

Sygn. akt: KIO/UZP 1313/09

WYROK
z dnia 28 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, ul. Berka Joselewicza 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Drogowy w Dąbrowie Tarnowskiej, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, ul. Warszawska 48** protestu z dnia 19 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, ul. Berka Joselewicza 8

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, ul. Berka Joselewicza 8,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Gminnego Zakładu Gospodarki Komunalnej, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, ul. Berka Joselewicza 8.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Zarząd Drogowy w Dąbrowie Tarnowskiej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa chodnika i zatoki parkingowej wraz z odwodnieniem przy drodze powiatowej 1315 K Wielopole - Odporyszów- Breń w miejscowości Laskówka Chorąska - etap II.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 lipca 2009 roku pod poz. 230926.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2009 roku, odwołujący - Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z ustawą o gospodarce komunalnej.

Wskazał, że powołany przez zamawiającego przepis ustawy o gospodarce komunalnej nie przewiduje sankcji nieważności, a konieczność wskazania normy zagrożonej sankcją nieważności przy odrzuceniu oferty jest ugruntowana zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie. Powołana ustawa wskazuje jedynie zalecenia co do formy organizacyjno prawnej dla jednostek sektora finansów publicznych, wykonujących zadania publiczne.

Odwołujący wskazał na definicję wykonawcy określoną przez art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i wyjaśnił, że w jego ocenie ustawa nie nakłada obowiązku dopuszczenia do postępowania jedynie przedsiębiorców działających w określonych formach prawnych, a warunek taki należałoby uznać za ograniczenie uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił że Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej nie jest jednostką organizacyjną zamawiającego, a zatem może być stroną umowy. Powołał się na orzeczenia

ETS, z których wynika, że jest dozwolone udzielanie zamówień przez jednostki organizacyjne Skarbu Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego na zewnątrz.

Zamawiający w dniu 26 sierpnia 2009 roku protest oddalił, wskazując, że art. 7 ustawy o gospodarce komunalnej przesądza w sensie negatywnym o tym, że w formie zakładu budżetowego nie może być prowadzona działalność wykraczająca poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, a zatem innej niż polegająca na zaspokajaniu potrzeb o charakterze użyteczności publicznej, tj. potrzeby elementarne, podstawowe, występujące powszechnie oraz świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany. W tym zakresie zamawiający powołał się na komentarz do art. 7 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej M. Szydło Ustawa o gospodarce komunalnej, Komentarz, Oficyna 2008. Zakład budżetowy, zdaniem odwołującego, nie może złożyć skutecznej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bo nie wchodzi to w zakres zadań do jakich został powołany i narusza to przepisy ustawy o gospodarce komunalnej. Zamawiający wskazał także na komentarz do ustawy o gospodarce komunalnej Michała Kulesza, Cezarego Balasińskiego, z którego wynika, że „w formie zakładu budżetowego jest możliwe wyłącznie bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego, oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, bowiem jest nieważną na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisu art. 58 k.c., który znajduje zastosowanie w oparciu o odesłanie zawarte w art. 14 ustawy Pzp.

W ocenie zamawiającego analiza orzeczeń powołanych przez odwołującego jest zbędna, ustalenie, że udzielania zamówień przez jednostkę organizacyjną samorządu terytorialnego jednostce organizacyjnej innej jednostki jest dopuszczalne na gruncie przepisów prawa wspólnotowego nie oznacza obowiązku stosowania tego przepisu w prawie krajowym, jeżeli obowiązek implementacji takiej regulacji nie został nałożony na państwa członkowskie.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 31 sierpnia 2009 roku odwołanie, w którym potrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Kopię odwołania przekazał zamawiającemu w dniu 31 sierpnia 2009 r. Dodatkowo w odwołaniu, odwołujący wskazał na zakres działalności odwołującego, który reguluje statut uchwalony uchwałą nr XV/152/08 Rady Miejskiej w Dąbrowie Tarnowskiej z dnia 23 kwietnia 2008 roku w sprawie uchwalenia statutu Gminnego Zakładu Gospodarki Komunalnej w Dąbrowie Tarnowskiej, opublikowany w Dzienniku Urzędowym Województwa Małopolskiego, którego kopię załączył do odwołania. Zgodnie z rozdziałem II statutu, przedmiot działalności obejmuje zarówno zadania w zakresie bieżącego zaspokajania potrzeb ludności (§ 5 ust. 1

statutu) jak i zadania w zakresie świadczenia innych usług na rzecz osób fizycznych i innych podmiotów, poza zakresem działalności określonej w ust. 1 (§ 5 ust. 2 statutu). Uchwała została zbadana przez właściwy organ nadzoru wskazany w ustawie o samorządzie gminnym pod kątem kryterium legalności, zatem uchwała jest aktem legalnym a podejmowane na jej podstawie działania mają uzasadnienie prawne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz po wysłuchaniu pełnomocników stron na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zważyła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wnoszeniu środków ochrony prawnej.

Bezsporne jest, że odwołujący, jakim jest Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej jest jednostką organizacyjną Gminy Dąbrowa Tarnowska, powołaną dnia 1 stycznia 1995 roku Uchwałą Rady Miejskiej w Dąbrowie Tarnowskiej nr VI/52/94 z dnia 5 grudnia 1994 roku.

Istota sporu między stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia czy zakład budżetowy jako jednostka organizacyjna gminy może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, składać oferty w postępowaniach o zamówienie publiczne.

