysku z prowadzonej działalności. Natomiast prawidłowe ukształtowane przedmiotu postępowania, treści ogłoszenia i treści dokumentacji postępowania leży w interesie wszystkich potencjalnych wykonawców, do których zalicza się odwołujący, a także w interesie zamawiającego, który w wyniku uczciwej konkurencji powinien wyłonić wykonawcę, który zapewni należyłą realizację zamówienia.

Podkreślił, że nieprawidłowości, których dopuścił się zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia są tak daleko idące, że zdaniem odwołującego, zamawiający powinien unieważnić postępowanie i ogłosić je na nowo, prawidłowo określając przedmiot postępowania, jako odbiór i zagospodarowanie odpadów. Obecny sposób uregulowania zapisów ogłoszenia i dokumentacji postępowania prowadzi do obejścia ustawy Pzp i wynikających z niej obowiązków zamawiającego w zakresie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak również przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Podał, że faktem jest, że odpady z innych gmin przed zmianą ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 15.04.2021 były zagospodarowywane w prowadzonej przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z o. o. Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych jedynej właściwej regionalnie z punktu widzenia ówczesnie obowiązujących ustaw. Do tej RIPOK w trybie z wolnej ręki tzw. in house, zgodnie z ustawą Pzp , trafiały wówczas odpady z gminy Legnica- jako współnika, natomiast odpady z innych gmin trafiały tam z uwagi na regionalizację.

Obecne nowelizacje ustawy CZPG, w tym nowelizacja z dnia 15.04.2021 r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (ucpg), wprowadziły pojęcie instalacji komunalnych, likwidując jednocześnie regionalizację zagospodarowania odpadów. Gminy mają obecnie obowiązek zapewnić m.in. budowę, utrzymanie i eksploatację własnych lub wspólnych z innymi gminami instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w tym instalacji komunalnych, o których mowa w art. 38b ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Należy zwrócić uwagę, że zagospodarowanie odpadów komunalnych może odbywać się we własnych instalacjach gminnych, w instalacjach będących przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego lub może zostać powierzone w drodze zamówienia publicznego. Nie można jednak w tym zakresie prowadzić instalacji wspólnie ze spółką innej gminy i zlecać jej bez przetargu zagospodarowania odpadów.

Wskazał, że zawarcie porozumienia gminnego nie prowadzi automatycznie ani do możliwości zagospodarowania odpadów na instalacji komunalnej spółki gminnej jednej z gmin, objętych porozumieniem przez inne gminy, ani nie uprawnia gminy Ruja do udzielenia

spółce gminnej gminy Legnica zamówienia przewidzianego w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trybie in house (co nawet nie miało miejsca - zamawiający po prostu wskazał instalację Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. bez żadnej podstawy- a zatem z pominięciem obowiązku przeprowadzenia postępowania, stosownie do Pzp).

Podał, że odnośnie zagospodarowania odpadów we własnej instalacji, ustawa stanowi wyraźnie o instalacjach „własnych lub wspólnych z innymi gminami”. To ostatnie stwierdzenie oznacza, że gminy mogą łączyć siły w realizacji tego zadania, ale pod warunkiem, że będą realizować to zadanie wspólnie z innymi gminami (nie spółkami), i w tym zakresie powinny korzystać z wspólnej im wszystkim instalacji. Intencją wprowadzenia kolejnych nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach, było zapewnienie większej konkurencji w zakresie zagospodarowania odpadami, co miało się przełożyć na korzystniejsze ceny zarówno dla gmin, jak i podmiotów odbierających odpady, a w konsekwencji także dla mieszkańców. Pozostawiając, bowiem tryb przewidziany w art. 6b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że

„1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.” Likwidując regionalizację, dano podmiotom, uczestniczącym w takim przetargu możliwość wyboru instalacji, do której wywożone będą odpady, aby zapewnić najbardziej rynkowe warunki odbioru i zagospodarowania odpadów - tymczasem działanie zamawiającego jest wręcz przeciwne.

Podobnego rodzaju porozumienia, jak zawarte pomiędzy gminą Legnica i gminą Ruja, stanowiły już przedmiot badania Prezesa UZP oraz rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2017 oraz 2018. W wyniku przeprowadzonej kontroli jednego z zamówień udzielanych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r.), np. w ramach kontroli sygnowanej KNZ/12/18/DKZP, a także w ramach uchwały KIO KIO/KD 41/18, wyroku KIO 2567/17 wskazano jednoznacznie, że nie jest dopuszczalne udzielenia zamówienia spółce gminnej w trybie in house w zakresie odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy innej aniżeli gmina odbierająca.

Odwołujący wskazał także na wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (wyrok TSUE z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt: C-386/11), gdzie Trybunał wskazał, że „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. Znamionym 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.

Nawiązując do wskazanego wyroku KIO podał, że KIO podkreśliła, że dla oceny działania zamawiającego najważniejsze jest uprawnienie do skorzystania - w celu realizacji zadania - przez jednostkę zobowiązaną z podmiotów trzecich, które zdolne są do działania na rynku, a więc są spółkami komunalnymi zamawiającego. Zwrócono wówczas uwagę, że kluczowe jest porozumienie, na mocy, którego jedna gmina - zamawiający w postępowaniu, powierza w trybie z wolnej ręki swojej spółce komunalnej usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie innej gminy, co stawia tę spółkę w sytuacji przewagi nad konkurentami i w rezultacie eliminuje konkurencję na tym rynku. KIO nie zgodziła się także z twierdzeniem, że 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 KIO przyjęta przez zamawiającego wykładnia prowadziła do omińnięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który 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). Podkreślił, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający poprzez nie przeprowadzenie postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów, ewentualnie uprzednio do zaskarżonego postępowania- na zagospodarowanie odpadów, a także poprzez zaskarżone zapisy ogłoszenia i dokumentacji postępowania doprowadził do tego, że realizacja zamówienia prowadziła by *de facto* do pominięcia stosowania zapisów ustawy Pzp i naruszenia przepisów udzielenia zamówienia w trybie in house, jak również ustawy CZPG.

