

MAŁGORZATA BRZÓSKA

Zlecenie dodatkowych usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów

Jeden z wniosków, jaki można wyciągnąć z przeprowadzonych dotychczas kontroli wdrażania nowych przepisów o gospodarowaniu odpadami komunalnymi, jest taki, że zakres usług przekazanych do realizacji przedsiębiorcom odpadowym w umowie był zdecydowanie zbyt wąski w stosunku do potrzeb gmin. Błędy te można jednak naprawić.

Artykuł 144 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana dokonana z naruszeniem przytoczonego przepisu powoduje unieważnienie umowy, czyli najdalej idącą konsekwencję prawną.

Należy zatem rozważyć inne, poza art. 144 Pzp, możliwości prawne, które umożliwiłyby przekazanie części obowiązków nieobjętych umową przedsiębiorcy, z którym już taki kontrakt zawarła. W wypadku odpadów komunalnych dotyczy to m.in. **likwidacji dzikich wysypisk** (obowiązki często realizowane przez jednostki gminne) czy **prowadzenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK)**.

Zamówienie z wolnej ręki

Co do zasady, powierzenie przez gminę zadań podmiotowi prywatnemu wymaga zastosowania procedur przetargowych określonych w Pzp. Gmina ma obowiązek stosowania przepisów Pzp przy zawieraniu odpłatnych umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, a ustawa z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (dalej: u.c.p.g.) nie przewiduje w tym zakresie żadnych wyjątków. Zwolnienia ze stosowania Pzp w zakresie usług dodatkowych nie przewidują także art. 4, 4b oraz 5 Pzp.

Z drugiej strony, na mocy art. 7 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych – preferowanymi przez ustawodawcę – są tryby konkurencyjne, przetargi nieograniczony oraz ograniczony. Wszelkie inne tryby udzielania zamówień publicznych mogą być

stosowane tylko w przypadkach określonych w Pzp. Tym samym gmina jako zamawiający nie posiada uprawnień do dowolnego kształtowania procedury wyboru podmiotu trzeciego, któremu zamierza powierzyć wykonanie usług, jeżeli nie zachodzą przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego.

Zatem **pierwszym krokiem przed podjęciem decyzji o konieczności zlecenia dodatkowych usług związanych z gospodarowaniem odpadami komunalnymi jest zawsze ustalenie wartości szacunkowej zamówienia**. Następnie, zgodnie z procedurami wewnętrznymi, gmina powinna przygotować odpowiednią dokumentację z przeprowadzonego rozpoznania cenowego w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W przypadku gdy z rozeznania cenowego będzie wynikało, że wartość szacunkowa którejkolwiek z usług wynosi mniej niż 14 tys. euro, należy rozważyć zastosowanie zwolnienia przedmiotowego określonego w art. 4 pkt 8 Pzp.

WAŻNE

Skorzystanie z innych trybów niż konkurencyjne, w tym z trybu zamówienia z wolnej ręki, stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 10 Pzp, a przesłanki dopuszczające odstępstwo od tej zasady należy interpretować ściśle na podstawie stanu faktycznego, łącząc go z uzasadnieniem prawnym.

Jeżeli wartość szacunkowa usługi przekracza kwotę 14 tys. euro, należy zastosować jeden z trybów przewidzianych w Pzp dla wyboru wykonawcy, przy czym w przypadku, w którym zamierzeniem gminy jest powierzenie kompleksowego zarządzania gospodarką odpadami komunalnymi, dla zachowania spójności systemu, jednemu podmiotowi, należy rozważyć możliwość zastosowania jednego z trybów niekonkurencyjnych przewidzianych w Pzp.

W praktyce jedynym trybem, który można brać pod uwagę w celu powierzenia realizacji dodatkowych



zadań dotychczasowemu wykonawcy, jest zamówienie z wolnej ręki.

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem negocjacyjnym bez konieczności publikacji ogłoszenia.

