

Sygn. akt: KIO 347/21

WYROK
z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis Karpatia Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sędziszów Małopolski**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DEZAKO Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy, Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DEZAKO Sp., Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych, Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Sędziszów Małopolski i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) 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

Zamawiający – Gmina Sędziszów Małopolski – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych gminy Sędziszów Małopolski w 2021 r.* Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 września 2020 r. pod numerem 2020/S 190-459256.

W dniu 1 lutego 2021 r. wykonawca FB Serwis Karpatia Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty Konsorcjum: DEZAKO Sp. z o.o., Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie oraz Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., zaniechania odrzucenia tej oferty oraz zaniechanie wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania, a także wobec zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie skazania członków organu zarządzającego i nadzorczego Gminy Ostrów za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 9 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DEZAKO, mimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została złożona m.in. przez Gminę Ostrów, która nie może prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania użyteczności publicznej w inny sposób, aniżeli poprzez utworzenie czy przystąpienie do spółki prawa handlowego, przy czym oferta złożona przez Gminę Ostrów w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez inną gminę stanowi przejaw działalności wykraczającej poza zadania użyteczności publicznej i tym samym jako sprzeczna z przepisami o samorządzie gminnym i działalności komunalnej musi być uznana za nieważną;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz w zw. z art. 85 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DEZAKO, mimo że jest ona niezgodna z ustawą, gdyż została złożona m.in. przez Gminę Ostrów, a złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia może spowodować po stronie Konsorcjum (a więc również Gminy Ostrów)

zobowiązań pieniężnych, oferta nie została opatrzona kontrasygnatą skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu), co oznacza, że oferta od początku pozbawiona była waloru stanowczości, a Gmina Ostrów w każdym czasie mogła się wycofać ze zobowiązań wynikających ze złożenia oferty w wypadku niepotwierdzenia czynności złożenia tej gminy, a tym samym oferta Konsorcjum, jako tzw. „czynność kulejąca”, od chwili jej złożenia nie miała charakteru wiążącego;

- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DEZAKO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, mimo że Konsorcjum nie przedstawiło dokumentów potwierdzających brak skazania urzędujących członków organu zarządzającego i nadzorczego Gminy Ostrów, tj. wójta Gminy Ostrów oraz radnych (członków rady gminy), względnie Prezesa Rady Ministrów oraz wojewody podkarpackiego, a jedynie poprzestało na przedłożeniu dokumentu potwierdzającego brak skazania pełnomocnika (umocowanego pełnomocnictwem podpisanym przez wójta gminy).

Ad 1

Odwołujący podniósł, że jednym z podmiotów, które w ramach Konsorcjum DEZAKO złożyły wspólną ofertę, jest Gmina Ostrów. Jakkolwiek w postępowaniu wykonawca ten określił się jako Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, to zdaniem Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że podmiotem składającym wspólną ofertę jest w tym przypadku bezpośrednio gmina. Z dokumentów przedstawionych na wezwanie Zamawiającego wynika bowiem, że Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie jest jednostką budżetową gminy – formą organizacyjną wewnątrz struktury gminy, działającą na mocy uchwały nr XXXV/279/09 Rady Gminy w Ostrowie z 21 października 2009 r. w sprawie przekształcenia zakładu budżetowego Zakładu Usług Komunalnych w Ostrowie w jednostkę organizacyjną pn. Zakład Usług Komunalnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jednostkami budżetowymi są jednostki sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. W ocenie Odwołującego brak osobowości prawnej jednostki budżetowej oznacza, że wszelkie działania dokonywane w ramach ww. jednostki są działaniami gminy, skutkującymi bezpośrednimi skutkami w sferze praw i obowiązków gminy. Jednostki budżetowe gminy działają bowiem w ramach osobowości prawnej gminy, a to przesądza o odpowiedzialności

za zobowiązania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 15 września 2009 r. sygn. akt II UK 416/08, podobnie w uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 marca 2014 r. sygn. akt II GSK 80/13, w którym NSA dodatkowo stwierdził, że powyższe stanowisko odnosi się nie tylko do jednostek budżetowych, ale również do gminnych zakładów budżetowych).

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie wystąpiła sytuacja, w której w postępowaniu prowadzonym przez jedną jednostkę samorządu terytorialnego (Gminę Sędziszów Małopolski) ofertą złożyła inna gmina jak wykonawca oferujący swoje usługi ww. gminie. Zdaniem Odwołującego taka sytuacja pozostaje w oczywistej sprzeczności z obowiązującymi przepisami, tj. w szczególności z art. 9 ust. 2 i 4 ustawy o samorządzie gminnym. Odwołujący stwierdził, że z ww. przepisów wynika jednoznacznie, że gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie. Istotne jest zatem po pierwsze, czy działalność związana z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z innej gminy stanowi zadanie o charakterze użyteczności publicznej, a nadto, czy taka działalność gminy została dopuszczona jakimikolwiek odrębnymi przepisami. W ocenie Odwołującego na oba te pytania należy odpowiedzieć przecząco. Zgodnie z definicją zapisaną w art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym, zadaniami użyteczności publicznej w rozumieniu tej ustawy są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zadania własne, zgodnie z przywołanym art. 7 ust. 1 ustawy dotyczą zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty – a więc tej wspólnoty, którą zgodnie z postanowieniem art. 1 ust. 1 ustawy tworzą mieszkańcy danej gminy. Tezę tę potwierdza również brzmienie art. 166 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w myśl którego zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne.