Reasumując stwierdził, że popełnione przez zamawiającego zaniechania prowadzenia postępowań, do których jest obowiązany zgodnie z ustawą, a także błędy w ogłoszeniu i dokumentacji postępowania są tego rodzaju i wagi, że postępowanie dla jego walidacji musi być unieważnione i ogłoszone w nowym przedmiocie - odbioru i zagospodarowania odpadów lub też poprzedzone postępowaniem na zagospodarowanie odpadów. Ponadto muszą zostać usunięte wady w postaci wewnętrznych sprzeczności dokumentacji - stąd także zarzut zaniechania unieważnienia postępowania w związku z

brakiem możliwości zawarcia prawnie wiążącej umowy oraz wniosek o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie na wstępie wskazał, że odwołujący w istocie zmierza do zakwestionowania legalności zawarcia przez Gminę Ruja porozumienia międzygminnego w rozumieniu art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1372, dalej: „u.s.g.”),

Wobec tego zamawiający wnosi o:

1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1) Pzp., jako wniesionego w sytuacji, w której nie mają zastosowania przepisy ustawy,

2) odrzucenie Odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) Pzp., jako wniesionego po upływie terminu ustawowo określonego.

W przypadku nieodrzczenia przez Izbę odwołania, wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

W zakresie podstaw do odrzucenia podał, że odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu i zamierzające w istocie do zakwestionowania legalności Porozumienia międzygminnego z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie przejęcia przez Gminę Legnica od Gminy Ruja zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi (dalej: „Porozumienie”) podał, że odwołanie zostało wniesione od sytuacji, w której nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. Odwołujący pod przykrywką kwestionowania treści dokumentów zamówienia w zakresie wskazania instalacji przez zamawiającego, w istocie zmierza do zakwestionowania legalności lub skuteczności Porozumienia. Weryfikacja legalności porozumienia pozostaje w kompetencji właściwych organów nadzorczych i nie podlega kognicji odwoławczej KIO. Porozumieniu przysługuje aktualnie domniemanie legalności.

Natomiast w zakresie drugiej wskazanej podstawy do odrzucenia odwołania jako wniesionego po upływie terminu ustawowo określonego, podał, że odwołanie zostało wniesione dnia 6 grudnia 2021 r. podczas gdy Porozumienie zostało zawarte dnia 10 czerwca 2021 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Województwa Dolnośląskiego 14 lipca 2021 r. Od dnia publikacji Porozumienia, było ono powszechnie dostępne w Dzienniku Urzędowym Województwa Dolnośląskiego. Nadto wskazał, że Odwołujący nie zachował terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

W przypadku nie odrzucenia odwołania przez Izbę wniósł o jego oddalenie podając, iż należy wskazać, że odwołujący kwestionuje wskazanie instalacji przez zamawiającego, bezpodstawnie i w sposób nieuprawniony uznając, iż zapisami tymi następuje zlecenie przez zamawiającego LPGK sp. z o.o. zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych, podczas gdy zagospodarowanie odpadów komunalnych musi stanowić przedmiot zamówienia (samoistnego na zagospodarowanie odpadów komunalnych lub części

zamówienia kompleksowego - na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych) i nie może być przedmiotem porozumienia międzygminnego w rozumieniu art. 74 u.s.g.

Wobec powyższego Zamawiający wskazał, że:

1) wskazanie w dokumentach zamówienia nie stanowi zlecenia LPGK sp. z o.o. realizacji usługi zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych z terenu gminy Ruja, a jest elementem dokumentacji na „odbiór i transport” odpadów komunalnych, określającej sposób realizacji usługi przez operatora odbioru odpadów (wskazanie miejsca, do którego ma przekazać odpady),

2) wskazanie w dokumentach zamówienia instalacji pozostaje działaniem zamawiającego, mającym oparcie w przejściu zadań o których mowa w Porozumieniu przez Miasto Legnica. Deregionalizacja przeprowadzona w 2019 r. (a nie 2021 r. jak wskazuje Odwołujący) nie wpłynęła modyfikująco na prawną dopuszczalność zawierania porozumień międzygminnych w zakresie zagospodarowania odpadów. Nie można również zgodzić się z zbyt zgeneralizowanym stanowiskiem odwołującego, że „likwidując regionalizację, dano podmiotom, uczestniczącym w takim przetargu możliwość wyboru instalacji, do której wywożone będą odpady, aby zapewnić najbardziej rynkowe warunki odbioru i zagospodarowania odpadów - tymczasem działaniem zamawiającego jest wręcz przeciwne.”. Deregionalizacja umożliwiła zagospodarowanie odpadów komunalnych w instalacjach położonych na terenie całego kraju, jednakże nie skutkuje sama przez się powstaniem po stronie wykonawcy uprawnienia do wyboru instalacji - tak jest tylko w odpadów przypadku zamówienia kompleksowego. W przypadku zamówienia na odbiór komunalnych instalację wskazuje Zamawiający,

3) żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie ustanawia obowiązku udzielenie zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych,

4) żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie ustanawia zakazu zawarcia porozumienia międzygminnego, którego przedmiotem jest „przekazanie przez Gminę na rzecz Legnicy zadań własnych obejmujących:

a) zadanie określone w art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wyłącznie w zakresie utrzymania i eksploatacji własnej lub wspólnej z innymi gminami instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych;

b) przyjmowanie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytworzonych na terenie Gminy i odebranych z terenu Gminy. Zadania związane z odbiorem i transportem odpadów komunalnych pozostają poza zakresem Porozumienia, (przedmiot Porozumienia - § 1 ust. 1).