Negocjacje w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki prowadzone są tylko z jednym wykonawcą, a więc w sposób całkowicie niekonkurencyjny. Ustawodawca, wprowadzając ten tryb, zastrzegł w art. 10 ust. 2 Pzp, że stosuje się go tylko wówczas, gdy można określić, że doszło do spełnienia przesłanek opisanych w Pzp, umożliwiających lub raczej zezwalających na jego zastosowanie. Biorąc pod uwagę specyfikę tego trybu, zamawiający musi zachować szczególną uwagę i ostrożność, decydując się na jego wybór. Tym samym zamówienie z wolnej ręki to jedyne postępowanie, które zezwala zamawiającemu na odstąpienie od podstawowych zasad zamówień publicznych – konkurencji i jawności postępowania. Wobec tego **udzielanie zamówień z wolnej ręki powinno stanowić zupełny wyjątek, który jest dopuszczalny wyłącznie w okolicznościach dla zamawiającego szczególnych i ściśle odpowiadających wypadkom przewidzianym przez Pzp.**

WAŻNE

Ani zamówienia dodatkowe, ani zamówienia uzupełniające nie stanowią podstawy do zmiany umowy o zamówienie podstawowe, lecz są odrębnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, kończącymi się zawarciem nowych umów.

Szczególnym przypadkiem zamówienia z wolnej ręki są zamówienia dodatkowe i uzupełniające zawartą wcześniej umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zarówno zamówienie dodatkowe, jak i zamówienie uzupełniające mogą być udzielone wyłącznie wykonawcy, któremu powierzono wykonanie zamówienia podstawowego. Przesłanki stosowania zamówień dodatkowych oraz zamówień uzupełniających sformułowane zostały jednak w sposób odmienny. Pomimo istnienia związku pomiędzy nimi a zamówieniem podstawowym, mają one charakter samodzielny.

Zamówienie dodatkowe i uzupełniające

Artykuł 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp określa przesłanki, od zaistnienia których uzależniona jest dopuszczalność udzielenia – odpowiednio – zamówienia dodatkowego albo zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Jedną z przesłanek tożsamyh dla obydwu trybów jest wskazanie, że **zamówienie dodatkowe i uzupełniające mogą być udzielone tylko dotychczasowemu wykonawcy** (wykonawcy zamówienia podstawowego).

Dodatkowo, stosując tryb zamówienia z wolnej ręki (czyli zarówno co do zamówień uzupełniających, jak i do zamówień dodatkowych), **zamawiający musi zawiadomić Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania.** Obowiązek ten przewidziano jednak tylko dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi. Zamawiający zawiadamia Prezesa UZP w terminie trzech dni od wszczęcia postępowania. W zawiadomieniu skierowanym do Prezesa UZP należy podać uzasadnienie prawne i faktyczne zastosowania trybu. Obowiązek informowania Prezesa UZP o wyborze trybu z wolnej ręki służy zwiększeniu przejrzystości udzielania zamówień publicznych i może skutkować dla zamawiającego wszczęciem postępowania wyjaśniającego oraz/lub kontroli w przypadkach uzasadnionego podejrzenia naruszenia przepisów.

Zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający przekazuje wykonawcy (art. 68 ust. 1 Pzp). **Wszczęcie postępowania nastąpi więc w dniu skierowania do wykonawcy tego zaproszenia.**

Zamówienie uzupełniające

Udzielenie zamówienia uzupełniającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp jest odrębnym postępowaniem prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Na mocy tej normy prawnej, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) zamówienia udziela się w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- 2) zamówienia udziela się dotychczasowemu wykonawcy usług zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego,
- 3) zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień,
- 4) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- 5) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Wartość zamówień uzupełniających musi być, zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp, uwzględniona przy ustalaniu wartości całego zamówienia. Jeżeli zamawiający, przygotowując postępowanie, ustalił wartość zamówienia tylko na podstawie wartości zamówienia podstawowego i taka kwota znalazła się w dokumentacji postępowania, nie będzie mógł udzielić zamówień uzupełniających, gdyż nie będzie w stanie wykazać, że przewidywał udzielenie tych zamówień.