Analiza przepisów ustawy Pzp, w szczególności definicji wykonawcy, zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, skłania do stwierdzenia, że w ustawie Pzp brak jest wprost wyłączenia uniemożliwiającego zakładowi budżetowemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Przywołany przepis ustawy w sposób szeroki określa definicję wykonawcy, wskazując, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Oceniając, czy dany podmiot może być wykonawcą, należy, w ocenie Izby, uwzględnić fakt, iż każdy wykonawca, ubiegający się o udzielenie zamówienia i składający ofertę w postępowaniu, musi posiadać zdolność prawną i

zdolność do czynności prawnych. Zdolność prawna wynika natomiast z posiadanej osobowości prawnej lub z przepisów ustawy (art. 33¹ § 1 Kodeksu cywilnego).

Tymczasem, jak wyjaśnił sam odwołujący w trakcie rozprawy, odwołujący – Gminny Zakład Komunalny nie posiada podmiotowości prawnej i zdolności do czynności prawnych, a zatem jako jednostka organizacyjna gminy nie może być podmiotem praw i obowiązków.

Jednostki budżetowe w obrocie prawnym funkcjonują jako jednostki organizacyjne Skarbu Państwa (*statio fisci*) lub jednostki samorządu terytorialnego (*statio municipi*). Mimo pewnego wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego, nie mają osobowości prawnej. To oznacza, że nie działają w imieniu własnym, nie stanowią samoistnego podmiotu prawa i nie mogą być samodzielnym podmiotem stosunku cywilnoprawnego ani nie mogą zaciągać we własnym imieniu praw i obowiązków (tak WSA w wyroku z dnia 6 lipca 2005 roku, sygn. akt VI S.A./Wa 2083/04, LEX 190634).

Podobny pogląd wyraziła RIO w Rzeszowie w uchwale z dnia 10 czerwca 2003 roku, XXIV/3071/2003, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2004, nr 1, poz. 24, stwierdzając, że samorządowe jednostki organizacyjne powiatu (jednostki budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych powiatu) nie posiadają samodzielności zarówno prawnej, jak i budżetowej.

Niezależnie od powyższego analiza odrębnych przepisów, w tym ustawy o gospodarce komunalnej prowadzi do stwierdzenia, że nie jest możliwe uczestnictwo zakładów budżetowych w postępowaniach o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 Nr 142, poz. 1591 ze zm.) w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. nr 9, poz.43 ze zm.). W oparciu o art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej - gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, m.in. w formie zakładów budżetowych.

Na mocy art. 7 tej ustawy realizacja przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań z zakresu gospodarki komunalnej podlega jednak ograniczeniu. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, nie może być prowadzona w formie zakładu budżetowego działalność wykraczająca poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Stosownie bowiem do art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej poza sferą użyteczności publicznej gmina może

tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione szczegółowe warunki określone w tym przepisie.

Zadaniami o charakterze użyteczności publicznej są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspakajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zatem, zakład budżetowy nie może realizować zadań nie mających charakteru użyteczności publicznej, choćby nawet były to zadania publiczne.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem odwołującego, że § 5 ust. 2 Statutu Gminnego Zakładu Gospodarki Komunalnej w Dąbrowie Tarnowskiej stwarza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, powołane postanowienie nie dopuszcza prowadzenia działalności poza sferą użyteczności publicznej, a odmienny pogląd zmierzałby do obejścia powszechnie obowiązujących przepisów prawa w tym zakresie, a zatem jest niedopuszczalny.

Z analizy postanowień treści statutu wynika, że zakład może świadczyć usługi na rzecz osób i innych podmiotów wykraczające poza zakres działalności, enumeratywnie określonej w ust. 1 § 5 statutu pod warunkiem jednak, że mieszczą się one w profilu działalności zakładu.

W ocenie Izby jednak, realizacja innych zadań niż wprost wymienione w statucie może dotyczyć jedynie zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, w której strukturze organizacyjnej funkcjonuje zakład. Należy więc tym samym uznać, iż wykonywanie przez zakład budżetowy zadań własnych innej niż macierzysta – jednostki samorządu terytorialnego, nie ma charakteru zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, na terenie której działa zakład budżetowy.

Funkcjonowanie zakładu budżetowego odbywa się w oparciu o przepisy ustawy z dnia 26 listopada 1998 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2003, nr 15, poz. 148 ze zm.) Zakładami budżetowymi gminnymi, powiatowymi lub wojewódzkimi są takie jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych, które odpłatnie wykonują wyodrębnione zadania, a koszty swojej działalności pokrywają z przychodów własnych, z tym jednak zastrzeżeniem, że zakład budżetowy może otrzymać z budżetu dotację przedmiotową, a ponadto dotację podmiotową lub dotację celową na dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o finansach publicznych). Przepis ten przesądza również o braku samodzielności po stronie zakładu budżetowego.

Analiza wyżej wskazanych przepisów prawa prowadzi do wniosku, 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.

Dodatkowo Izba wskazuje, że podobne stanowisko co do braku możliwości udziału zakładu budżetowego w postępowaniach o zamówienie publiczne, wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 567/09

Wobec powyższego uznać należy, że w przedmiotowej sprawie ofertę złożył podmiot, który nie posiada osobowości prawnej i nie może samodzielnie zaciągać praw i obowiązków we własnym imieniu i na własny rachunek, a zatem oferta pochodzi od podmiotu nieuprawnionego. Tym samym decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest właściwa.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122). Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego z uwagi na brak przedłożenia do akt sprawy rachunku, jaki jest wymagany zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*