5) wskazanie w dokumentach zamówienia instalacji, której operatorem jest LPGK Sp. z o.o., nie stanowi zlecenia temu podmiotowi realizacji usług zagospodarowania odpadów komunalnych przez Zamawiającego,

6) Gmina Ruja na skutek zawarcia Porozumienia przekazała realizację Zadań wskazanych powyżej w pkt 4) Miastu Legnica, a w konsekwencji poza zakresem jej zadań pozostają zadania wskazane w pkt 4). Zadania te mocą Porozumienia ciążyą na Mieście Legnica,

7) Miasto Legnica mocą Porozumienia obowiązana jest do realizacji przejętego zadania. „*Legnica samodzielnie dokona wyboru sposobów realizacji przyjętych na siebie zadań zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a Gmina nie będzie uprawniona do ich wiążącego zatwierdzania lub kwestionowania.*” (§ 1 ust. 4 Porozumienia). Miasto Legnica powierzyło realizację zadań obejmujących utrzymanie czystości i porządku, a w szczególności:

a) zagospodarowanie odpadów komunalnych,

b) utrzymanie i eksploatację Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Legnicy,

c) budowę, utrzymanie i eksploatację Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych.

Dowód: LPGK Sp. z o.o. (uchwała nr XXIII/214/16 Rady Miejskiej Legnicy z dnia 25 lipca 2016 r. w sprawie powierzenia Legnickiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy wykonywania zadań własnych Gminy Legnica oraz umowa wykonawcza z dnia 2 grudnia 2011 r. wraz z aneksem nr 11).

Przywołane przez odwołującego przepisy, które w ocenie odwołującego mają wykazywać, że zagospodarowanie odpadów komunalnych musi stanowić przedmiot zamówienia publicznego, okoliczności tej w żaden sposób nie potwierdzają.

Przepis art. 6d ust. 1 u.c.p.g. stanowi, że „*Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c , albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.*”. Poza zakresem tego przepisu pozostaje „zagospodarowanie” odpadów o ile nie jest powiązane w usługę kompleksową - odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Wynika to wprost z przepisu, który takiej kategorii zamówień nie przewiduje, a jako przepis limitujący ogólną swobodę organizacyjną gmin musi być interpretowany literalnie i nie podlega interpretacji rozszerzającej.

Wbrew stanowisku odwołującego obowiązku takiego nie sposób wywodzić z art. 3 ust. 2 pkt 2lit a) u.c.p.g. Jak wskazuje odwołujący „Gminy mają obecnie obowiązek zapewnić m.in. budowę, utrzymanie i eksploatację własnych lub wspólnych z innymi gminami instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (...) Należy zwrócić uwagę, że zagospodarowanie odpadów komunalnych może odbywać się we własnych instalacjach gminnych, w instalacjach będących przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego lub może zostać powierzone w drodze zamówienia publicznego.”. Przywołany przez odwołującego przepis nie stanowi o zagospodarowaniu odpadów komunalnych (w Porozumieniu zadania te są

wymienione odrębnie). We wskazanym zakresie Zamawiający wskazuje na stanowisko wyrażone w wyroku WSA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013 r., II SA/Bk 95/13, z którym wskazano, że „Nie ma prawnych podstaw by eksploatację instalacji utożsamiać z zagospodarowaniem i przetwarzaniem w niej odpadów, są to odmiennie zakresowo czynności.” i wyrok NSA z dnia 24 września 2014 r., II OCK 1314/14. Tak również Prezes UZP, Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 r., UZP/DKZP/KND/10/18.

Wbrew sugestiom odwołującego, przytoczone przepisy nie ustanawiają jakiegokolwiek ograniczenia w sposobie zapewnienia usług użyteczności publicznej w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych, jak również nie ogranicza zamawiającemu, możliwości wskazania instalacji wyłącznie do sytuacji w której uprzednio zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów komunalnych (w jakimkolwiek trybie, w tym z wolnej ręki w formule in-house).

Podał, że przepisy prawa, w tym art. 3 ust. 2 pkt 2 lit a) u.c.p.g., nie limitują również możliwości zawarcia porozumienia międzygminnego, o przedmiocie określonym w § 1 ust. 1 Porozumienia. Wyraźną podstawą prawną do podjęcia takiej czynności jest art. 74 ust. 1 u.s.g. zgodnie z którym gminy mogą zawierać porozumienia międzygminne w sprawie powierzenia jednej z nich określonych przez nie zadań publicznych. Jednocześnie w ust. 2 tego przepisu wskazane zostało, że gmina wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin, związane z powierzonymi jej zadaniami, a gminy te mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania. Istotą porozumienia międzygminnego jest przejęcie przez jedną z gmin obowiązku wykonywania zadań publicznych ciążącego na innej gminie, bądź gminach. Tym samym, można uznać, że porozumienie jest postacią współdziałania jednostek samorządu terytorialnego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, porozumienie jest instytucją o charakterze ustrojowym, do istoty której należy uwarunkowane prawnie i faktycznie współdziałanie niezależnych podmiotów, którego treść stanowi stworzenie podstaw wspólnej realizacji określonych działań faktycznych i prawnych, w celu jego wykonania. W tym kontekście wskazać należy, że każde porozumienie rozpatrywać należy, jako stosunek prawny, w którym stronami są:

- 1) gmina przejmująca realizację określonego zadania publicznego;
- 2) gmina przekazująca realizację określonego zadania publicznego.

Powyższego nie można dokonać w formie cywilnoprawnej, a tym samym brak jest możliwości kwalifikowania takiego porozumienia, jako czynności o takim charakterze. Porozumienie międzygminne, jako akt prawa miejscowego jest czynnością prawną regulowaną przepisami prawa publicznego, a tym samym w stosunku do niego brak jest podstaw do stosowania art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g., zgodnie z którym „Wójt, burmistrz lub

prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”, oraz art. 6f ust. 1a pkt 5 u.c.p.g., zgodnie, z którym „umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa „instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku przepisów prawa prywatnego regulujących stosunki i umowy prywatnoprawne.