Co istotne, **w zakres zamówień uzupełniających mogą wchodzić jedynie zamówienia tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, a warunkiem możliwości ich udzielenia jest m.in. zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego.** Nieuprawnione byłoby więc zlecenie w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych usług niż przewidziane w specyfikacji istotnych warunków (m.in. **wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 czerwca 2009 r.**, sygn. akt KIO/UZP 674/09). Tym samym zamówienia uzupełniające muszą zaliczać się do tego samego rodzaju co zamówienia podstawowe (czyli taki sam rodzaj usług). Muszą więc mieć takie same nazwy i kody CPV we wspólnym słowniku zamówień jak zamówienia podstawowe, np. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Zamówienia dodatkowe

Zamówienie dodatkowe to nowe zamówienie realizowane w procedurze zamówienia z wolnej ręki, które kończy się podpisaniem nowej, odrębnej umowy. Dopiero po jej podpisaniu może dojść do realizacji zamówienia dodatkowego.

Artykuł 67 ust. 1 pkt 5 Pzp jest możliwy do zastosowania tylko w przypadku udzielania zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane. Warunkiem jego zastosowania jest uzasadnienie co najmniej **jednej z dwóch podstaw prawnych**, wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp, czyli:

- 1) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów – wynika to stąd, że zamówienie dodatkowe mogłoby zostać powierzone innemu wykonawcy, ale takie działanie byłoby nieracjonalne i niegospodarne, przez co nieuzasadnione ekonomicznie,
- 2) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

A także **łączone spełnienie następujących przesłanek:**

- zamówienie ma charakter zamówienia dodatkowego w stosunku do udzielonego wcześniej zamówienia podstawowego,
- wartość zamówienia dodatkowego nie przekracza 50% wartości realizowanego zamówienia,
- zamówienie podstawowe jest w trakcie realizacji, a zamówienie dodatkowe jest niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- konieczność wykonania zamówień dodatkowych nie była wcześniej możliwa do przewidzenia.

Zamawiający, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, może udzielić jednego lub większej liczby zamówień dodatkowych. W przypadku udzielania kilku zamówień dodatkowych niezbędne jest każdorazowe zaistnienie wspomnianych okoliczności, przy czym łączna wartość zamówień dodatkowych nie może przekroczyć 50% wartości realizowanego zamówienia.

Udzielenie zamówień dodatkowych jest uzasadnione, gdy wynika z przyczyn technicznych lub gospodarczych, które powodują, że oddzielenie zamówienia dodatkowego powodowałoby poniesienie przez zamawiającego niewspółmiernych kosztów. Przy ich ustalaniu należy wziąć pod uwagę chociażby koszty kolejnych procedur przetargowych oraz szacunkową wartość zamówienia dodatkowego udzielonego po przeprowadzeniu tych postępowań. W uzupełnieniu należy dodać, że nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (**wyrok NSA z 22 marca 2000 r.**, sygn. akt II SA 2169/99).

Z przytoczonych przepisów wynika więc, że **zarówno Pzp, jak też u.c.p.g. zawierają mechanizmy prawne pozwalające na budowę kompleksowego systemu gospodarki odpadami, a tym samym zapewniają jego szczelność, nawet wtedy, kiedy gmina nie ujęła wszystkich zagadnień w SIWZ i w umowie z przedsiębiorcą odbierającym odpady.** Udzielenie nowych zamówień (usług) może nastąpić poprzez zastosowanie jednego z trybów konkurencyjnych lub trybu z wolnej ręki, jeżeli zachodzą ustawowe przesłanki do udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego. ■

Autorka jest partnerem w kancelarii BBP Brzóska Poniewski Adwokaci i Radcowie Prawni Sp.p.



PODSTAWY PRAWNE

- Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 907; ost. zm. Dz.U. z 2013 r. poz. 1047)
- Ustawa z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (j.t. Dz.U. z 2012 r. poz. 391; ost. zm. Dz.U. z 2013 r. poz. 888)