Odwołujący podniósł, że Trybunał Konstytucyjny wprowadził ogólną dyrektywę dla ustawodawcy, aby przypisywał samorządowi terytorialnemu jako własne takie zadania, które mają charakter publiczny oraz wiążą się z zaspokajaniem potrzeb mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego, a ponadto mogą być realizowane w obrębie właściwości miejscowej jednostki samorządu terytorialnego. (J. Oniszczyk, Samorząd terytorialny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2002, s. 279–281). Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 lipca 2006 r. sygn. akt K 30/04: *Tym zatem, co odróżniać ma zadania własne – nawet jeśli ich wykonywanie ma charakter obligatoryjny – od zadań zleconych, jest przede wszystkim ich lokalny charakter.*

Identyfikacja potrzeb zbiorowych jako potrzeb lokalnych ma swe odniesienie zarówno indywidualne, gdy chodzi o potrzeby tylko tej danej jednostki samorządowej (np. szczególnego rodzaju zadania kulturalne, związane z historią danej wspólnoty), jak i kategorialne, a więc odnoszące się do potrzeb zbiorowych uznawanych powszechnie za takie, które wymagają zaspokojenia przez wszystkie samorządy, np. potrzeby z zakresu lokalnej komunikacji zbiorowej, oświaty, gospodarki komunalnej (...). Zdaniem Odwoływającego, z całą pewnością nie jest zadaniem jakiejkolwiek gminy zaspokajanie potrzeb innej gminy – co skutkuje koniecznością uznania, że oferowanie odpłatnych i komercyjnych usług przez gminę dla mieszkańców innej gminy w sferze zadań o charakterze użyteczności publicznej się nie mieści.

Z ostrożności Odwoływający wskazał, że nie może być uznane za wykonywanie przez gminę zadania własnego prowadzenie działalności zarobkowej, w ramach której pozyskiwane byłyby środki (fundusze) służące później zaspokajaniu potrzeb zbiorowych gminy (realizacji zadań własnych). Stanowisko takie wyraźnie zostało zakwestionowane w orzecznictwie. Tytułem przykładu Odwoływający powołał się na uzasadnienie wyroku Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 8 września 2011 r. sygn. akt I SA/OI 458/11, gdzie wskazano:

(...) W ocenie Sądu taki sposób rozumowania w zasadzie może usprawiedliwić jakąkolwiek działalność gminy nastawioną na zysk, skoro ten zysk ma być przeznaczony na cele służące społeczności lokalnej. Koncepcji tej nie sposób pogodzić z brzmieniem art. 6 ust. 1 o samorządzie gminnym, który do zakresu działania gminy zalicza wszystkie sprawy o charakterze publicznym o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów. Z faktu, iż art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym stwierdza, że zaspokajanie potrzeb zbiorowych wspólnoty należy do zadań własnych gminy i wymienia "w szczególności" określone zadania, przez co katalog tych zadań ma charakter otwarty, nie można wywodzić, że uzupełnienie tego katalogu również o inne, niewymienione w nim szczegółowo zadania, może być dowolne. Uzupełnienie to zawsze limitowane będzie poprzez kryterium, jakim jest cel działania określony w ustawie o samorządzie gminnym tj. zaspokojenie potrzeb zbiorowych wspólnoty. Ustawa o samorządzie gminnym nie formułuje takiego zadania, jakim miałyby być pozyskiwanie jak największej ilości środków finansowych, aby w konsekwencji jak największa ilość zbiorowych potrzeb mogła być zaspokojona. Jest dosyć oczywiste, że pozyskiwanie środków jest najskuteczniejsze przez prowadzenie szeroko zakrojonej działalności gospodarczej. Jednakże art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym stanowi, że gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie. Pogląd skarżącej zakłada natomiast

istnienie nieprzewidzianego ustawą o samorządzie gminnym zadania (będącego w istocie sposobem realizacji zadań), jakim jest pozyskiwanie środków na te zadania, podczas gdy ustawa określa jedynie formy jakimi gmina może się posłużyć przy realizacji tych zadań. Takie uregulowanie ma swe uzasadnienie w szerszych podstawach, mających charakter ustrojowy. Przy wyborze sposobu realizacji zadań (własna jednostka organizacyjna czy zlecenie innemu podmiotowi) gmina musi uwzględnić wiele czynników jakimi są: stan rynku gospodarczego i podaży usług w rejonie, którym gmina jest położona, zainteresowanie przedsiębiorców podejmowaniem działalności gospodarczej na rzecz gminy, a także warunki i jakość świadczonych przez nich usług, możliwości pozyskania partnerów do prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę, rozmiar i rodzaj środków trwałych wymagających zaangażowania w związku z utworzeniem gminnej jednostki organizacyjnej, techniczne i kadrowe możliwości utworzenia takiej jednostki. Co do zasady gminy nie są w powołane do prowadzenia działalności gospodarczej. Zagadnienie działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego, także w ustawie o samorządzie gminnym, unormowano przy uwzględnieniu zasady subsydiarności, w myśl której każda wspólnota samorządowa powinna angażować się w realizację określonych przedsięwzięć wtedy i tylko o tyle, gdy i o ile nie mogą ich z sukcesem zrealizować sami obywatele lub wspólnoty niższego rzędu.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy o samorządzie gminnym przewidują inne właściwe ramy współpracy gmin przy realizacji ich zadań własnych – do prawnie dopuszczonych w tym zakresie form współpracy należą w szczególności związki i porozumienia międzygminne (art. 64-74 ustawy), nie zaś wzajemne ubieganie się o zamówienia publiczne.

Odwołujący podniósł, że w aktualnym porządku prawnym brak jest przepisów zezwalających gminie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru i gospodarowania odpadami na rzecz innej gminy. Wskazał, że dopuszczalne formy prowadzenia działalności przez gminę określa ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. W art. 10 ust. 1 i 2 wskazuje ona, że poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich i to wyłącznie w przypadku spełnienia dodatkowych warunków. A contrario przyjęć zatem należy, że gmina nie może prowadzić działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej w innych formach, w szczególności działając bezpośrednio, przy pomocy swych organów czy też poprzez utworzone wewnątrz swej struktury jednostki budżetowe. Jak się wskazuje w orzecznictwie: (...) *zakaz działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej w istocie skierowany jest do gminy. Gmina nie może prowadzić zakazanej działalności nie tylko w ramach własnej osobowości prawnej (jednostki i zakłady budżetowe), bądź poprzez własne przedsiębiorstwa, dla których jest organem założycielskim, ale również*

poprzez spółki prawa handlowego i to bez względu na rozmiary zaangażowania kapitałowego w takich spółkach (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 6 października 1994 r. sygn. akt SA/Gd 665/94), zaś Jednoznaczne ograniczenie zawarte w art. 9 ust. 2 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym uniemożliwia gminie prowadzenie działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Skoro ustawa o samorządzie terytorialnym z dnia 8 marca 1990 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 16, poz. 95 z późn. zm.) w art. 7 ust. 1 stanowi, że zaspokojenie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań gminy i jednocześnie w 16 punktach przykładowo zadania te wymienia, to nie ulega wątpliwości, że jednoznaczne ograniczenie zawarte w art. 9 ust. 2 ustawy uniemożliwia gminie prowadzenie działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej (uzasadnienie wyroku NSA w Warszawie z 19 października 1994 r. sygn. akt II SA 1002/94).

Odwołujący powołał się również na stanowisko wyrażone w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 6 grudnia 2000 r. w sprawie o sygn. akt., I SA/Gd 1997/99, gdzie podkreśla się, że o ile pożądana, a przynajmniej dopuszczalna jest działalność gmin ukierunkowana na potrzeby społeczne i użyteczność publiczną (konieczność pozyskania środków finansowych niezbędnych na realizację zadań), o tyle czysta działalność komercyjna gmin może w konsekwencji doprowadzić do zmonopolizowania niektórych rodzajów działalności przez gminę i odwracać jej uwagę od rzeczywistych potrzeb społecznych. Specyfika gminy, jako podmiotu gospodarującego środkami publicznymi, powoduje też, że w ostateczności o skali działalności gospodarczej gmin decydują ich cechy ustrojowe, prawnie ustalone źródła ich dochodów oraz zasady komunalnej gospodarki finansowej, które jednoznacznie wykluczają możliwość przekształcenia gmin w podmioty, których głównym lub jednym z wielu celów byłoby prowadzenie działalności gospodarczej obliczonej na osiągnięcie zysków. Wprowadzenie zatem przez ustawodawcę restrykcji w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy, poprzez określenie w szczególności ram prawnych w jakich może się ona odbywać, jest zdeterminowane właśnie tym, że celem i sensem istnienia samorządu terytorialnego są określone względy publiczne. Prowadzenie działalności gospodarczej nie może przesłaniać celów publicznych i nadmiernie absorbować aktywności gmin, przy czym nie bez znaczenia jest fakt, że określone zadania publiczne ciążące na gminach związane są z organizowaniem i tworzeniem warunków dla działalności gospodarczej prowadzonej przez inne podmioty.

Odwołujący podniósł, że Gmina Ostrów, składając ofertę w postępowaniu, podjęła się działalności wykraczającej poza jej zadania własne – usługi stanowiące przedmiot zamówienia (odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych), miałyby w istocie być usługami o charakterze komercyjnym, które przyniosą Gminie Ostrów określony zysk

(podobnie jak pozostałym konsorcjantom), które miałyby prowadzić do zaspokojenia potrzeb zupełnie innej społeczności lokalnej (Gminy Sędziszów Małopolski) – w odniesieniu do której Gmina Ostrów zadań własnych nie wykonuje. Tym samym, złożenie oferty przez Gminę Ostrów wspólnie z innymi podmiotami było sprzeczne z prawem (art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym), a zatem oferta na mocy art. 58 § 1 Kc winna być uznana za nieważną i tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że do analogicznych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie KIO/UZP 1313/09, uznając, że *nie jest możliwe uczestnictwo zakładu budżetowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanego przez inną jednostkę sektora finansów publicznych. W takim bowiem przypadku zakład budżetowy nie realizowałby zadań określonych w ustawie o gospodarce komunalnej, do jakich został powołany.* W konsekwencji Izba uznała za zasadne odrzucenie oferty złożonej przez zakład budżetowy gminy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jakkolwiek wyrok ten dotyczył działalności gminy prowadzonej w formie zakładu budżetowego, to jednak z uwagi na tożsamość regulacji dotyczącej zakazu prowadzenia działalności poza sferą użyteczności publicznej, stanowisko wyrażone przez Izbę znajduje zastosowanie również do sytuacji, w której gmina ubiega się o zamówienie publiczne prowadząc działalność w formie jednostki budżetowej.

Ad 2

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum DEZAKO nie została opatrzona kontrasygnatą skarbnika Gminy Ostrów. Została ona złożona przez Lidera Konsorcjum (DEZAKO Sp. z o.o.) w oparciu o pełnomocnictwo podpisane m.in. przez wójta Gminy Ostrów, pana Grzegorza Ożóga, które również nie zostało opatrzone kontrasygnatą skarbnika (głównego księgowego budżetu) ani osoby przez niego upoważnionej. Tymczasem zgodnie z art. 46 ustawy o samorządzie gminnym oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. Stosownie jednak do art. 46 ust. 3 ww. ustawy, jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. Odwołujący podkreślił, dla powstania obowiązku uzyskania kontrasygnaty w myśl przywołanego przepisu nie jest konieczne, aby czynność prawna powodowała powstanie zobowiązań pieniężnych – wystarczająca w tym zakresie jest sama możliwość spowodowania powstania takich zobowiązań. Jak zwrócono uwagę w wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z 22 lipca 2011 r. (sygn. I C 39/11, LEX nr 1713912), czynność

prawna wymagająca kontrasygnaty nie musi rodzić zobowiązania pieniężnego już z chwilą jej zawarcia. Kontrasygnata jest wymagana także wtedy, gdy dana czynność może doprowadzić do powstania takiego zobowiązania w przyszłości. Oznacza to, że wymóg kontrasygnaty dotyczy zarówno umów przedwstępnych, jak i umów, których skutkiem niewykonania zobowiązania niepieniężnego może być powstanie zobowiązania pieniężnego, np. w postaci zapłaty kary umownej (por. A. Szewc, komentarz do art. 46 w: Jyż Gabriela, Pławecki Zbigniew, Szewc Andrzej, Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym, ABC 2010 r.).

Zdaniem Odwołującego złożenie przez Konsorcjum DEZAKO oferty jest niewątpliwie czynnością, która może skutkować powstaniem po stronie Konsorcjum zobowiązania pieniężnego. Po pierwsze bowiem, na uczestnikach Konsorcjum z racji złożenia oferty ciąży solidarny obowiązek wniesienia wadium, a w razie niewykonania obowiązków określonych art. 46 4a i 5 ustawy Pzp z przyczyn spowodowanych przez Gminę Ostrów, zamawiający będzie mógł zatrzymać wadium wniesione przez Konsorcjum – co zasadniczo wiązać się będzie z roszczeniami regresowymi wystawcy gwarancji bankowej oraz pozostałych uczestników Konsorcjum do Gminy o zwrot sumy pieniężnej odpowiadającej wysokości wadium. Ponadto wybór oferty Konsorcjum (który w stanie faktycznym sprawy nastąpił) powoduje obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy – które również może zostać wniesione w postaci pieniężnej. Odwołujący wskazał również, że stosunek prawny wynikający ze złożenia oferty implikuje po stronie Konsorcjum obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyrazem takiego obowiązku jest możliwość dochodzenia przed sądem powszechnym zawarcia umowy, która przysługuje zarówno zamawiającemu, jak i wykonawcy, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Tym samym, skoro złożenie oferty wiąże się z obowiązkiem podjęcia szeregu obowiązków o charakterze pieniężnym (związanych z wniesieniem lub zatrzymaniem wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy), a nadto wiąże się z obowiązkiem zawarcia umowy w sprawie zamówienia, która również szereg obowiązków o charakterze pieniężnym przewiduje (np. postanowień dotyczących kar umownych), to oferta musi być uznana za czynność, która może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych i tym samym dla swej skuteczności wymaga kontrasygnaty skarbnika gminy (lub osoby przez skarbnika upoważnionej). W sytuacji, gdy takiej kontrasygnaty brak jest w ofercie Konsorcjum ani gdy taka kontrasygnata (upoważnienie do jej wykonania) nie wynika z załączonego do oferty pełnomocnictwa, ofertę należy uznać za nieskuteczną – a więc co do zasady za niewiążącą.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w wyroku Sądu Najwyższego z 6 listopada 2014 r. (sygn. II CSK 28/14, LEX nr 1567463) kontrasygnata nie

jest oświadczeniem woli, gdyż takie oświadczenie w imieniu gminy składa jednoosobowo wójt albo upoważnione przez niego osoby. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że kontrasygnata stanowi oświadczenie wiedzy skarbnika co do stanu planu finansowego gminy (budżetu) i jest narzędziem dyscypliny budżetowej. Brak jej nie powoduje zatem nieważności oświadczenia woli, chyba że ustawa taką sankcję wyraźnie przewiduje, jak to ma miejsce w przypadku czynności prawnych wymienionych w art. 262 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 885), ale jedynie jej nieskuteczność. Wbrew przy tym pogładowi Sądu Okręgowego, skutkiem braku kontrasygnaty skarbnika nie jest stan bezskuteczności zawieszony, o jakiej mowa w art. 63 k.c. W piśmiennictwie trafnie podnosi się bowiem, że przeciwko takiej kwalifikacji przemawia nie tylko to, że skarbnik nie jest organem gminy, a tym bardziej organem osoby trzeciej, od zgody której uzależniona jest skuteczność złożonego przez stronę oświadczenia woli, ale przede wszystkim to, że organ gminy, czyli wójt może na podstawie art. 46 ust. 4 u.s.g. wymusić złożenie kontrasygnaty przez skarbnika. W rezultacie można tu mówić jedynie o analogii do sytuacji prawnej charakteryzującej bezskuteczność zawieszoną, a więc o bezskuteczności *sui generis*. Brak kontrasygnaty nie oznacza nieważności czynności prawnej, tylko pozbawia ją skuteczności (*negotium claudicans*) umożliwiając późniejszą konwalidację poprzez udzielenie kontrasygnaty (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1995 r., I CRN 187/94, z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 608/98, OSNC 2000 Nr 9, poz. 172, z dnia 15 grudnia 1999 r., I CKN 304/98). Zachodzi zatem sytuacja analogiczna do bezskuteczności zawieszony, która polega na tymczasowym wstrzymaniu następstw dokonanej czynności prawnej do momentu nadejścia określonego zdarzenia. Odmowa kontrasygnaty powoduje, że skutek prawny danej czynności prawnej w ogóle nie powstaje (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2020 r. sygn. akt III CSK 347/17). Tym niemniej, jak zauważył Sąd Apelacyjny w Białymstoku w uzasadnieniu wyroku z 29 października 2008 r. sygn. akt I ACa 349/08, umowa pozbawiona wymaganej w art. 46 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym kontrasygnaty skarbnika jest bezskuteczna i jako taka nie powoduje powstania jakichkolwiek uprawnień i odpowiadających im obowiązków stron.

Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają takiej sytuacji, w której wykonawca składający ofertę nie jest nią związany w oznaczonym przez Zamawiającego terminie. Tymczasem w przypadku, w którym skuteczność oferty jest uzależniona od podjęcia przez wykonawcę (jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) dodatkowych czynności, oznacza *de facto* brak związania tą ofertą. Wykonawca może w takiej sytuacji w każdym przypadku odmówić dokonania czynności warunkującej skuteczność (dojście do skutku) złożonej oferty, a tym samym wycofać się z postępowania lub odmówić podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie bez

ponoszenia ryzyka zatrzymania wadium. W istocie taki wykonawca swoją ofertą nie jest związany – skoro skuteczność złożonej przez niego oferty miałyby być uzależniona od jego własnej woli i czynności, których mógłby, lecz nie musiał dokonać już po złożeniu oferty (i tym samym po zapoznaniu się z warunkami ofert swoich konkurentów). Sytuacja taka pozostaje w sprzeczności z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis bezwzględnie wymaga, aby wykonawca pozostawał związany swoją ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto sytuacja, w której określony wykonawca – z racji tego, że jest gminą podlegającą pod przepisy ustawy o samorządzie gminnym – mógłby przez swojego skarbnika decydować o skuteczności złożonej oferty, skutkowałaby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, stawiłaby go bowiem w uprzywilejowanej sytuacji względem innych wykonawców, którzy swymi ofertami są bezwzględnie związani.

Zdaniem Odwołującego, w tych okolicznościach oferta Konsorcjum DEZAKO jako niezgodna z art. 85 ust. 1 oraz z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona.

Ad 3

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum DEZAKO nie wykazało, aby w odniesieniu do jednego z jego konsorcjantów (Gminy Ostrów) nie zachodziła przesłanka wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenia spełnienia ww. przesłanki Konsorcjum przedstawiło zaświadczenie o niekaralności dotyczące Pana M. G. – osoby zajmującej stanowisko Kierownika Zakładu Usług Komunalnych, której Wójt Gminy Ostrów – Pan Grzegorz Ożóg udzielił pełnomocnictwa rodzajowego. Innymi słowy Konsorcjum przedstawiło zaświadczenie o niekaralności nie dla członka organu gminy czy prokurenta, lecz dla pełnomocnika. Tymczasem zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym wójt jest organem wykonawczym gminy. Zgodnie zaś z art. 31 ww. ustawy wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz. Pełni on zatem tożsamą funkcję, jaką pełni zarząd w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 201 § 1 KSH, zgodnie z którym zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę), czy w spółce akcyjnej (art. 368 § 1 KSH – zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę). Oznacza to, że w gminie to wójt (nie zaś jakikolwiek pełnomocnik) pełni funkcję organu zarządzającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Z kolei funkcje kontrolne w gminie pełni rada gminy (rada miejska), która zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym jest organem stanowiącym i kontrolnym w gminie. Winna ona być zatem uznana za organ nadzorczy gminy w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 86 ustawy o samorządzie gminnym, organami nadzoru nad działalnością gminy są Prezes Rady

Ministrów i wojewoda, a w zakresie spraw finansowych – regionalna izba obrachunkowa. Wobec jednoznacznej treści ww. przepisu ww. organy należy uznać za organy nadzorcze gminy.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby uznać, że Gmina Ostrów mogła się ubiegać o zamówienia publiczne udzielane przez inną gminę, to w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia jej z postępowania winna była przedstawić dokumenty potwierdzające brak skazania członków wszystkich jej organów: zarządzającego i nadzorczych, a więc wójta gminy, radnych, Prezesa Rady Ministrów, wojewody podkarpackiego oraz wszystkich członków regionalnej izby obrachunkowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum DEZAKO oraz wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania, a na wypadek nieuwzględnienia ww. wniosków – nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum DEZAKO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania z uwagi na skazanie członków organu zarządzającego i nadzorującego Gminy Ostrów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych Gminy Sędziszów Małopolski, w 2021 r. (pkt IV.1 SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

- oferta nr 1 złożona przez FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie,
- oferta nr 2 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - 1) DEZAKO Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy,
 - 2) Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie,
 - 3) Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie.

Oferta nr 2 została podpisana przez prezesa zarządu i członka zarządu spółki DEZAKO, umocowanej do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Do oferty załączono m.in. pełnomocnictwo dla spółki DAZEKO (lidera Konsorcjum) udzielone przez Gminę Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, reprezentowaną przez Wójta Gminy Ostrów, do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego i zawarcia umowy na wykonanie zadania pod nazwą: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych gminy Sędziszów Małopolski w 2021r.”

Do oferty załączono dokumenty JEDZ wszystkich członków Konsorcjum, w tym Gminy Ostrów – Zakładu Usług Komunalnych w Ostrowie. Jako przedstawiciel wykonawcy w tym dokumencie został wskazany pan Grzegorz Ożóg – Wójt Gminy Ostrów.

Pismem z 12 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum DEZAKO do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w tym informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum w odniesieniu do niekaralności organów Gminy Ostrów – Zakładu Usług Komunalnych w Ostrowie przedstawiło zaświadczenie z KRK dotyczące niekaralności pana M. G. – kierownika Zakładu Usług Komunalnych.

Pismem z 20 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum DAZEKO jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 1 lutego 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: DEZAKO Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy, Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie, które zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zasługuje na uwzględnienie. W związku z tym, że zarzuty nr 2 i 3, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie, miały charakter ewentualny, tj. zostały podniesione na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1, Izba – wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu głównego – odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutów ewentualnych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do art. 58 § 1 Kc, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

W ocenie Izby czynność złożenia oferty przez Przystępującego należy uznać – na podstawie art. 58 § 1 Kc – za nieważną, jest to bowiem czynności sprzeczną z ustawą.

Po pierwsze należy stwierdzić, że jednym z członków Konsorcjum, które złożyło ofertę, jest Gmina Ostrów. Wynika to z faktu, że Zakład Usług Komunalnych jest gminną jednostką budżetową (okolicznością niesporna), która nie tylko nie ma osobowości prawnej, ale też nie posiada żadnej samodzielności finansowej. Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 869 z późn. zm.), jednostkami budżetowymi są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 16 czerwca 2016 sygn. akt I FSK 1653/14, *jednostki budżetowe nie wykonują działalności we własnym imieniu, na własny rachunek i własną odpowiedzialność oraz nie ponoszą związanego z prowadzeniem działalności ryzyka gospodarczego*. Nie ulega więc wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie jednym z wykonawców ubiegających się

o udzielenie zamówienia była Gmina Ostrów, czemu zresztą ani Zamawiający ani Przystępujący nie zaprzeczali. Potwierdza to również treść złożonej oferty, w której członek Konsorcjum został oznaczony jako Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, a pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum zostało udzielone przez Wójta Gminy Ostrów, który został również wskazany w dokumencie JEDZ jako przedstawiciel wykonawcy.

Następnie wskazać należy, że nie ma znaczenia prawnego, czy oferta została złożona samodzielnie przez Gminę, czy też Gmina jest jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W obu przypadkach złożenie oferty należy ocenić tak samo, zauważenia wymaga bowiem, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia prawa i obowiązki z tym związane dotyczą każdego z członków konsorcjum. Z tego punktu widzenia bez znaczenia jest okoliczność, że oferta została podpisana przez lidera Konsorcjum, lider złożył bowiem ofertę jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 2 ustawy Pzp), tj. działał w imieniu i na rzecz m.in. Gminy Ostrów.

Wobec powyższego należało ustalić, czy Gmina Ostrów mogła złożyć ofertę na realizację zamówienia polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w innej gminie. Powyższa kwestia wymaga odpowiedzi na generalne pytanie, czy gmina może być wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. czy może na zasadach komercyjnych ubiegać się o udzielenie zamówienia i takie zamówienie realizować.

Po pierwsze, nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym rozstrzygnięcie tej kwestii leży poza kompetencjami Krajowej Izby Odwoławczej. Skoro jedną z przesłanek odrzucenia oferty jest jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów i zaniechanie takiego odrzucenia zarzuca Zamawiającemu Odwołujący, to oczywiste jest, że ocena tego zarzutu wymaga rozstrzygnięcia przez Izbę ważności złożonej oferty. Nie ma wątpliwości, że zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie może być przedmiotem zaskarżenia w postępowaniu odwoławczym, a tym samym orzeczenia Izby. Izba nie rozstrzyga zatem o ważności statutu Zakładu Usług Komunalnych (z którego to statutu wywodzona jest możliwość prowadzenia komercyjnej działalności na rzecz innych jednostek samorządu terytorialnego), ale o ważności złożonej oferty w konkretnym postępowaniu i w konkretnych okolicznościach faktycznych. Punktem wyjścia takiego rozstrzygnięcia musi być jednak odniesienie się do możliwości prowadzenia określonej działalności przez gminę w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Odnosząc się do powyższej kwestii przede wszystkim wskazać należy na art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, co oznacza, że każde działanie organu władzy, w tym jednostki

samorządu terytorialnego, musi mieć oparcie w obowiązującym prawie. Działanie na podstawie i w granicach prawa to działanie organu, który na podstawie przepisu prawa jest właściwy, i którego działanie oparte jest na przepisie prawa, który daje umocowanie do jego podjęcia (tak m.in. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 kwietnia 2020 r. II OSK 1042/19). Zatem podjęcie przez gminę określonych działań nie tylko nie może być zakazane, ale musiałaby istnieć wyraźna podstawa prawna na takie działania zezwalająca.

Prowadzenie przez gminę działalności gospodarczej podlega daleko idącym ograniczeniom ustawowym. Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. 2020 poz. 713 z późn. zm.), gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie. Jednocześnie przepis art. 9 ust. 4 ww. ustawy stanowi, że zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust.1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Odrębną ustawą, o której mowa w art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, określającą możliwość prowadzenia działalności gospodarczej, jest ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. 2019 poz. 712 z późn. zm.). Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy, określa ona zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Art. 1 ust. 2 tej ustawy stanowi, że gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Stosownie do art. 2 ww. ustawy, gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego.

W odniesieniu do realizacji zadań poza sferą użyteczności publicznej, ustawa o gospodarce komunalnej w art. 10 ust. 1 stanowi, że gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki:

- 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym;
- 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji

gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia.

Ponadto, zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również wówczas, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim winny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową.

Stosownie natomiast do art. 10 ust. 3 ww. ustawy, ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, o których mowa w ust. 1 i 2, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym prowadzących działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego na wynajem, w tym również związany z uprawnieniem do nabycia przez najemcę własności lokalu w przyszłości, oraz klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej

Z powyższych przepisów wynika wniosek, że działalność gospodarcza gminy obejmuje zadania o charakterze użyteczności publicznej, natomiast zadania wykraczające poza tę sferę mogą być wykonywane wyłącznie w formie spółek prawa handlowego, o ile spełnione zostaną warunki określone w art. 10 ust. 1-3 ustawy o gospodarce komunalnej.

Sama gmina zatem nie może prowadzić działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej. Celem działalności gminy w świetle przywołanych wyżej przepisów nie jest wypracowanie zysku, ale realizacja przypisanych jej jako jednostce samorządu terytorialnego zadań. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 30 listopada 1999 r. SA/Bk 1354/98 (niepubl.), w przypadku gmin chodzi nie tyle o zdobycie środków pieniężnych na realizację celów statutowych, ale o działanie w sferze użyteczności publicznej, a więc w celu zaspokojenia potrzeb społeczności lokalnej. Z kolei w wyroku z 9 stycznia 2003 r. (SA/Gd 1968/02, Legalis) Naczelny Sąd Administracyjny wyraził pogląd, że zasadnicza odmienność między gospodarką komunalną a działalnością gospodarczą polega przede wszystkim na tym, że gospodarka komunalna nie ma celu zarobkowego.

Realizacja zamówienia publicznego na rzecz innej gminy nie może być uznana za mieszczącą się w sferze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej, nie dotyczy bowiem zaspokajania zbiorowych potrzeb społeczności gminy świadczącej usługi. Realizacja takiego zamówienia

miałaby charakter wyłącznie komercyjny, skierowany na osiągnięcie zysku. Jakkolwiek zadania obejmujące sprawy wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych należą – zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym – do zadań własnych gminy, to chodzi tu wyłącznie o zadania realizowane na rzecz własnej wspólnoty samorządowej. Nie może być uznana za zadania użyteczności publicznej działalność nakierowana na zarobkowe świadczenie usług na rzecz innych podmiotów, w tym na rzecz innej jednostki samorządu terytorialnego.

Warto w tym miejscu wskazać na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 września 2003 r. II SA/Wr 1234/03 (OSS 2004, Nr 1, poz. 12), w którym wyrażono pogląd, że *działalność polegająca na odpłatnym świadczeniu, na podstawie odrębnych umów, podmiotom innym niż gmina, usług dotyczących zarządzania nieruchomościami nie wchodzi w zakres zadań własnych gminy wymienionych w art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. 2001 nr 142 poz. 1591 ze zm.), ma charakter komercyjny i jako taka wykracza poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Działalność tę należy odróżnić od administrowania nieruchomościami wspólnymi, prowadzonego na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. 2000 nr 80 poz. 903 ze zm.) stanowiącego, że w razie sukcesywnego wyodrębniania lokali przyjęty przez dotychczasowych współwłaścicieli sposób zarządu nieruchomością wspólną odnosi skutek także do każdego kolejnego nabywcy lokalu. Skoro gmina jest jednym ze współwłaścicieli nieruchomości wspólnej powstałej wskutek sukcesywnego wyodrębniania lokali mieszkalnych, to zarządzanie taką nieruchomością mieści się w zakresie zadań o charakterze użyteczności publicznej z tej to przyczyny, że wykonywane jest również i na rzecz gminy w zakresie jej własnych zadań w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Analogicznie więc, o ile świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w ramach danej gminy mieści się w zakresie zadań o charakterze użyteczności publicznej, to już komercyjne wykonywanie tych usług na rzecz innej gminy poza ten zakres wykracza.*

Za całkowicie chybione należy uznać stanowisko Przystępującego, który twierdził, że okoliczność, iż usługi objęte przedmiotem zamówienia mają być świadczone na rzecz innej jednostki samorządu terytorialnego, nie pozbawia tych usług cechy zadań użyteczności publicznej, gdyż ustawa o gospodarce komunalnej, definiując takie zadania nie wskazuje, że mają być one realizowane jedynie na rzecz własnej wspólnoty samorządowej. Odnosząc się do tego stanowiska wskazać należy, że zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminny zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust.1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Skoro więc zadaniami o charakterze

użyteczności publicznej są zadania własne gminy, to w sposób oczywisty muszą one odnosić się do zaspokajania potrzeb ludności tej właśnie, a nie innej gminy czy też jednostki samorządowej innego szczebla. Natomiast ustawa o gospodarce komunalnej określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej (art. 1 ust. 1 tej ustawy). W świetle powyższych przepisów nie może być wątpliwości, że gmina może wykonywać zadania użyteczności publicznej na rzecz własnej wspólnoty samorządowej, a zadania świadczone na rzecz innych podmiotów – nawet jeśli pod względem rodzajowym mogłyby się mieścić w katalogu zadań użyteczności publicznej – wykraczają poza dozwoloną sferę działalności gospodarczej gminy. Chybiona jest zatem argumentacja Przystępującego, zgodnie z którą skoro możliwe jest świadczenie usług przez Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie na rzecz przedsiębiorców działających na terenie gminy Ostrów, to tym bardziej nie ma przeszkód do świadczenia usług odbioru odpadów na terytorium innych gmin. Aspekt terytorialny ma bowiem znaczenie dla możliwości uznania określonej działalności za realizację przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej. Tym samym nie mogą przesądzać o niezasadności zarzutu odwołania przedstawione przez Przystępującego dowody w postaci umów zawartych przez Gminę Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie z przedsiębiorcami z terenu Gminy Ostrów.

Za nietrafną Izba uznała argumentację Przystępującego, że świadczenie usług na rzecz innych gmin jest uzasadnione finansowo dla jak najlepszego wykorzystania zasobów Gminy Ostrów, gdyż w ten sposób wspomaga się realizację zadań publicznych przez inne jednostki samorządu terytorialnego, których zasoby własne mogą nie pozwalać na samodzielne realizowanie zadań własnych. Jak już wyżej wskazano, działalność taka nie tylko nie ma podstawy prawnej (co samo w sobie uniemożliwiłoby jej podjęcie), ale też wykracza poza ustawowo określone granice dozwolonej działalności gospodarczej gminy.

Z podobnych powodów nie można zgodzić się z Przystępującym, że potwierdzeniem możliwości prowadzenia przez Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie działalności gospodarczej w zakresie wykraczającym poza możliwość zagospodarowania odpadów z terenu samej tylko Gminy Ostrów jest posiadanie przez Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie pozwolenia zintegrowanego, które w okresie obowiązywania regionalizacji dotyczyło prowadzenia Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Zmieszanych Odpadów Komunalnych dla Regionu Zachodniego, obejmującego m.in. Gminę Sedziszów Małopolski. Odnosząc się do tej okoliczności należy stwierdzić, że posiadanie pozwolenia na prowadzenie regionalnej instalacji przetwarzania odpadów w żadnej mierze nie może być uznane za zmieniające ustawowe zasady podejmowania działalności gospodarczej przez

gminę. Działalność gminy w obszarze przetwarzania odpadów komunalnych powinna być dostosowana co do zakresu i formy do wymagań określonych przepisami prawa. W tej sytuacji na marginesie jedynie zauważenia wymaga, że przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie jest nie tylko zagospodarowanie odpadów komunalnych, ale również ich odbiór, co w żaden sposób nie wpisuje się w wykonywane przez Zakład Usług Komunalnych zadania związane z przetwarzaniem odpadów.

Podkreślenia wymaga przy tym, że działalność będąca przedmiotem zarzutu odwołania mogłaby być wykonywana w sposób dopuszczony przepisami, tj. pod określonymi warunkami w formie spółki prawa handlowego czy na podstawie porozumień międzygminnych, o których mowa w art. 74 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym. Nie jest natomiast dopuszczalne działanie w tym zakresie samej gminy jako przedsiębiorcy.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, który możliwość prowadzenia działalności będącej przedmiotem udzielanego zamówienia wywodził ze statutu Zakładu Usług Komunalnych w Ostrowie (który to statut został przedstawiony jako dowód w sprawie) należy stwierdzić, że podjęcie przez gminę określonej działalności musi mieć oparcie ustawowe. Nie można wywodzić uprawnień do jej prowadzenia z aktu prawa miejscowego (uchwały nr XXXIV/278/13 Rady Gminy w Ostrowie z 26 listopada 2013 r.) w sytuacji, gdy przepisy rangi ustawowej takiej możliwości nie dopuszczają. Izba nie mogła przy tym uznać za rozstrzygającą okoliczności, że powyższa uchwała nie została zakwestionowana w ramach czynności nadzorczych Wojewody, Izba zobowiązana jest bowiem ocenić ważność oferty (a więc możliwość świadczenia usług objętych ofertą) z punktu widzenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Bez znaczenia dla oceny zarzutu podniesionego w odwołaniu pozostaje wskazana przez Przystępującego okoliczność, że *Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie w ostatnich latach regularnie brał udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia na świadczenie usług z zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu innych gmin i w wielu przypadkach oferta składana przez Zakład usług Komunalnych w Ostrowie – działający samodzielnie lub w ramach konsorcjum (w tym także bezpośrednio z Odwołującym) – była wybierana, jako najkorzystniejsza*. Fakt, że określona działalność jest od prowadzona od dawna, a nawet, że sam Odwołujący brał w niej udział, nie jest dowodem na zgodność tej działalności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Izba nie może uznać, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu ze względu na to, że analogiczne oferty były już w przeszłości składane i wybierane jako najkorzystniejsze. O ważności takiej oferty rozstrzygają przepisy prawa, nie zaś dotychczasowa praktyka. Tym samym za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać przedstawione przez Przystępującego dowody w postaci informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z postępowań

prowadzonych przez Gminę Miasta Dębica, Gminę Miasta Mielec, Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Kolbuszowej oraz Gminę Miasta Rzeszów.

Z podobnych powodów o ważności złożonej oferty nie może przesądzać fakt, że taka działalność Gminy Ostrów nie została zakwestionowana w ramach kontroli prowadzonych przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Rzeszowie. Przedstawione przez Przystępującego wystąpienie pokontrolne nie może być uznane za dowód zgodności tej działalności z przepisami prawa, zwłaszcza że nie wynika z niego, czy kwestia związana z realizacją przez Gminę Ostrów zamówień publicznych na rzecz innych podmiotów, była w ogóle przedmiotem kontroli.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, zgodnie z którym nawet przy przyjęciu, że Gmina Ostrów podjęła działania wykraczające poza zakres działalności określony ustawą o gospodarce komunalnej, brak jest podstaw do stwierdzenia, że czynności Gminy objęte są sankcją nieważności. Odnosząc się do tego stanowiska ponownie podkreślić należy, że gmina, tak jak wszystkie organy władzy publicznej, zobowiązana jest działać na podstawie i w granicach prawa. Skoro przepisy prawa nie zezwalają gminie na prowadzenie działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej, to czynności prawne zmierzające do wykonywania takiej działalności są niezgodne z ustawą. Wobec braku przepisu szczególnego przewidującego skutki takiego naruszenia, zastosowanie znajduje przepis art. 58 § 1 Kc, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna. Tym samym należy stwierdzić, że oferta, która została złożona wbrew wynikającemu z przepisów ustawowych zakazowi określonej działalności, jest ofertą nieważną i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się na koniec do przywołanych przez Przystępującego orzeczeń sądowych należy stwierdzić, że nie są to orzeczenia rozstrzygające o dopuszczalności prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej. Przedmiotem tych orzeczeń było rozstrzygnięcie, czy gmina wykonując określone zadania powinna być traktowana jak przedsiębiorca, z czego wypływają określone skutki prawne, jak np. długość terminu przedawnienia roszczeń. Podobnie przywołane przez Przystępującego interpretacje podatkowe nie rozstrzygają możliwości prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej, a dotyczą jedynie prawopodatkowych aspektów określonych działań.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....

.....