Żadne przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie ograniczają swobody gmin w zawieraniu porozumień, których przedmiotem są:

- 1) zadania określone w art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;
- 2) przyjmowanie i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Wbrew stanowisku odwołującemu takie ograniczenie nie wynika z judykatów KIO czy stanowiska kontrolnego Prezesa UZP. Podkreślenia wymaga, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zachodzi analogia względem stanów faktycznych w których swoje stanowiska zajęli Prezes UZP i Izba (przywołane na s. 18 - 21 odwołania).

Stwierdził, iż podkreślenia wymaga również, że ww. stanowiska zostały wydane przez Prezesa UZP oraz KIO, nie wobec gmin przekazujących zadania (tu: Gmina Ruja) lecz wobec gmin przejmujących te zadania, a nadto nie kwestionowały one możliwości zawierania porozumień międzygminnych, lecz następczego udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych, a więc na usługi, których realizacja przez gminę jest limitowana prawnie (konieczność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). W zaistniałych w tamtych sprawach stanach faktycznych, zarzut obejścia prawa (przepisów limitujących swobodę w doborze form zapewnienia usługi odbioru odpadów komunalnych) miał uzasadnienie, którego brak w niniejszej sprawie (wobec swobody gmin w doborze form zagospodarowania odpadów).

Stan faktyczny niniejszej sprawy należy uznać za zbieżny z ocenianym przez TSUE w wyroku z dnia 18 czerwca 2020 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Korkein hallinto-oikeus - Finlandia) - postępowanie wszczęte przez Porin kaupunki (Sprawa C-328/19). Trybunał w wskazanym judykacie uznał, że:

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 ww. kontekście warto wskazać, że porozumienia o analogicznym zakresie zawierane są również przez inne gminy, w tym także w sytuacji w której gmina przejmująca zadania realizuje je w formie spółki komunalnej, która zgodnie z art. 2 u.g.k. stanowi jedną z form realizacji gospodarki komunalnej przez gminę (Gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego).

Podkreślił, że przyjęcie przez gminę przejmującą zadania publicznego, nie modyfikuje w żaden sposób możliwości realizacji go w formie spółki komunalnej (zgodnie z art. 2 u.g.k.). Gminie przyjmującej (tu: Miasto Legnica) przysługuje pełne spektrum form prawnych w jakich będzie realizowało przejęte zadanie, które w momencie przejęcia staje się jej zadaniem własnym. Okoliczność bezpośredniego realizowania przez gminę usługi zagospodarowania (bycia operatorem instalacji) lub realizacji jej w formie spółki komunalnej, nie modyfikuje tego, że usługa ta jest świadczona przez gminę, albowiem spółka komunalna w świetle art. 2 u.g.k. stanowi wyłącznie „formę prowadzenia gospodarki komunalnej”.

Rekapitulując powyższe, podkreślił, że:

1) gmina Ruja, mocą Porozumienia przekazała zadania o których mowa w § 1 ust. 1 Porozumienia i nie ma już prawnych podstaw, aby samodzielnie nabywać te usługi (w jakiegokolwiek formie prawnej). Takiego „zlecenia usług zagospodarowania odpadów” LPGK sp. z o.o. nie stanowi w szczególności wskazanie w dokumentach zamówienia sporządzonych na potrzeby Postępowania instalacji. Wskazanie instalacji stanowi obowiązek prawny zamawiającego udzielającego zamówienie na odbiór odpadów komunalnych,

2) gminą posiadającą zadania w zakresie zagospodarowania odpadów wytworzonych na terenie gminy Ruja, jest Miasto Legnica,

3) Miasto Legnica zapewnia realizację usług zagospodarowania odpadów, do zagospodarowania, których jest obowiązana, w formie spółki komunalnej - LPGK sp. z o.o.

Powyższe zgodnie z prawem, w tym z przepisami Pzp. oraz u.c.p.g., ustanawia podstawę prawną, do przekazywania odpadów wytworzonych na terenie Gminy Ruja do LPGK sp. z o.o. (przez operatora odbierającego i transportującego odpady komunalne z terenu gminy Ruja).

W zakresie kwestionowania przez odwołującego, dopuszczalności udzielenia zamówienia na „odbiór i transport” odpadów komunalnych podczas, gdy przepisy u.c.p.g. posługują się formułą „odbiór” odpadów komunalnych, należy wskazać, że:

1) przepisy u.c.p.g. nie ograniczają swobody zamawiającego w możliwie najbardziej precyzyjnym określeniu przedmiotu zamówienia,

2) powszechnie praktykowane przez zamawiającego jest posługiwanie się formułą „odbiór i transport odpadów komunalnych” na potrzeby udzielania zamówień publicznych.

3) przyjęty sposób określenia przedmiotu zamówienia nie wpływa dezorientująco na wykonawców, a w konsekwencji przyjęty sposób określenia przedmiotu zamówienia nie wpływa, w tym nawet potencjalnie, na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron oraz biorąc pod uwagę treść Ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, dokumentów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, a także stanowisk i oświadczeń stron złożonych na rozprawie uznała, że odwołanie jest zasadne, gdyż taki sposób udzielenia zamówienia na odbiór odpadów, jaki wskazał zamawiający stanowi obejście bezwzględnie obowiązujących przepisów Pzp.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron podanych do protokołu rozprawy. Izba uznała, że tak ustalony stan faktyczny jest pełny i nie wymagał uzupełnienia, o co także żadna ze stron nie wnosiła.

Na wstępie ocenie Izby podlegał zarzut zamawiającego w zakresie dopuszczalności rozpatrywania przez Izbę tego odwołania, gdyż zdaniem zamawiającego odwołanie winno podlegać odrzuceniu. Zamawiający podniósł w tym zakresie dwa zarzuty mające wskazywać na niedopuszczalność rozpoznawania odwołania. Pierwszy zarzut dotyczył naruszenia art.

