



BURMISTRZ
ŻNINA

P. M. Stomina
28.05.2018r.

Żnin, dnia 28 maja 2018 r.

Regionalna Izba Obrachunkowa
w Bydgoszczy

wpłynęło
dnia 29. MAJ, 2018

L.dz. 663 1048/2018

Kolegium

Regionalnej Izby Obrachunkowej

w Bydgoszczy

ul. Św. Trójcy 35

85-224 Bydgoszcz

za pośrednictwem

Prezesa

Regionalnej Izby Obrachunkowej

w Bydgoszczy

BG.1710.1.2018

Dotyczy: kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Gminy Żnin

Nawiązując do przekazanego wystąpienia pokontrolnego w piśmie RIO-KF-4104-3/2018 (wpływ do tut. Urzędu w dniu 15.05.2018r.) w oparciu o art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992r. o regionalnych izbach obrachunkowych (j.t. Dz.U. z 2016r. Poz. 561) zgłaszam zastrzeżenia w następującym zakresie:

1.Dot. pkt 3 – Zamawiający tj. Gmina Żnin w całości nie podziela interpretacji wskazanych przez kontrolującego przepisów prawa zarówno z obszaru gospodarki odpadami (ustawa z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach oraz ustawa z dnia 3 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) oraz zamówień publicznych (ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych) w zakresie zaistnienia nieprawidłowości poprzez nie udzielenie zamówienia publicznego w 2017r. na zagospodarowanie odpadów komunalnych z pominięciem zastosowania przepisów wynikających z regulacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2017r. Poz. 1579 ze zmian.).

Uzasadnienie:

W toku czynności kontrolnych Gmina Żnin pismem z dnia 13 lutego 2018r. przedłożyła na wniosek kontrolującego szerokie wyjaśnienia poparte przywoływanymi przepisami prawa oraz bogatym orzecnictwem sądów administracyjnych, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiącymi załącznik nr 1 do wskazanego powyżej pisma.

Poza dotychczasową argumentacją, celem potwierdzenia słuszności interpretacji przepisów przez kontrolowanego uzupełniam swoje stanowisko, informując, że:

Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Zapis ten stanowi wyznacznik postępowania z odpadami. Jest to zapis precyzyjny i jasny, nie wymagający dodatkowej interpretacji, nie budzący wątpliwości. Plan Gospodarki Odpadami Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2016-2022, w rozdziale 5 w sposób wyraźny również wskazuje, że szczególnie

uwagę należy zwrócić na konieczność przetwarzania odpadów komunalnych i innych niż komunalne zgodnie z przepisami prawa, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, a tam gdzie to jest wymagane także z zastosowaniem najlepszej dostępnej techniki lub technologii (BAT). To w treści tego dokumentu wskazano określone RIPOKI w danych regionach. Zamawiający na podstawie zapisów PGO wybrał podmiot zagospodarowujący odpady, stosujący najlepszą dostępną technikę – tj. tą, która jest stosowana również w RIPIOK-u w miejscowości Wawrzyńki oraz w pozostałych RIPOK-ach funkcjonujących w naszym regionie. To Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami nie wskazuje konkretnie, do jakiego RIPOK-u jesteśmy zobligowani oddać odpady, czyli traktuje wszystkie instalacje RIPOK w sposób równy, jako wykorzystujące porównywalne techniki. Rolą Zamawiającego nie jest szczegółowa analiza, jaka dokładnie technika w danym RIPOKU jest wykorzystywana. Zamawiający jest zobowiązany oprzeć się w tym zakresie o zapisy obowiązujących przepisów prawa, czyli na założeniach ujętych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami. Wyraźnie należy zaznaczyć, że Zamawiający czyli Gmina Żnin nie ma żadnych możliwości zarówno pod względem formalnym, technicznym czy prawnym dokonywać jakiegokolwiek oceny danego RIPOK-u (instalacji) pod względem stosowanych technologii. To bowiem ustawodawca z góry przesądził, że jeżeli dany RIPOK w obszarze funkcjonowania na poziomie regionu jest włączony do danego systemu, to jest on traktowany na równi pod względem dostępnej techniki lub technologii BAT. Ten właśnie aspekt Gmina Żnin mocno artykułuje, gdyż kontrolujący również w tym zakresie dokonał błędnej interpretacji istniejącej regulacji prawnej, wskazując na kolejność podejmowanych czynności- najpierw ocena danej instalacji przez Zamawiającego, a później zasada bliskości. Prezentowany pogląd kontrolującego stoi więc w ewidentnej sprzeczności ze stanem faktycznym. Właśnie kryterium bliskości jest czynnikiem determinującym i przesądzającym o wyborze danej lokalizacji określonego RIPOK-u. Odrębnie do błędnego stanowiska kontrolującego- zasada bliskości przy zastosowaniu wymogu dot. stosowania najlepszych technik stanowi przeszkodę do transportu odpadów do RIPOK-ów położonej w dalszej odległości od miejsca odbioru odpadów. To powodowałoby złamanie zasady bliskości w hierarchii odpadów, tym, samym naruszenie przepisów ustawy o odpadach.

Zasada bliskości nie stanowi „argumentu” jak przywołuje kontrolujący, lecz jest to wymóg prawa, który został w niniejszym przypadku dochowany. Uzasadnienia prawne przytoczonych w załączniku nr 1 do pisma z dnia 13 lutego 2018r. wyroków KIO: 1178/13 oraz KIO 1092/13 są nadal aktualne i potwierdzają słuszność stanowiska kontrolowanego- pomimo przywołania przez kontrolującego zmiany przepisu zawartego w art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na który powołuje się kontrolujący. Wobec powyższego wdrażanie jakiegokolwiek postępowania w trybie reguł przypisanych ustawie Prawo zamówień publicznych jest bezprzedmiotowe.

Kontrolujący błędnie wywodzi, że zmiana przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wyrażona w art. 3a, 6e, 6g, 6d i 6f poprzez ich uchylenie lub zmianę brzmienia zmienia stan prawny dotyczący trybu wyboru podmiotu na zagospodarowanie odpadów. Właśnie ten poruszony aspekt pozostaje bez zmian.

Zarzut, że umowa zawarta z NOVAGO nie gwarantuje zagospodarowania odpadów na terenie Wawrzynek, jest chybiony, ponieważ co jest oczywiste i pożądane, zgodnie z § 1 ust. 2 umowy Odbiorca odpadów jest zobligowany odebrać odpady i wykorzystując własne instalacje i urządzenia przetworzyć i przygotować do ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiana. W związku z powyższym odpady mogą podlegać w ramach instalacji odzyskowi i część z nich może zostać przekazana do odrębnych recyklerów, czyli odpady te nie muszą zostać w pełni zagospodarowane na miejscu. Odpady segregowane nie podlegają zasadzie bliskości, można je transportować pomiędzy regionami.

Umowa na zagospodarowanie odpadów nie została podpisana na podstawie „trybu z wolnej ręki” ustawy Pzp, jak i również nie posiada żadnych cech umowy zawartej w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Nie podlega ona również żadnym regulacjom ustawie Prawo zamówień publicznych. Nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp. Zawarcie umowy jest konieczne z uwagi na odrębne przepisy, m.in.

ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W związku z powyższym zarzut zawarcia umowy pomiędzy gminą Żnin a NOVAGO Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa.

Nawiązując do przytoczonej przez kontrolującego nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która weszła w życie 1 stycznia 2017r., podkreślam, że dokonana zmiana na dotyczyła przede wszystkim art. 6 d ust. 1 ustawy, gdzie ustawodawca dokonał „zamiany” określenia „przetarg” na „zamówienie publiczne”. Ta właśnie zmiana dopiero umożliwiła udzielanie zamówień na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów typu in-house przez gminy własnym spółkom w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie zaś jak imputuje kontrolujący nakaz stosowania przepisów ustawy Pzp na wybór podmiotu świadczącego usługi w zakresie zagospodarowania odpadów. Nie zniesiono natomiast ograniczenia obowiązku udzielania zamówienia publicznego, obligując nadal gminy do udzielania zamówienia jedynie na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów – wybór fakultatywny przez Gminę. Ustawodawca jeżeli wymagałby stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku tylko do usługi zagospodarowania odpadów, zostałyby to z pewnością wpisane do ustawy. Jednak od początku funkcjonowania nowego systemu gospodarki odpadami w Polsce, czyli od lipca 2013r. obowiązek udzielania zamówienia publicznego tylko na zagospodarowanie odpadów nie istnieje. Przeciwny stan rzeczy powodowałby naruszenie przepisów ustawy o odpadach. Dlatego też również w tym zakresie te dwa akty prawne są spójne i biorąc pod uwagę powyższe nie istnieje żaden przepis prawa obligujący Gminę do stosowania ustawy Pzp.

Gdyby ustawodawca podzielał stanowisko kontrolującego, to wprowadziłby do przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach trzecie rozwiązanie polegające na udzieleniu zamówienia publicznego na samo zagospodarowanie odpadów. Nie uczynił więc tego świadomie, ponieważ skutkiem takich zapisów byłoby zaistnienie sprzeczności przepisów z treścią ustawy o odpadach. Warto na marginesie dodać, że patrząc na cały system gospodarowania odpadami komunalnymi w kontekście skutków finansowych, nieracjonalnym byłoby z punktu widzenia wydatkowania środków publicznych wg naczelnej zasady wyrażonej w art. 44 ustawy o finansach publicznych, ponoszenie nieproporcjonalnie większych kosztów zarówno dla odbioru odpadów jak i ich zagospodarowania, gdyż kompletnie nieracjonalnym byłoby wskazywanie RIPOK-u z pogwałceniem zasady bliskości, która została opisana wcześniej, gdyż każda inna lokalizacja niż RIPOK w Wawrzynkach generowałaby nieporównywalnie większe koszty na skutek samego transportu odpadów, gdyż ten właśnie element jest głównym czynnikiem cenotwórczym dla prowadzenia przez gminę gospodarki odpadami. Choć nie ma to znaczenia dla tej części wyjaśnień pragnę dodać, że koszty zagospodarowania odpadów w pozostałych czterech RIPOK-ach zlokalizowanych na terenie Regionu tj. w Bydgoszczy i Toruniu, są na bardzo zbliżonym poziomie finansowym. Gmina wyraźnie wskazuje, gdzie należy dostarczyć odpady w prowadzonym postępowaniu przetargowym na odbiór odpadów, bo takie prawo wyboru jako Zamawiający posiada (druga alternatywa to przetarg na odbiór i zagospodarowanie, nie zaś samo zagospodarowanie).

2. Dot. pkt 7- biorąc pod uwagę treść przedłożonych w trakcie kontroli wyjaśnień dotyczących art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych informuję, że podtrzymuję stanowisko zawarte w uprzednio złożonych wyjaśnieniach. Nie podzielam opinii zawartej w zaleceniach pokontrolnych w pkt 7) dot. zaniechania wskazania w opisie przedmiotu zamówienia wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób na podstawie umowy o pracę. Jak przytoczono również w ramach ww. wyjaśnień, przedstawiony zarzut nie znajduje uzasadnienia w zakresie zaistniałego wówczas stanu prawnego i interpretacyjnego przywołanej normy prawnej wynikającej z przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po nowelizacji ustawy Pzp, kwestia stosowania art. 29 ust. 3a generowała powstawanie dużych wątpliwości zarówno u Zamawiających, Wykonawców jak i ze strony Urzędu Zamówień Publicznych, stanowiła również

przedmiot wielu dyskusji i komentarzy, czego wynikiem było opublikowanie przez Urząd Zamówień Publicznych na swojej stronie internetowej własnych spostrzeżeń, podpartych opinią Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych. Jednocześnie, mając na celu efektywne wdrożenie i funkcjonowanie w praktyce przywołanych przepisów ustawy Pzp, Prezes Urzędu zwrócił się ponadto do Głównego Inspektora Pracy o rozważenie możliwości wprowadzenia określonych systemowych działań, które pozwolą na skuteczne stosowanie w praktyce rozwiązania przewidzianego przez ww. przepisy i tym samym umożliwią realizację społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych. Jak wynika z powyższego, nawet Urząd Zamówień Publicznych w początkowej fazie po wejściu w życie nowelizacji nie prezentował jednorodnego, usystematyzowanego poglądu czy opinii w zakresie stosowania przepisu art. 29 ust. 3a. Dopiero w dniu 28 kwietnia 2017r. na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych ukazała się opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych. Postępowanie na realizację zadania pn.: „Wykonanie instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej sali widowiskowej Żnińskiego Domu Kultury” zostało wszczęte w dniu 16 lutego 2017r., tak więc przed rozstrzygnięciem tej kwestii spornej pomiędzy powyższymi instytucjami. Tak więc wskazana nieprawidłowość byłaby poza wszelką wątpliwością, gdyby takowy zapis dotyczył zamówienia wszczętego po wskazanej wyżej dacie. Nie może w zaistniałym stanie faktycznym dany Zamawiający popaść w swoistą „pułapkę” braku praktycznego stosowania przepisów, zwłaszcza w aspekcie dyrektyw unijnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, mające miejsce w momencie wszczynania przedmiotowego postępowania ukierunkowanie doktryny wskazywało na wątpliwość w zakresie konieczności bezwzględnego stosowania tego zapisu, czyli brak konieczności każdorazowo wymagania zatrudnienia na umowy o pracę osób. Takie też stanowisko podzielaliśmy wówczas jako Zamawiający, czego odzwierciedlenie stanowią zapisy SIWZ. Nadmieniam ponadto, że biorąc powyższe pod uwagę, w SIWZ dot. postępowań wszczynanych po 28 kwietnia 2017r., Zamawiający wprowadzał zapis:

„Zamawiający stosownie do art. 29 ust. 3 lit. a) Ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, aby Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, zatrudnił na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1666) osoby wykonujące roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia”.

Jestem przekonany, że zaprezentowana powyżej argumentacja w połączeniu z wcześniej złożonymi wyjaśnieniami umożliwi dokonanie ponownej weryfikacji sformułowanych przez kontrolującego nieprawidłowości, a rezultatem dokonanej analizy będzie ich całkowite uchylenie.

2 wypracowani maci

BURMISTRZ
Robert Luchowski

DYREKTOR BIURO
Infrastruktury, Gospodarki Przestrzennej
i Inwestycji
Paweł Pięchowiak

Sporządził:

Magdalena Cizak

Główny specjalista ds. zamówień publicznych

Urząd Miejski w Żninie

ul. 700-lecia 39 | 88-400 Żnin | tel. +48 52 30 31 301 | www.gminaznin.pl | kontakt@gminaznin.pl