528 pkt 1 Pzp zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeśli w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zamawiający swoje stanowisko opierał na twierdzeniu, że główną podstawą do wniesienia odwołania jest kwestionowanie przez odwołującego możliwości zawarcia porozumienia pomiędzy Gminą Ruja, a Gminą Legnica na mocy, której Gmina Legnica przejmuje zadanie własne Gminy Ruja w zakresie zagospodarowania odpadów. Odnosząc się do powyższego Izba nie stwierdziła, aby podstawą do wniesienia odwołania była treść zawartego pomiędzy gminami porozumienia. Kwestia ta znajduje odzwierciedlenie w materiale sprawy, ale w kontekście naruszenia przez zamawiającego przy ogłaszaniu postępowania na odbiór i transport odpadów, przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Tym samym wniosek zamawiającego w tej kwestii Izba postanowiła uznać za niezasadny.

Kolejnym zarzutem wobec odwołania był wniosek o jego odrzucenie z powodu wniesienia go po upływie terminu na jego wniesienie. Tutaj również zamawiający kwestię tą wywodził z zawartego Porozumienia międzygminnego stwierdzając, że odwołanie winno być wniesione w terminie, – jaki obowiązuje dla wniesienia odwołania, licząc od daty opublikowania tegoż Porozumienia w Dzienniku Urzędowym Województwa Dolnośląskiego. Izba w tym zakresie uznała, iż brak jest jakiegokolwiek związku pomiędzy terminem wszczęcia przedmiotowego postępowania, które miało miejsce w dniu 02.12.2021 roku, a treścią Porozumienia i jego publikacji. Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego w zakresie postanowień zawartych w treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.

Tym samym wniosek zamawiającego w tej kwestii Izba postanowiła uznać za niezasadny.

Przed rozpoznaniem zarzutów odwołania i żądania podstawowego o unieważnienie postępowania Izba uznaje za niezbędne wskazanie w sposób skrótowy stanu faktycznego sprawy ze względu na jego znaczenia dla rozpoznania sprawy.

Zamawiający - Gmina Ruja od wielu lat realizuje zadanie własne w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów poprzez ogłaszanie postępowania przetargowego na odbiór i transport odpadów i zobowiązania wybranego wykonawcę do przekazywania ich do instalacji zagospodarowującej odpady wskazanej przez Miasto i Gminę Legnica. W tym zakresie strony zawarły w dniu 2 grudnia 2011 roku Umowę o świadczenie usług publicznych, która była wielokrotnie aneksowana – w br. był to aneks nr 11. W dokumentacji postępowania w zał. nr 1 do SWZ - OPZ oraz Ogłoszeniu o wszczęciu postępowania zamawiający w sekcji IV p 4.2.2. podał - transport wszystkich odebranych odpadów komunalnych winien być dokonany do Zakładu Zagospodarowania Odpadów zlokalizowanego przy ul. Rzeszotarskiej w Legnicy, prowadzonej przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Nowodworskiej 60, 59- 220 Legnica. W treści wskazanego Porozumienia z dnia 10 czerwca 2021 roku strony, tj. Gmina Ruja (dalej określana także jako „Gmina”) i Gmina Legnica ustaliły, że przedmiotem

Porozumienia jest przekazanie przez Gminę na rzecz Legnicy zadań własnych obejmujących między innymi przyjmowanie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytworzonych na terenie Gminy i odebranych z terenu Gminy. Zadania związane z odbiorem i transportem odpadów komunalnych pozostają poza zakresem Porozumienia, a tym samym nie są tam uregulowane. Następnie w pkt 4 ustalono, że Legnica samodzielnie dokona wyboru sposobów realizacji przyjętych na siebie zadań zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a Gmina Ruja nie będzie uprawniona do ich wiążącego zatwierdzania lub kwestionowania. Nadto w pkt 5, ustalono, iż w okresie obowiązywania Porozumienia Gmina nie będzie wykonywała zadań przekazanych Porozumieniem.

Wskazać należy także na treść § 2 pkt 4 w którym ustalono, że wobec dokonania przez Legnicę wyboru podmiotu świadczącego usługi w zakresie zagospodarowania odpadów, Gmina w dokumentacji postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy, wskazywać będzie tylko prowadzoną przez ów podmiot instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, jako: miejsca przyjęcia i zagospodarowania odpadów.

Natomiast w zakresie rozliczania się Gmin w wyniku przyjęcia przez Gminę Legnica obowiązku zagospodarowywania odpadów ustalono w §5 ust. 1, iż Gmina zobowiązuje się do udziału w kosztach realizacji zadań, o których mowa w § 1 ust. 1 Porozumienia, przez przekazanie Legnicy dotacji celowej. Roczna wysokość dotacji celowej określana będzie w oparciu o koszty realizacji zadania, określone na podstawie iloczynu prognozowanej do przyjęcia od Gminy ilości odpadów w roku wykonywania zadania oraz obowiązującej stawki za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych danego rodzaju oraz prognozowanych kosztów obsługi administracyjnej Porozumienia w danym roku przypadających na Gminę.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie przedmiotowego Porozumienia wskazał, iż Gmina Ruja – zamawiający, mocą Porozumienia przekazała zadania, o których mowa w § 1 ust. 1 Porozumienia i nie ma już prawnych podstaw, aby samodzielnie nabywać te usługi (w jakiegokolwiek formie prawnej). Nadto stwierdził, że żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie ustanawia obowiązku udzielenia zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz, że żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie ustanawia zakazu zawarcia porozumienia międzygminnego, którego przedmiotem jest „przekazanie przez Gminę na rzecz Legnicy zadań własnych obejmujących zagospodarowanie odpadów. Podkreślił, że poza zakresem przepisów ucpg pozostaje kwestia zagospodarowania odpadów o ile nie jest powiązana w usługę kompleksową - odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła:

Odwołanie jest zasadne i zostaje uwzględnione w zakresie żądania podstawowego tj. nakazania unieważnienia postępowania. Orzekanie o dalszych żądaniach odwołującego odnoszących się wprost do zarzutów ewentualnych są nieistotne dla przedmiotowego postępowania, gdyż nakazanie unieważnienia postępowania jest w zakresie zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu czynnością najdalej idącą. Nadto Izba uznała, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy brak jest możliwości takiej zmiany postanowień SWZ, które by doprowadziły zgodność ogłoszonego postępowania na transport i odbiór odpadów z terenu Gminy Ruja do zgodności z przepisami ustawy Pzp. Nadto, tylko na marginesie sprawy należy zasygnalizować nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia.

Jako podstawę dla dalszego rozważania Izby wskazać należy, że poza sporem w sprawie jest fakt, że gmina Ruja jest zgodnie z art. 9 pkt 2 ustawy o finansach publicznych jednostką sektora finansów publicznych. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych (Pzp) ustawę stosuje się do jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 869 ze zm.). Natomiast zgodnie z art. 1 pkt 1 i 2 Pzp ustawa reguluje zamówienia publiczne (..) w tym określa podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy oraz zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy. Powyższe przepisy stanowią ramy prawne dla wszelkich ustaleń co do stosowania w konkretnym stanie faktycznym przepisów Pzp. Zdaniem Izby, podkreślenia wymaga kwestia, że ustawa Pzp w sposób pełny i kompletny reguluje sytuację prawną, kiedy w danym stanie faktycznym ustawy Pzp się nie stosuje. Jak Reasumując ta kwestię podkreślić należy, że stosownie do art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, gmina posiada status zamawiającego zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp. W przypadku braku przesłanek do zastosowania któregokolwiek z wyłączeń, o których mowa w Rozdziale I - Oddział 2 ustawy Pzp, Gmina ma obowiązek stosowania ustawy Pzp w zakresie udzielanych przez siebie zamówień publicznych.

Jeśli chodzi o samo to Porozumienie międzygminne to Izba uznaje, że przedmiotowe Porozumienie należy uznać za „umowę o charakterze odpłatnym”, wbrew twierdzeniom Zamawiającego w tym zakresie, (por. wyrok KIO sygn. 2567/17). To nie nazwa ma tutaj znaczenie, ale liczy się brzmienie i skutek dla stron zawartego Porozumienia. Podkreślić należy, że w Porozumieniu określono strony, zakres regulacji oraz sposób zapłaty za wykonywaną usługę zagospodarowania odpadów w tym także sposób naliczania odsetek za zwłokę w przekazaniu kwot na rzecz Gminy Legnica. Ustalono w nim, że Miasto Legnica mocą Porozumienia obowiązana jest do realizacji przejętego zadania, a nadto „*Legnica samodzielnie dokona wyboru sposobów realizacji przyjętych na siebie zadań zgodnie z*

obowiązującymi przepisami prawa, a Gmina nie będzie uprawniona do ich wiążącego zatwierdzenia lub kwestionowania.” (§ 1 ust. 4 Porozumienia).

Wracając do ww. uregulowań ustawy Pzp i ustawy o finansach publicznych Izba uznała, że Gmina Ruja jest zobowiązana w zakresie całej swojej działalności na zasadach określonych w Pzp, stosować przy wydatkowaniu środków publicznych przepisy ustawy Pzp. Zakres stosowania ustawy Pzp określają, bowiem co do zasady przepisy tejże ustawy, a w świetle tych przepisów nie ma wątpliwości, co do istnienia obowiązku stosowania ustawy Pzp do zawieranych przez jednostkę samorządu terytorialnego odpłatnych umów na dostawy, usługi, roboty budowlane. Oczywiście ustawa zawiera cały szereg wyłączeń przedmiotowych i podmiotowych, w których ustawa Pzp nie ma zastosowania, jak chociażby udzielania zamówień o wartości 130 tys. złotych.

W świetle powyższego twierdzenia odwołującego, iż w oparciu o przepis art. 6d ust.1 ucpg, przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do usługi zlecanej przez Gminę w zakresie zagospodarowania odpadów, jest sprzeczne z przepisami Pzp, jest oczywiście niezasadne i jako takie nie występuje potrzeba dalszego uzasadnienia.

W tym zakresie Izba uznała, że na mocy odesłania z art. 6g 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (ucpg) do zamówień na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów, w zakresie nieuregulowanym w tej, stosuje się ustawę Pzp. Z literalnego brzmienia art. 6d ust. 1 ucpg wynika, że ustawodawca nie przewidział w tej ustawie, szczegółowej regulacji dotyczącej przetargu w przedmiocie obejmującym wyłącznie zagospodarowanie odpadów poprzez ogłoszenie przetargu na odbiór odpadów. Wobec takiego braku oraz wobec odesłania zawartego w art. 6g ww. ustawy w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują wprost przepisy ustawy Pzp.

Izba jednocześnie podkreśla, że badanie skuteczności bądź legalności Porozumienia zawartego na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym nie stanowiło przedmiotu niniejszego postępowania. Izba uznała tylko, że przedmiotowe Porozumienie nie może być podstawą do wyłączenia stosowania przepisów rangi ustawy w zakresie obowiązku stosowania przez jednostkę sektora finansów publicznych ustawy Pzp. Również wskazywanie przez zamawiającego, że wiele innych Gmin w taki sam sposób zawiera Porozumienia w zakresie zagospodarowania odpadów, według Izby, po pierwsze nie może stanowić dowodu w sprawie, a po drugie, sytuacja, że podobnie postępują inne gminy nie jest podstawą do uznania zgodności z prawem takiego działania.

W oparciu o powyższe Izba uznaje, że aby podmiot zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp mógł odstąpić od stosowania ustawy to winien najpierw ustalić i wskazać przepis Pzp zezwalający na takie odstępnie. Izba nie zauważyła żadnej kolizji prawnej pomiędzy ww. przepisami ustawy Pzp a przepisem art. 6d ust.1 ucpg. Przepis ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dotyczy ogłaszania postępowań na

odbiór i i odbiór i zagospodarowanie odpadów, natomiast w żaden sposób nie stanowi o możliwości wyłączenia stosowania ustawy Pzp. Zgodnie z komentarzem do art. 6d – Jezierska-Markocka/Markocki - Legalis C.H.Beck zagospodarowanie odpadów może odbywać się we własnych instalacjach gminnych, w instalacjach będących przedmiotem partnerstwa publiczno- prawnego lub może zostać powierzone w drodze zamówienia publicznego. Żaden z ww. stanów faktycznych nie dotyczy sytuacji wytworzonej przez zamawiającego.

Izba nie znajduje jakichkolwiek podstaw prawnych do przyjęcia stanowiska zamawiającego, że Gminy w ramach Porozumienia mogą wyłączyć w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych wytworzonych w Gminie przepisy ustawy Pzp i przekazać innej Gminie te zadania, jako jej zadanie własne w trybie bezprzetargowym, cyt.: *Poza zakresem tego przepisu (przyt. Art. 6d ucp) pozostaje „zagospodarowanie” odpadów o ile nie jest powiązane w usługę kompleksową - odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.* Niezasadne jest stanowisko zamawiającego podane w odpowiedzi na odwołanie, że *żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie ustanawia obowiązku udzielenie zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych w trybie przetargu.*

Zauważyć należy, że takie przekazanie zagospodarowania odpadów Gminie Legnica jest niewątpliwie korzystne dla tej Gminy, stanowi element biznesowy dla LPGK sp. z o.o. Nadto to Gmina Legnica sama ustala komu zleci zagospodarowywanie odpadów odebranych z Gminy Ruja, sama ustala stawkę wynagrodzenia za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych danego rodzaju, cyt: *Legnica samodzielnie dokona wyboru sposobów realizacji przyjętych na siebie zadań zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a Gmina Ruja nie będzie uprawniona do ich wiążącego zatwierdzania lub kwestionowania.* Tak więc jest to niewątpliwie Porozumienie zawarte w celach biznesowych.

Zamawiający w swoim stanowisku wskazywał na zgodność ustalonego sposobu zagospodarowania odpadów z przepisami Dyrektywy 2004/18/WE wskazując na przykładowy wyrok wydany przez TUE z dnia 18 czerwca 2020 roku złożony przez Korkein hallinto-oikeus - Finlandia) - postępowanie wszczęte przez Porin kaupunki (Sprawa C-328/19).

Izba dokonując analizy treści tego orzeczenia zwraca uwagę na fakt, iż sprawa dotyczyła nie zagospodarowania odpadów komunalnych, ale zwarcia porozumienia między Gminami na zorganizowanie transportu autobusami niskopodłogowymi dla osób niepełnosprawnych zamieszkujących gminy ustalające treść Porozumienia. Tak, więc stan faktyczny spraw jest zupełnie inny od przedmiotowego postępowania. Jednakże odnosząc się do wywodzonych przez zamawiającego wniosków w tym zakresie wskazać należy, że zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielane zgodnie z zasadami określonymi w artykule 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. L 2007 z 3.12.2007.). Jednakże zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych określone w dyrektywach 2004/17/WE lub 2004/18/WE w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego, są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, o ile takie zamówienia nie są udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach. Przedmiotowe Porozumienie zostało zawarte w myśl fińskiego prawa zamówień publicznych – ustawa nr 348/2007 z dnia 30 marca 2007 r., która transponuje dyrektywę 2004/18, i stanowi, że *ustawa ta nie ma zastosowania do zamówień, których podmiot zamawiający udziela podmiotowi odrębnemu od niego pod względem formalnym, niezależnemu od niego pod względem decyzyjnym, jeżeli sprawuje on nad nim, samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami zamawiającymi, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje on nad swoimi służbami, a ten odrębny podmiot wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych kontrolujących go podmiotów zamawiających.*

Wydając przedmiotowe orzeczenie TUE w motywie 70 wskazał, że w następstwie przekazania kompetencji w rozumieniu art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z jego wykładnią dokonaną w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), wymóg sprawowania kontroli nad podmiotem in house przez instytucję zamawiającą, której przekazano kompetencje, oraz przez pozostałe instytucje zamawiające, które zrzekły się wykonywania rozpatrywanych kompetencji, aby miał zastosowanie, wystarczy stwierdzić, że tzw. model gminy odpowiedzialnej' umożliwia gminom będącym stronami porozumienia opartego na tym modelu, pomimo faktu, że nie mają one udziałów w kapitale podmiotu in house, wywierać, podobnie jak gmina odpowiedzialna, decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i ważne decyzje podmiotu będącego wykonawcą zamówienia, a tym samym sprawować nad nim skuteczną, strukturalną i funkcjonalną kontrolę (zob. analogicznie wyroki: z dnia 13 października 2005 r., Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 65; z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 36; z dnia 29 listopada 2012 r., Econord, C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 27; z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 26).

Tak, więc istnieje możliwość udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi poza tą ustawą, jeżeli sprawuje on nad tym podmiotem, samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami zamawiającymi, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje on nad swoimi służbami. Taki stan faktyczny był podstawą do przyjęcia stanowiska Trybunału w wskazywanym orzeczeniu, na które na str. 8 odpowiedzi na odwołanie powoływał się zamawiający.

Jak widać jest to sytuacja zupełnie inna od sytuacji, jaka ma miejsce w Porozumieniu pomiędzy Gminami Ruja i Legnica, gdyż Gmina Ruja nie ma żadnego wpływu na kontrolę nad działalnością nad LPGK sp. z o.o. nie mówiąc już o tym, że taka kontrola nie odpowiada zakresowi jaką sprawuje Gmina Legnica. Zgodnie z ww. orzeczeniami Trybunału ma to być kontrola *analogiczna do tej, jaką sprawuje on nad swoimi służbami*. Nadto jak wynika z treści Porozumienia to Gmina Legnica ustala stawki wynagrodzenia dla LPGK sp. z o.o. i stawki te Gmina Ruja winna zaakceptować. Nie jest wiadomym, czy ustalane stawki za zagospodarowanie odpadów mają wprost odniesienie do kosztu ich zagospodarowania, czy też do całości działalności spółki, która na niektórych działalnościach może ponosić straty, co może zwiększać cenę za zagospodarowanie odpadów. Jak wynika ze strony internetowej LPGK sp. z o.o. prowadzi oprócz zagospodarowania odpadów 7 innych rodzajów działalności.

W przedmiotowym postępowaniu wydawanie środków publicznych pozostaje poza jakimkolwiek trybem rynkowym, gdyż Gmina Legnica ustalając stawki za zagospodarowanie odpadów jest w tym zakresie samodzielna, a realizacja usługi następuje w trybie in house dla własnego podmiotu w którym ma 100% udziałów.

Przechodząc do argumentacji zamawiającego, który stwierdził, że powoływanie się odwołującego na wynik kontroli Prezesa UZP oraz Uchwałę KIO o sygn. KIO-KD 41/18 nie może być odniesieniem w sprawie, gdyż dotyczyły one udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych. Twierdzenia zamawiającego nie polegają na prawdzie, gdyż jak wynika z treści stanu faktycznego przywołanego w opinii „*Wójt Gminy R. zawarł – bez stosowania przepisów ustawy Pzp – z wykonawcą (...)prowadzącym instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w m. G., posiadającą status regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, umowę nr 6/ZUK.ZO/2016, której przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów komunalnych. Zgodnie z § 2 ust. 1 ww. umowy Zamawiający zobowiązał się do dostarczania wykonawcy odpady do zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych i do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadów, a wykonawca zobowiązał się do zagospodarowania przekazanych mu odpadów*”.

Przywołując tezy z Uchwały KIO –KD 41-18 wskazać należy, że w sytuacji, gdy realizacja zadań zostaje przekazana podmiotowi niezależnemu organizacyjnie, gospodarczo i majątkowo od gminy, wówczas odbywa się to na zasadach ogólnych z wykorzystaniem cywilnoprawnej umowy, która jest podstawą powierzenia wykonywania gminnych zadań. Z treści art. 3 ust. 1 u.g.k. wynika, że wtedy konieczne jest uwzględnienie przepisów o finansach publicznych i przepisów o zamówieniach publicznych.

Nadto podkreślić należy, że nieuprawnione jest wnioskowanie z przepisów ucpg o braku obowiązku stosowania ustawy Pzp do umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Jakkolwiek ustawa ta w art. 6d ust. 1 nie wymienia samodzielnego postępowania na zagospodarowanie odpadów to jednak nie sposób twierdzić, że przepis ten przesądza o wyłączeniu spod reżimu zamówień publicznych odpłatnych umów, których przedmiotem jest samo zagospodarowanie odpadów.

Uznać należy, że w przedmiotowej sprawie wobec zamawiającego nie zostały spełnione przesłanki tzw. zamówienia in-house. Zauważenia wymaga, że w ustawie Pzp istnieją możliwości udzielenia – zlecenia zadania własnego innej Gminie w trybie i na zasadach określonych chociażby w art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp.

Wskazać należy, że podobny do przedmiotowego był stan faktyczny w sprawie zakończonej orzeczeniem z dnia 26 sierpnia 2021 roku Sygn. akt: KIO 1987/21 w którym Izba uznała, że *to nie ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach decyduje o zakresie przedmiotowym i podmiotowym stosowania ustawy Pzp. Ustawa Pzp zawiera samodzielny katalog określający, jakie podmioty i w jakiej sytuacji zobowiązane są do jej stosowania. Jeżeli spełnione są przesłanki podmiotowe, a jak wiadomo Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, i przesłanki przedmiotowe – czyli mamy do czynienia ze świadczeniem wypełniającym definicję usługi według ustawy Pzp i przekroczony został próg finansowy do stosowania regulacji, to obowiązkiem danego podmiotu jest zastosować regulacje ustawy Pzp. (...) Art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie należy traktować, jako przepisu wyłączającego możliwość stosowania reguł ogólnych ustawy Pzp w odniesieniu do innych usług niż odbiór bądź też odbiór i zagospodarowanie.*

Jednocześnie Izba na marginesie rozpatrywanej sprawy wskazuje, że niezależnie od nieprawidłowości postępowania zamawiającego to jednak wskazać należy także na ewentualne naruszenie przepisu art. 28 Pzp, gdyż do wartości szacowania należy przyjąć całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy.

Reasumując powyższe podkreślić należy, że Izba uznała iż brak jest możliwości tzw. „uzdrowienia” postępowania poprzez nakazanie zmian treści SWZ. Nadto błąd w szacowaniu wartości skutkuje tym, że przy prawidłowym przyjęciu wartości postępowanie staje się postępowaniem unijnym i winno być ogłoszone w DUUE.

Ponadto podkreślić należy, że udzielenie zamówienia na zagospodarowanie odpadów w trybie Porozumienia narusza zasady równego traktowania wykonawców. W sposób niemalże całkowity wyłącza udzielenie zamówienia na zasadach rynkowych. Argumentacja podniesiona przez zamawiającego to nic innego jak próba przy pomocy gry słów, stworzyć wrażenie, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 6d zawiera wyłączenie stosowania ustawy Pzp na zagospodarowanie odpadów. Zamawiający dopuścił się mogącego mieć wpływ na wynik postępowania naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wyłączenie stosowania ustawy Pzp na zagospodarowanie odpadów

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: