



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Krakowie

LKR.410.016.03.2019

Pan  
Czesław Rakoczy  
Wójt Gminy Lipinki  
Lipinki 53  
38-305 Lipinki

# WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

P/19/104 Realizacja przedsięwzięć w formie partnerstwa publiczno-prywatnego przez jednostki samorządu terytorialnego

## I. Dane identyfikacyjne

Jednostka kontrolowana	Urząd Gminy Lipinki <sup>1</sup> Lipinki 53, 38-305 Lipinki
Kierownik jednostki kontrolowanej	Czesław Rakoczy, Wójt Gminy Lipinki <sup>2</sup> od 11 września 1995 r. <sup>3</sup> (akta kontroli, str. 13)
Zakres przedmiotowy kontroli	1. Przygotowanie projektu partnerstwa publiczno-privatnego do realizacji 2. Realizacja projektu partnerstwa publiczno-privatnego 3. Zarządzanie realizacją projektu partnerstwa publiczno-privatnego 4. Zgodność projektu partnerstwa publiczno-privatnego z zakładanymi celami
Okres objęty kontrolą	Lata 2016-2019 (do czasu zakończenia kontroli) oraz działania wcześniejsze, które miały wpływ na kontrolowaną działalność
Podstawa prawna podjęcia kontroli	art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli <sup>4</sup>
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Krakowie
Kontroler	Piotr Smyrak, główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LKR/157/2019 z 13 września 2019 r. (akta kontroli, str. 1)

---

<sup>1</sup> Dalej: *Urząd lub Urząd Gminy*.

<sup>2</sup> Dalej: *Wójt lub Wójt Gminy*.

<sup>3</sup> Uchwały Rady Gminy Lipinki w sprawie wyboru Wójta Gminy Lipinki z 11 września 1995 r. i 5 listopada 1998 r. oraz zaświadczenia Gminnej Komisji Wyborczej w Lipinkach z 17 listopada 2002 r., 14 listopada 2006 r., 23 listopada 2010 r., 19 listopada 2014 r. i 9 listopada 2018 r.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2019 r. poz. 489 ze zm. (dalej: *ustawa o NIK*).

## II. Ocena ogólna<sup>5</sup> kontrolowanej działalności

### OCENA OGÓLNA

Najwyższa Izba Kontroli ocenia negatywnie działania Gminy Lipinki podejmowane od 2014 roku w celu realizacji przedsięwzięcia pod kolejnymi nazwami: „Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki”, „Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki” i ostatecznie „Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”.

Podstawą oceny negatywnej jest fakt, że postanowienia podpisanej 5 kwietnia 2017 r. umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>6</sup> pomiędzy Gminą Lipinki a Partnerem prywatnym nie spełniają przesłanek partnerstwa publiczno-prywatnego. W szczególności kontrolowane przedsięwzięcie wykracza przedmiotowo (wykonywanie zadań własnych), jak i terytorialnie (zaspokajanie wyłącznie potrzeb mieszkańców danej gminy) poza dopuszczalne działania gminy, określone w ustawie o samorządzie gminnym<sup>7</sup> oraz w ustawie o gospodarce komunalnej<sup>8</sup>.

Zapisy umowy o PPP określały przedsięwzięcie jako *budowę lub utrzymanie i eksploatację regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*, co sugerowało, że realizuje ono zadanie określone w art. 3 ust. 2 pkt. 2 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>9</sup>, polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji własnej lub wspólnej z innymi gminami regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych<sup>10</sup>. Tymczasem:

- „Plan Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego na lata 2016-2022” nie nakładał na Gminę Lipinki takiego obowiązku;
- po zakończeniu umowy o PPP instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych miała pozostać własnością Partnera prywatnego, a nie Gminy Lipinki (ewentualnie we współwłasności z innymi gminami).

Podejmując kontrolowane przedsięwzięcie, Gmina Lipinki dopuściła się również przekroczenia terytorialnego zakresu swojej właściwości, angażując się w działalność gospodarczą o skali wielokrotnie większej, niż zbiorowe potrzeby mieszkańców tej Gminy.

Znamienna jest przy tym ewolucja nazwy przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy o PPP, do której dopiero na pewnym etapie postępowania dodano słowa *Budowa lub*, a usunięto – *dla Gminy Lipinki*. Zasadnie można przyjąć, że w przedmiotowym przedsięwzięciu nie zakładano *budowy instalacji dla Gminy Lipinki*,

<sup>5</sup> Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej.

<sup>6</sup> Dalej również: *PPP*.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 506, ze zm.). Art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. Stosownie do ust. 3 tej jednostki są to m.in. sprawy utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2019 r. poz. 712, ze zm.). Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawa określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. a art. 1 ust. 2 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.

<sup>9</sup> W brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r. poz. 2010, ze zm.).

<sup>10</sup> Dalej również: *RIPOK*.

o czym świadczy np. brak gotowości wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, na której taka instalacja mogłaby być wybudowana. Co więcej, Gmina nawet nie dysponowała nieruchomościami, dla których miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego dopuszczałby taką budowę.

W ocenie Najwyższej Izby Kontroli Gmina Lipinki, zawierając umowę o PPP, w tym zawierając spółkę celową w celu jej wykonania, zastosowała formułę partnerstwa publiczno-prywatnego dla działań niespełniających przesłanek legalnej definicji PPP z art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w kontekście art. 9 ust. 1 w zw. z art. 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

Oceny tej nie mogą zmienić faktyczne i potencjalne korzyści Gminy, uzyskane lub możliwe do uzyskania z podjętego przedsięwzięcia (stałe ceny za przyjęcie odpadów do instalacji przez okres 37 miesięcy, zyski ze spółki celowej w postaci dywidendy, czy też zagwarantowanie zbycia udziałów Gminy w spółce celowej za 150 000 zł).

Niezależnie od powyższej nieprawidłowości, generalnie dyskwalifikującej całe przedsięwzięcie z punktu widzenia legalności działania, w realizowanym projekcie wystąpiły inne błędy i naruszenia przepisów prawa.

Gmina Lipinki zastosowała nieprawidłowy tryb wyboru partnera prywatnego, tj. art. 4 ust. 3 ustawy o PPP, pomimo braku przesłanek do jego zastosowania. Możliwość odstąpienia od wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi albo w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych istniała bowiem jedynie wówczas, gdy zastosowanie tych dwóch ww. aktów prawnych zostało wprost ustawowo wyłączone<sup>11</sup>. Takich podstaw prawnych w przedmiotowej sprawie nie było.

Jako nierzetelność należy również ocenić brak uwag i zastrzeżeń Gminy do analiz wykonanych przez doradców zewnętrznych na potrzeby realizacji projektu PPP, w szczególności do dokumentu pn. „*Analiza przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”. W opracowaniu tym znalazło się wiele odniesień do zupełnie innego przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego (z województwa pomorskiego), co winno skutkować przynajmniej zwróceniem dokumentu do korekty, przed jego odbiorem. Podkreślić należy, że chodzi o uwagi, których poczynienie nie wymagało żadnych specjalnych umiejętności eksperckich, a jedynie uważnego przeczytania.

Najwyższa Izba Kontroli przyjmuje do wiadomości, podnoszoną wielokrotnie przez Wójta, kwestię ograniczeń kadrowych, i związaną z tym konieczność sięgania po wsparcie na zewnątrz. Zwraca jednak uwagę, że korzystanie z takiej pomocy nie zwalnia od należytej staranności przy odbiorze zleconych prac, a także od odpowiedzialności za prawidłowość i rzetelność podejmowanych przedsięwzięć.

---

<sup>11</sup> Por. art. 5 ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi (art. 4 uchylonej ustawy z 2009 r.) oraz art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny cząstkowe<sup>12</sup> kontrolowanej działalności

OBSZAR

#### 1. Przygotowanie projektu PPP do realizacji

PODOBSZAR

##### 1.1. Identyfikacja potrzeb i możliwości realizacji zadania publicznego w formule PPP

Opis stanu faktycznego

1.1.1. Wójt Gminy przedstawił okoliczności (przyczyny) podjęcia działań w celu realizacji przedsięwzięcia w formule PPP pn. „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”:

- działania te podjęto [...] z uwagi na nałożony na gminy obowiązek zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w oparciu o przepisy art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przepisy powyższej ustawy w art. 3a ust. 1 wskazują, że gmina realizując zadanie polegające na budowie, utrzymaniu i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych obowiązana jest do: (1) przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, lub (2) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zasadach określonych w ustawie z dnia 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, lub (3) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zasadach określonych w ustawie z dnia 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- Gmina Lipinki zdecydowała się na realizację tego przedsięwzięcia na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym z uwagi na ograniczone możliwości finansowe gminy oraz możliwość przerzucenia ryzyka gospodarczego na podmiot prywatny;
- zlecenie podmiotowi zewnętrznemu wykonania kompleksowych analiz oraz świadczenia usług doradczych w celu przygotowania i przeprowadzenia przedmiotowego przedsięwzięcia wynikało z ograniczonych i niewykwalifikowanych w tym zakresie zasobów kadrowych Urzędu oraz braku doświadczenia w realizacji przedsięwzięć w formule PPP;
- decydując się na takie rozwiązanie brano pod uwagę zapisy publikacji pt. „Wybór doradcy dla projektu partnerstwa publiczno-prywatnego – wskazówki dla strony publicznej” z marca 2014 r., będącej wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, powołanej z inicjatywy Ministra Rozwoju Regionalnego;
- ze zleconych analiz wynikało, że najbardziej optymalnym rozwiązaniem jest dokonanie wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zasadach

<sup>12</sup> Oceny cząstkowe to oceny działalności w poszczególnych obszarach badań kontrolnych. Ocena cząstkowa może być sformułowana jako ocena pozytywna, ocena negatywna albo ocena w formie opisowej.

określonych w ustawie z dnia 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.  
(akta kontroli, str. 775-776)

1.1.2. Najwcześniejszym dokumentem przedłożonym przez Urząd w związku z kontrolą była notatka inspektora z Referatu Budownictwa i Inwestycji sporządzona na okoliczność rozeznania rynku w celu oszacowania wartości zamówienia, którego przedmiotem miało być „Wykonanie kompleksowych analiz oraz usług doradczych na potrzeby realizacji projektu PPP mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. *Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki*”. Rozeznania dokonano 11 września 2014 r. poprzez przeprowadzenie rozmów telefonicznych z dwoma podmiotami: Kancelarią Radców Prawnych [...] z siedzibą w R.<sup>13</sup> oraz Przedsiębiorstwem Projektowo-Handlowym [...] z siedzibą w N.<sup>14</sup> W wyniku rozmów uzyskano następujące ceny: Kancelaria Radców Prawnych – 17 958 zł brutto, Przedsiębiorstwo Projektowo-Handlowe – 39 360 zł brutto.

(akta kontroli, str. 1126)

Zapytania ofertowe na usługi doradcze Urząd skierował do ww. podmiotów 24 września 2014 r. W zapytaniu zamieszczono m.in. opis przedmiotu zamówienia, którym miało być dostarczenie niezbędnych analiz, opinii, wsparcia i konsultacji na każdym etapie procesu wyboru partnera prywatnego dla przedsięwzięcia, do momentu zamknięcia finansowego projektu. Warunkiem doradztwa miało być wypracowanie finalnej struktury prawnej, podatkowej oraz ekonomicznej transakcji w ramach PPP oraz zawarcie przez Gminę Lipinki umowy z partnerem prywatnym na realizację zadania.

Założono, że zamówienie będzie się składało z trzech głównych etapów: (1) opracowanie analiz zawierających: charakterystykę przedsięwzięcia, uwarunkowania społeczno-ekonomiczne realizacji przedsięwzięcia, analizę prawno-organizacyjną realizacji przedsięwzięcia, analizę finansowo-ekonomiczną, analizę ryzyk przedsięwzięcia; (2) przygotowanie i przeprowadzenie postępowania na wybór partnera prywatnego; (3) specjalistyczne konsultacje doradcze.

(akta kontroli, str. 1128-1133)

Oferty złożyły obydwa podmioty, do których skierowano zapytanie ofertowe – Kancelaria Radców Prawych z ceną brutto 17 958 zł oraz Przedsiębiorstwo Projektowo-Handlowe z ceną brutto 39 360 zł, tj. w wysokościach zaofferowanych w trakcie telefonicznego rozeznania rynku 11 września 2014 r.

(akta kontroli, str. 1137-1143)

W dniu 31 października 2014 r. sporządzono zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania: *wykonanie kompleksowych analiz oraz usług doradczych na potrzeby realizacji projektu PPP mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki*, tj. oferty Kancelarii Radców Prawnych z ceną 17 958,00 zł brutto. Zawiadomienie przesłano do obydwu oferentów 7 listopada 2014 r.

(akta kontroli, str. 1134-1136)

Umowę z Kancelarią Radców Prawnych Gmina Lipinki zawarła 13 listopada 2014 r., a jej przedmiot określono jako *wykonywanie usługi polegającej na wykonaniu kompleksowych analiz oraz usług doradczych na potrzeby realizacji projektu PPP*

<sup>13</sup> Dalej: Kancelaria Radców Prawnych.

<sup>14</sup> Dalej: Przedsiębiorstwo Projektowo-Handlowe.

mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. *Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki*. Wynagrodzenie umowne ustalono w wysokości zgodnej z ofertą.

(akta kontroli, str. 133-137)

Pełnomocnictwem z 19 grudnia 2014 r. Wójt upoważnił dwie osoby z Kancelarii Radców Prawnych do dokonywania wszelkich czynności faktycznych i prawnych oraz do występowania w imieniu Gminy w sprawie przygotowania i przeprowadzenia postępowania na wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. „Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”. Zostało ono zastąpione pełnomocnictwem z 14 kwietnia 2015 r. o zakresie jw., z tym, że zmieniono nazwę przedsięwzięcia na „Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”.

(akta kontroli, str. 175, 304)

Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia przeprowadzono w sposób formalnie zgodny z zarządzeniem nr 64/2014 Wójta Gminy Lipinki z dnia 19 maja 2014 r. w sprawie ustalenia Regulaminu udzielania zamówień publicznych i Regulaminu pracy Komisji Przetargowej w Urzędzie Gminy w Lipinkach, w szczególności z procedurą określoną w § 17 zarządzenia, ale z naruszeniem zasady rzetelności i gospodarności działania (szczegółowy opis w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości*).

(akta kontroli, str. 1109-1125)

**1.1.3.** Realizacja przedsięwzięcia nie była przedmiotem konsultacji społecznych. Wójt wyjaśnił, że nie było ono konsultowane z mieszkańcami w rozumieniu przepisu art. 5a ustawy o samorządzie gminnym, a on sam decyzję o realizacji poprzedził stanowiskiem Rady Gminy Lipinki wyrażonym w uchwale Nr XLI/360/2014 z dnia 30 października 2014 r. w sprawie wyrażenia zgody na przygotowanie i przeprowadzenie przez Wójta Gminy Lipinki postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. *Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki* (zmienionej uchwałą Nr V/41/2015 z dnia 13 kwietnia 2015 r.). W ocenie Wójta realizacja tak skomplikowanej kwestii, nie dotyczącej bezpośrednio mieszkańca Gminy, nie musiała być przedmiotem konsultacji społecznych. Wójt stwierdził ponadto, że *realizacja zadania własnego gminy, a takim zadaniem jest budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, nie powinna stanowić przedmiotu konsultacji*.

(akta kontroli, str. 865-866)

**1.1.4.** W wyniku umowy z 13 listopada 2014 r. Kancelaria Radców Prawnych przedłożyła Gminie pismem z 19 stycznia 2015 r.<sup>15</sup>: „Analizę możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP”, „Analizę finansową referencyjnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych”, „Analizę przedsięwzięcia pn. *Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”, a także opracowanie pn. „Opis Potrzeb i Wymagań”. W wymienionych dokumentach nie dokonano porównania efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule PPP z efektywnością jego realizacji w inny sposób (szczegółowy opis w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości*).

(akta kontroli, str. 176-267)

---

<sup>15</sup> Drogą elektroniczną 16 stycznia 2015 r.

1.1.5. W opracowaniu „Analiza możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP” podkreślono na wstępie, że [...] *nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 1 lipca 2011 roku (dalej: Uucpg), wprowadziła na gminy szereg nowych obowiązków ustawowych. Zgodnie natomiast z wprowadzonymi regulacjami, a to z art. 3 ust. 1 pkt 2 lit. a Uucpg*<sup>16</sup>, wśród zadań własnych Gmin z zakresu utrzymania czystości i porządku wskazano między innymi obowiązek zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych<sup>17</sup>. W dalszej treści przytoczone zostały przepisy art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, stanowiące że gminy, realizując zadania polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, są obowiązane do:

- 1) przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, lub
- 2) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zasadach określonych w ustawie [...] o partnerstwie publiczno-prywatnym, lub
- 3) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zasadach określonych w ustawie [...] o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

W konkluzji stwierdzono: *Jedną z możliwych metod realizacji obowiązku w zakresie budowy i eksploatacji RIPOK jest więc przeprowadzenie inwestycji w oparciu o regulacje ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.*

Ponadto w „Analizie możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP” m.in.:

- przewidziano zawiązanie spółki kapitałowej w celu wykonywania umowy PPP;
- poruszono kwestie udziału w zyskach i stratach spółki;
- przeprowadzono analizę trybu wyboru partnera prywatnego, wskazując w tym zakresie na art. 4 ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

W konkluzji opracowania wskazano kluczowe korzyści z PPP:

- 1) *realizacja przedsięwzięcia (budowa, utrzymanie lub eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych) w sytuacji niewielkiego zaangażowania kapitału prywatnego,*
- 2) *ograniczone koszty całkowite przedsięwzięcia,*
- 3) *lepsza alokacja ryzyka,*
- 4) *zwiększona efektywność zarządzania przedsięwzięciem,*
- 5) *wyższa jakość usług publicznych.*

(akta kontroli, str. 177-186)

Analizę finansową przedsięwzięcia przeprowadzono w dokumentach „Analiza finansowa referencyjnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych” oraz „Analiza przedsięwzięcia pn. *Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”. W obydwu analizach przyjęto tożsame – z jednym wyjątkiem – założenia. Wspólne założenia to: wykonanie analiz w cenach zmiennych, w oparciu o metodę zdyskontowanych przepływów pieniężnych,

<sup>16</sup> Winno być: *art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a.*

<sup>17</sup> Dokument jest datowany na 16 stycznia 2015 r., natomiast już z dniem 1 lutego 2015 r. przepis art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy został znówelizowany poprzez dodanie zastrzeżenia: – *o ile obowiązek budowy takich instalacji wynika z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, o którym mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (zmiana wprowadzona ustawą z 28 listopada 2014 r., opublikowaną w Dzienniku Ustaw z 17 stycznia 2015 r.).*

z przyjęciem roku kalendarzowego za rok obrotowy. Różnica polegała na odmiennym ujęciu cen towarów i usług – w pierwszej z nich w kwotach netto, a w drugiej – brutto. Analiza finansowa w pierwszym opracowaniu objęła [...] koszty budowy i funkcjonowania referencyjnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych o mocy przerobowej wynoszącej 30 000 Mg/rok dla części mechanicznej oraz 15 000 Mg/rok dla części biologicznej. Uznano, że przychody i koszty funkcjonowania RIPOK będą tożsame z kosztami funkcjonowania spółki celowej. Analiza w opracowaniu drugim została przeprowadzona z perspektywy systemu gospodarki odpadami Gminy Lipinki. Opracowano w niej prognozę dochodów i wydatków tego systemu z uwzględnieniem zakładanych skutków realizacji przedsięwzięcia *Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*: [...] utrzymanie opłaty śmieciowej na obecnym poziomie (waloryzacja jedynie o wskaźnik inflacji) oraz zmniejszenie o 5% wydatków ponoszonych na odbiór i uzyskanie dodatkowych przychodów z tytułu udziału Gminy w spółce celowej (wyplata 10% dywidendy).

W wyniku przeprowadzonych analiz wyliczono wskaźniki efektywności finansowej inwestycji: finansową zaktualizowaną wartość netto z inwestycji (FNPV/C), finansową wewnętrzną stopę zwrotu z inwestycji (FRR/C) oraz finansowy wskaźnik korzyści/koszty z inwestycji (B/C-C). W pierwszej z analiz wskaźniki obliczone zostały z perspektywy inwestora i wyniosły: FNPV/C – (minus) 854 844,95 zł, FRR/C 6,77% i B/C-C 0,99 wraz z komentarzem, że *analiza finansowa planowanego przedsięwzięcia wykazuje jego niską rentowność z punktu widzenia inwestora realizującego projekt. Nie znaczy to jednak, że przedsięwzięcie nie powinno zostać zrealizowane. Otrzymane wyniki są typowe dla projektów infrastrukturalnych, w których strona przychodowa jest ograniczona stosownymi przepisami*. W drugiej analizie wskaźniki obliczone z perspektywy Gminy Lipinki wyniosły: FNPV/C 1 060 tys. zł, FRR/C niewyliczalne i B/C-C 1,29 z konkluzją, że *wartości wskaźników analizy finansowej wskazują na opłacalność realizacji przedsięwzięcia*.

(akta kontroli, str. 187-264)

**1.1.6.** W złożonych wyjaśnieniach Wójt wskazał na przeszkody na etapie przygotowania projektu PPP do realizacji, a to:

- brak doświadczenia w realizacji projektów w formule partnerstwa publiczno-prywatnego;
- niejasne przepisy prawne, skutkujące koniecznością zlecenia Instytutowi [...] z siedzibą w Warszawie<sup>18</sup> weryfikacji przygotowywanego na zlecenie Gminy postępowania w celu wychwycenia błędów i wprowadzenia zmian w postępowaniu;
- brak wykwalifikowanej kadry mogącej uczestniczyć w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania oraz weryfikacji poprawności dokumentów, stąd konieczność zlecenia całokształtu prac firmie zewnętrznej.

(akta kontroli, str. 4, 12)

**1.1.7.** W związku z przygotowaniem przedsięwzięcia w ramach PPP Urząd zawarł umowy:

- z 13 listopada 2014 r. z Kancelarią Radców Prawnych na wykonywanie usługi polegającej na wykonaniu kompleksowych analiz oraz usług doradczych na potrzeby realizacji projektu PPP mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. „Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla Gminy Lipinki” – z wynagrodzeniem

---

<sup>18</sup> Dalej: *Instytut*.

ryczałtowym w wysokości 17 958 zł; wynagrodzenie wypłacono zgodnie z § 6 ust. 1 umowy: 7 958 zł w dniu 15 czerwca 2015 r. (tj. po ogłoszeniu postępowania mającego na celu wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia<sup>19</sup>) oraz 10 000 zł w dniu 14 września 2017 r. (tj. po prawomocnym zakończeniu postępowania<sup>20</sup>);

- z 29 stycznia 2015 r. z Kancelarią Adwokatów [...] z siedzibą w W.<sup>21</sup> na sporządzenie opinii prawnej nt. zgodności z prawem dokumentów związanych z wyborem partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (przygotowanych przez Kancelarię Radców Prawnych) – z wynagrodzeniem 2 460 zł; wynagrodzenie wypłacono 12 lutego 2015 r.;
- z Instytutem (brak umowy w formie pisemnej) na sporządzenie opinii prawnej dotyczącej poprawności postępowania Gminy Lipinki w celu wyboru partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych<sup>22</sup> – wynagrodzenie 2 999,99 zł wypłacono 29 grudnia 2015 r.

Ogółem na przygotowanie przedsięwzięcia w formule PPP Gmina wydatkowała 23 417,99 zł.

(akta kontroli, str. 9, 133-148, 268-273, 411-413)

**1.1.8.** W ogłoszeniach o zamiarze zawarcia umowy w ramach PPP opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także na stronie internetowej Urzędu, wskazano że wartość przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego wynosi 10 mln zł.

(akta kontroli, str. 452-458, 465-470)

Taka kwota widnieje również w Bazie zawartych umów na stronie PPP Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej<sup>23</sup>.

W odpowiedzi na pytanie o podstawę ustalenia wartości przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego Wójt wskazał na tabelę 2 w opracowaniu „Analiza finansowa referencyjnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych”.

(akta kontroli, str. 865, 866, 1063, 1068)

Tabela 2 w ww. opracowaniu zawiera zestawienie „Nakładów na roboty budowlane i wyposażenie” RIPOK w łącznej wysokości netto 10 265 100 zł, z tego: budowa obiektów podstawowych – 2 855 100 zł, instalacje – 440 000 zł, zagospodarowanie terenu i budowa obiektów pomocniczych – 150 000 zł, wyposażenie – 4 820 000 zł, działka budowlana – 2 000 000 zł. Z kolei w tabeli 1 wyszczególniono „Całkowite nakłady inwestycyjne” w łącznej wysokości netto 10 769 076,50 zł, na którą składają się nakłady na roboty budowlane – 10 265 100 zł, powiększone o koszty przygotowawcze – 350 000 zł oraz koszty inżyniera nadzoru – 153 976,50 zł.

(akta kontroli, str. 187-217)

<sup>19</sup> Pierwsze ogłoszenie o zamówieniu – 9 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

<sup>20</sup> Umowa o PPP została zawarta 5 kwietnia 2017 r.

<sup>21</sup> Dalej: *Kancelaria Adwokatów*.

<sup>22</sup> Przedmiot umowy według zapisów faktury Instytutu z 21 grudnia 2015 r.

<sup>23</sup> <https://www.ppp.gov.pl/baza-zawartych-umow-ppp/>. Sam projekt widnieje tam pod nazwą: *Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia budowy lub utrzymania i eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w Gminie Lipinki* (dostęp 10 grudnia 2019 r.).

**1.1.9.** W analizach opracowanych przez Kancelarię Radców Prawnych na etapie przygotowania przedsięwzięcia PPP nie odniesiono się do kwestii wkładu Gminy do projektu<sup>24</sup>. Natomiast zgodnie z umową o PPP z 5 kwietnia 2017 r. do obowiązków partnera publicznego należało wniesienie do spółki celowej wkładu pieniężnego w wysokości 504,96 zł. Wkład ten został przez Gminę wniesiony, co pozwoliło jej na objęcie 0,05 jednego udziału.

W wyniku zawarcia 5 kwietnia 2017 r. umowy darowizny Gmina stała się właścicielem łącznie 20 udziałów (10% kapitału zakładowego spółki celowej) o wartości 201 982,40 zł.

(akta kontroli, str. 35-80, 81-86)

Stwierdzone  
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Gmina nie dokonała oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule PPP w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób. W opracowaniach Kancelarii Radców Prawnych:

- „Analiza możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP”,
- „Analiza finansowa referencyjnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych”,
- „Analiza przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”,
- „Opis Potrzeb i Wymagań”,
- w innych dokumentach związanych z przygotowaniem przedsięwzięcia

nie przeprowadzono takiej oceny. Wskazano w nich wprawdzie przepisy wskazujące na możliwość podjęcia działań również w trybie przetargu lub na zasadach określonych w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>25</sup>, ale było to jedyne nawiązanie do innych niż w formule PPP sposobów osiągnięcia założonych celów.

(akta kontroli, str. 176-267)

Wójt Gminy wyjaśnił, że [...] *obowiązujące przepisy prawa nie zawierają obowiązku dokonania oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w inny sposób w sytuacji, gdy podjęto decyzję dotyczącą realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia w formule PPP, i w tym zakresie zlecono niezbędne analizy. Gmina Lipinki nie posiada takiego potencjału kadrowego, ani możliwości finansowych, aby mogła zlecać analizy różnych wariantów realizacji zadania publicznego, w sytuacji gdy Ustawodawca sam wskazywał w przepisie art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach na możliwość realizacji zadania polegającego na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zasadach określonych w ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.*

(akta kontroli, str. 1157, 1160)

Najwyższa Izba Kontroli stoi na stanowisku, że wymóg takich analiz wynika z zasady optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, określonej w art. 44 ust. 3 pkt. 1 lit. b ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Poza uwagami odnoszącymi się do powołania spółki celowej (sp. z o.o.) – bez planowanych wydatków na pokrycie udziałów.

<sup>25</sup> W „Analizie możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP” oraz w „Analizie przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”.

<sup>26</sup> Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.

2. Gmina w sposób nierzetelny dokonała odbioru następujących opracowań:
- a. „Analiza możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP”, pomimo jego wewnętrznej sprzeczności. Autorzy dokumentu wskazali w nim bowiem na konieczność realizacji przez gminy zadania własnego z zakresu utrzymania czystości i porządku, polegającego na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych<sup>27</sup>, a jednocześnie stwierdzili jednoznacznie, że własność instalacji do przetwarzania odpadów pozostanie przy partnerze prywatnym;  
(akta kontroli, str. 177-186)
  - b. „Analiza finansowa referencyjnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych” oraz „Analiza przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”, pomimo tego, że:
    - nie zostały opatrzone nazwą i podpisem autora<sup>28</sup>;
    - zawierały stwierdzenie, że do ich przygotowania przyjęto założenia makroekonomiczne zaproponowane przez MRR – Warianty rozwoju gospodarczego Polski, o których mowa w Podrozdziale 7.4 Założenia do analizy finansowej oraz w Podrozdziale 11.3.1 Założenia i struktura modelu – Wytycznych w zakresie wybranych zagadnień związanych z przygotowaniem projektów inwestycyjnych, w tym projektów generujących dochód, MRR/H/14(2)01/2009, podczas gdy w przywołanym dokumencie brak podrozdziału o numerze 11.3.1 (i o takim tytule)<sup>29</sup>.
  - c. „Analiza przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”, w której znalazły się m.in. poniższe zapisy, odnoszące się do innego projektu PPP, niż przedsięwzięcie Gminy Lipinki:
    - identyfikacja projektu jest etapem, w którym następuje wybór przedsięwzięcia oraz wstępne analizy na potrzeby charakterystyki jego kluczowych elementów. W przypadku niniejszego Projektu faza ta została już przeprowadzona, czego wynikiem jest chociażby Studium Wykonalności dla przedsięwzięcia „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”<sup>30</sup> (str. 19 pkt 3.5.1);
    - w pkt. 3.5.3 Przygotowania do rozpisania przetargu na str. 20 wymieniono analizę sektora odpadowego województwa pomorskiego, a na str. 21 stwierdzono, że część prac związanych z tym etapem została już zrealizowana (np. analiza możliwości lokalizacyjnych przedsięwzięcia);
    - w pkt. 3.5.7 Sfinalizowanie umowy na str. 26-27 wskazano najważniejsze elementy, jakie powinna zawierać umowa PPP, w tym: okres umowy (istotnym aspektem będzie korelacja/jej brak z okresem amortyzacji instalacji termicznego przetwarzania odpadów); zasady rozliczania przychodów partnera prywatnego z tytułu sprzedaży energii cieplnej

<sup>27</sup> Art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – w brzmieniu obowiązującym w dacie opracowania dokumentu, tj. 16 stycznia 2015 r.

<sup>28</sup> W stopce „Analizy przedsięwzięcia pn. Utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych” od 34 strony pojawia się nazwa: Ove Arup & Partners International Ltd. Sp. z o.o. Oddział w Polsce.

<sup>29</sup> <https://poig.parp.gov.pl/files/74/108/255/3899.pdf> (dostęp 10 grudnia 2019 r.).

<sup>30</sup> Umowa pn. „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej” zarejestrowana jest w *Bazie zawartych umów PPP* – <https://www.ppp.gov.pl/baza-zawartych-umow-ppp/> (dostęp 10 grudnia 2019 r.).

i elektrycznej, świadectw pochodzenia energii ze źródeł odnawialnych oraz innych źródeł przychodów; określenie zasad wykorzystania środków z budżetu UE.

(akta kontroli, str. 187-217, 218-264)

W odpowiedzi na pytanie, dlaczego przedmiotowe analizy zostały zaakceptowane przez Urząd bez uwag, Wójt wyjaśnił, że stało się tak ze względu na ich przydatność do celu, w jakim zostały zamówione, a opisane nieścisłości były uznane jako nieistotne omyłki o charakterze błędów pisarskich. Dodał, że Urząd nie dysponuje potencjałem kadrowym, ani możliwościami finansowymi, aby zamawiać ekspertyzy weryfikujące wcześniejsze ekspertyzy.

(akta kontroli, str. 1158-1159, 1161)

Najwyższa Izba Kontroli zwraca uwagę, że weryfikacja dokumentów w powyższym zakresie nie wymagała eksperckich kwalifikacji, ani poniesienia dodatkowych nakładów finansowych, a jej brak świadczy o nierzetelności działania w zakresie odbioru ww. dokumentów bez uwag.

Odpowiedzialność za powyższe nieprawidłowości ponosi Wójt Gminy, a także Sekretarz Gminy, która na podstawie udzielonego przez Wójta pełnomocnictwa podejmowała czynności w postępowaniu o zawarcie umowy w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego.

## PODOBSZAR

### 1.2. Przygotowanie organizacyjne

Opis stanu faktycznego

**1.2.1.** W Gminie nie powołano zespołu odpowiedzialnego za przygotowanie i realizację projektu. Wójt wyjaśnił, że niepowołanie takiego zespołu było wynikiem decyzji o powierzeniu tych czynności podmiotom zewnętrznym, w związku z brakiem odpowiedniego potencjału kadrowego w Urzędzie.

Wójt wyjaśnił również, że pracownicy Urzędu nie korzystali ze szkoleń z zakresu PPP, gdyż wszelkie czynności dotyczące projektu zlecano podmiotom zewnętrznym.

Wójt dodał, że Gmina nie planuje realizacji kolejnych przedsięwzięć w formule PPP, a przebieg kontroli NIK dotyczącej partnerstwa publiczno-prywatnego utwierdził władze Gminy w przekonaniu, że realizacja zadań w tej formule nie jest odpowiednia dla małych jednostek samorządu terytorialnego, z ograniczeniami kadrowymi i finansowymi. W ocenie Wójta władze centralne nie popierają partnerstwa publiczno-prywatnego jako formy realizacji zadań gminy.

(akta kontroli, str. 1159, 1160)

**1.2.2.** W Gminie nie opracowano planu i harmonogramu przygotowania i przeprowadzenia projektu PPP. Wójt wyjaśnił, że nieopracowanie takich dokumentów było wynikiem decyzji o powierzeniu tych czynności podmiotom zewnętrznym, w związku z brakiem odpowiedniego potencjału kadrowego w Urzędzie.

(akta kontroli, str. 1159, 1161)

Stwierdzone nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości.

## OCENA CZĄSTKOWA

Najwyższa Izba Kontroli ocenia, że przygotowanie projektu partnerstwa publiczno-prywatnego w Urzędzie nie było prawidłowe. W szczególności należy zwrócić uwagę na brak analizy efektywności przedsięwzięcia w modelu PPP w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, a także na bierną akceptację

przygotowywanych przez doradcę opracowań i analiz, niejednokrotnie wymagających przynajmniej zażądania wyjaśnień, jeśli nie zakwestionowania niektórych elementów. Ograniczenia kadrowe w Urzędzie nie mogą usprawiedliwiać takich zaniechań.

## OBSZAR

## 2. Realizacja projektu PPP

Opis stanu faktycznego

**2.1.** Pierwsze postępowanie na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*” ogłoszono 9 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr 2015/S 090-161921), a także na stronie internetowej Urzędu od 11 maja 2015 r. Do wyboru partnera prywatnego wybrano procedurę z art. 4 ust. 3 ustawy o PPP, stanowiącego, że w przypadkach, w których nie ma zastosowania ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa Prawo zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>31</sup>.

Postępowanie, stosownie do zawartej z Gminą umowy oraz udzielonego przez Wójta pełnomocnictwa, prowadziła Kancelaria Radców Prawnych (m.in. w ogłoszeniu o zamówieniu podano adres Kancelarii Radców Prawnych jako właściwy do przesyłania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

(akta kontroli, str. 133-137, 175, 304, 351-356, 357-362)

Procedurę jako właściwą zaproponowała Kancelaria Radców Prawnych, która w opracowaniu „Analiza możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP” wykluczyła możliwość wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ponieważ *wynagrodzeniem partnera prywatnego nie będzie prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, ani też to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, a także odrzuciła możliwość zastosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, z uzasadnieniem *Przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym nie będą roboty budowlane, usługi czy dostawy. Przedmiotem umowy PPP będzie zobowiązanie partnera prywatnego do udostępnienia możliwości korzystania przez spółkę celową z instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych poprzez wniesienie instalacji aportem do spółki celowej lub poprzez podpisanie umowy cywilno-prawnej, której przedmiotem będzie nieodpłatne oddanie instalacji do używania i pobierania pożytków przez spółkę celową. Wynagrodzeniem partnera prywatnego jest partycypacja w zyskach spółki celowej. W związku z powyższym, ze względu na brak odpłatnej umowy, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, należy stwierdzić, że ustawy PZP również nie stosujemy.**

W konkluzji wskazano art. 4 ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym jako właściwy do wyboru partnera prywatnego.

(akta kontroli, str. 176-186)

W opinii prawnej Kancelarii Adwokatów z lutego 2015 r., dotyczącej poprawności sporządzenia dokumentów związanych z postępowaniem o zawarcie umowy w trybie

<sup>31</sup> W brzmieniu obowiązującym do 18 września 2018 r.

PPP, niezależnie od szeregu uwag szczegółowych, potwierdzono prawidłowość wyboru art. 4 ust. 3 ustawy o PPP jako podstawy prawnej postępowania.

(akta kontroli, str. 274-290)

W kolejnej opinii, przygotowanej w grudniu 2015 r. przez Instytut, zaprezentowano odmienne stanowisko, uznając, że w analizowanej sprawie nie ma podstaw prawnych do zastosowania przepisu art. 4 ust. 3 ustawy o PPP. W uzasadnieniu wskazano m.in., że o możliwości odstąpienia od wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi lub ustawy Prawo zamówień publicznych nie będzie decydował model wynagrodzenia partnera prywatnego, ponieważ wszystkie możliwe rozwiązania w zakresie ustalenia wynagrodzenia partnera prywatnego objęte zostały dyspozycją art. 4 ust. 1 lub art. 4 ust. 2 ustawy o PPP. Przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi i ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do wyboru partnera prywatnego tylko w przypadku istnienia wyraźnego wyłączenia ustawowego.

(akta kontroli, str. 396-410)

Powyższa opinia sporządzona została w oparciu o wzór umowy o PPP, który w § 3 ust. 5 przewidywał, że *przedmiotem umowy są zobowiązania spółki celowej w stosunku do Gminy z tytułu odbieranych od Gminy odpadów komunalnych, a postanowienia umowy pomiędzy spółką celową a Gminą (umowy o zagospodarowanie odpadów<sup>32</sup>) stanowiły załącznik nr 2 do umowy.*

(akta kontroli, str. 372-390)

W stanowisku prawnym z 19 stycznia 2016 r. Kancelaria Radców Prawnych zaproponowała korektę procedury wyboru partnera prywatnego:

*Działalność spółki celowej będzie polegać na świadczeniu odpłatnych usług zagospodarowania odpadów na rzecz każdego zainteresowanego podmiotu, nie tylko na rzecz Gminy Lipinki. Gmina Lipinki w związku z zawarciem Umowy PPP nie ma obowiązku zagospodarowywać odpadów w spółce celowej. Miejsce zagospodarowania odpadów przez Gminę Lipinki zostanie ustalone przez wykonawcę w ramach prowadzonej procedury na transport i zagospodarowanie odpadów. W naszej ocenie główna działalność spółki PPP, która będzie jedynie instrumentem wykonania umowy PPP, nie polega na odpłatnym świadczeniu usług zagospodarowania odpadów na rzecz Gminy Lipinki.*

W opinii zaproponowano powtórzenie fazy negocjacji, ze zmianą i doprecyzowaniem umowy o zagospodarowanie odpadów, [...] *tak aby z umowy jasno wynikało, że w przypadku ogłoszenia zamówienia publicznego w trybie ustawy PZP na transport i zagospodarowanie odpadów z Gminy Lipinki, każdy podmiot, który będzie chciał brać udział w przetargu i zagospodarowywać odpady w Instalacji, otrzyma od spółki celowej cenę za zagospodarowanie odpadów w wysokości wskazanej w ofercie w postępowaniu na wybór partnera prywatnego.*

Modyfikacja ta miała zapewnić bezpieczeństwo prawne prowadzonej procedurze wyboru partnera prywatnego.

(akta kontroli, str. 416-418)

Ostatecznie 29 lutego 2016 r. podjęto decyzję o zamknięciu postępowania na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego

---

<sup>32</sup> § 3 wzoru umowy o zagospodarowanie odpadów stanowił, że Przekazujący Odpady (Gmina) zobowiązuje się przekazywać, a Prowadzący Instalację (spółka celowa) zobowiązuje się przyjmować do zagospodarowania w Instalacji MBP Odpady dostarczane przez Odbierającego Odpady (ust. 1) oraz że Przekazujący Odpady zobowiązuje się przekazywać Prowadzącemu Instalację wszystkie Odpady (ust. 2).

pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*” bez wyboru oferty najkorzystniejszej.

(akta kontroli, str. 420-429)

**2.2.** W kolejnym postępowaniu na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*” ponownie zastosowano art. 4 ust. 3 ustawy o PPP, z powtórzeniem uzasadnienia w zakresie trybów określonych w art. 4 ust. 1 i 2 ustawy (w Informacji o postępowaniu o zawarcie umowy w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego: „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*” z 18 marca 2016 r.).

(akta kontroli, str. 431-432)

Wprowadzone zmiany – w stosunku do pierwszego postępowania – sprowadziły się przede wszystkim do wdrożenia propozycji Kancelarii Radców Prawnych z 19 stycznia 2016 r., tj. usunięcia z umowy o PPP zapisu z § 3 ust. 5, stosownie do którego przedmiotem umowy są zobowiązania spółki celowej w stosunku do Gminy z tytułu odbieranych od Gminy odpadów komunalnych, a także wzoru umowy pomiędzy spółką celową a Gminą o zagospodarowanie odpadów, stanowiącego załącznik nr 2 do tej umowy<sup>33</sup>.

(akta kontroli, str. 371--390, 544-563)

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w ramach PPP opublikowano 22 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr 2016/S 057-096381), a także na stronie internetowej Urzędu od 23 marca 2016 r.

W ogłoszeniach zamieszczono m.in. informacje o: zamawiającym, Kancelarii Radców Prawnych jako miejscu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert, przedmiocie zamówienia, warunkach udziału (zdolność ekonomiczna i finansowa oraz posiadane kwalifikacje, dokumentach niezbędnych do złożenia przez wykonawcę, kryteriach oceny ofert oraz okolicznościach uzasadniających odwołanie postępowania.

W ogłoszeniach nie zamieszczono żadnych informacji odnoszących się do nieruchomości, która stanowiłaby wkład własny partnera publicznego w przypadku wyboru oferty przewidującej budowę RIPOK.

Podczas posiedzenia Komisji Rolnictwa, Leśnictwa, Ochrony Środowiska i Infrastruktury Rady Gminy Lipinki w dniu 23 października 2014 r. Wójt poinformował radnych o planowanym przedsięwzięciu związanym z RIPOK, w tym dodał, że *na terenie gminy nie posiadamy takiego miejsca w miejscowym planie przestrzennym*.

(akta kontroli, str. 15-16, 452-458, 464-476)

**2.3.** Drugie postępowanie (podobnie jak pierwsze) prowadzono na podstawie Regulaminu postępowania na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”<sup>34</sup>. Jego przedmiotem był (1) wybór partnera prywatnego dla ww. przedsięwzięcia, który wybuduje instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, a następnie wspólnie z Gminą utworzy spółkę celową do zarządzania instalacją lub (2) wybór partnera prywatnego, który posiada instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania

<sup>33</sup> W podpisanej umowie o PPP załącznik nr 2 stanowił wzór umowy zobowiązującej do odkupu udziałów.

<sup>34</sup> Zatwierdzonego zarządzeniem nr 32/2015 Wójta Gminy Lipinki z dnia 21 kwietnia 2015 r.

odpadów i wspólnie z Gminą utworzy spółkę celową do zarządzania instalacją, a wartość przedmiotu PPP ustalono na 10 000 000 zł. Zarządzeniem Wójta Gminy Lipinki nr 22/2016 z 18 marca 2016 r. powołana została Komisja w sprawie Wyboru Partnera Prywatnego.

Postępowanie, podobnie jak pierwsze, prowadziła Kancelaria Radców Prawnych (w ogłoszeniu o zamówieniu podano adres Kancelarii Radców Prawnych jako właściwy do przesyłania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

(akta kontroli, str. 307-320, 430, 431-432, 452-458, 465-473)

**2.4.** W Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w ramach PPP przedstawiono kryteria oceny ofert i ich wagi: (1) cena za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych – 20; (2) cena za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych segregowanych<sup>35</sup> – 20; (3) okres stałości ceny za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych – 15; (4) okres stałości ceny za przyjęcie do instalacji jednej tony przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych segregowanych<sup>36</sup> – 15; (5) wartość wykupu udziałów Gminy Lipinki w spółce – 20; (6) termin uruchomienia instalacji – 10.

(akta kontroli, str. 452-458, 464-476)

**2.5.** W dniu 1 kwietnia 2016 r. wpłynął protest na czynności Gminy w postępowaniu o zawarcie umowy w trybie partnerstwa publiczno-privatnego pn. „Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych” złożony przez A. [...] sp. z o.o. z siedzibą w Z. Zdaniem skarżącej spółki Gmina ukształtowała kryteria udzielenia zamówienia, a także Opis Potrzeb i Wymagań oraz tryb postępowania w sposób powodujący nierówne i dyskryminujące traktowanie zainteresowanych podmiotów, naruszając:

- 1) art. 4 ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym, tj. zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, poprzez ustalenie sposobu realizacji zamówienia polegającego na wykorzystaniu przez partnera prywatnego posiadanej przez siebie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, dyskryminujące podmioty nieposiadających takiej instalacji w tym regionie, a także ustalenie jako kryterium terminu uruchomienia instalacji oraz nadanie mu wagi, co stawia podmiot posiadający taką instalację w pozycji uprzywilejowanej;
- 2) art. 4 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym oraz potencjalnie zasadę legalności wydatków publicznych wynikającą z art. 44 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, poprzez nieuzasadnione zastosowanie trybu wyboru partnera prywatnego opisanego w art. 4 ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym z pominięciem trybów wskazanych w ust. 1 i 2 tego przepisu.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów podniesiono, że *wskazane uprzywilejowanie wywierać może istotny wpływ na wynik postępowania, w szczególności ze względu na przyjęty przez Gminę sposób ukształtowania kryteriów wyboru partnera prywatnego. Wśród tych kryteriów znajduje się bowiem termin uruchomienia instalacji. Oczywistym jest, że podmiot posiadający już instalację w regionie będzie mógł zaoferować w tym zakresie najkorzystniejsze parametry. Spowoduje to uzyskanie przez takiego oferenta znacznej i nieuzasadnionej przewagi nad konkurentami. W odniesieniu do drugiego zarzutu wskazano, że przewidziana w art. 4 ust. 3*

---

<sup>35</sup> Tak w ogłoszeniu.

<sup>36</sup> Jak wyżej.

*możliwość samodzielnego ukształtowania reguł postępowania dotyczy, zgodnie m.in. z uzasadnieniem projektu ustawy, na mocy której wszedł w życie wskazany przepis<sup>37</sup>, jedynie sytuacji, gdy zastosowanie któregoś z powołanych wyżej trybów zostało wprost wyłączone przez ustawę szczególną. Taka sytuacja nie ma miejsca w tym przypadku.*

(akta kontroli, str. 506, 507-512)

Projekt rozstrzygnięcia protestu przygotowała Kancelaria Radców Prawnych i przesłała 9 kwietnia 2016 r. do Urzędu. Wójt Gminy rozstrzygnął protest 12 kwietnia 2016 r. w sposób zaproponowany w projekcie, tj. oddalił protest.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów w uzasadnieniu stwierdzono m.in., że ograniczenie postępowania tylko do podmiotów, które wybudują instalację, lub tylko do podmiotów, które posiadają taką instalację, doprowadziłoby do dyskryminacji jednych lub drugich, dlatego podjęto decyzję o dopuszczeniu wszystkich do udziału w postępowaniu. Podkreślono również, że nadanie wagi kryterium pn. „termin uruchomienia instalacji” w wysokości 10% wynikał z uzasadnionych potrzeb Gminy szybkiego uruchomienia instalacji, spełniającej wymogi regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a tym samym do wypełnienia dyspozycji z art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>38</sup>. Dodano, że *waga 10% nie jest wagą decydującą i przeważającą nad pozostałymi kryteriami oceny ofert.*

Zasadność zastosowania art. 4 ust. 3 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym do wyboru partnera prywatnego – a tym samym oddalenia drugiego zarzutu – uzasadniono identycznie, jak w dokumencie pn. „Analiza możliwości budowy, utrzymania lub eksploatacji RIPOK w drodze PPP” z 16 stycznia 2015 r.

(akta kontroli, str. 506, 507-512, 513-518, 519-524)

**2.6.** Do terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wyznaczonego (po zmianach) na 18 kwietnia 2016 r. do godz. 13.00, wpłynął jeden wniosek – przyszłego Partnera prywatnego. W tym samym dniu po terminie (o godz. 15.16) wpłynął drugi wniosek – Zakładu z S. Pismem z 19 kwietnia 2016 r. Komisja poinformował tego wnioskodawcę, że na podstawie Regulaminu postępowania (§ 18 ust. 2) wniosek zostanie zwrócony po upływie terminu do wniesienia protestu, co nastąpiło 13 maja 2016 r.

(akta kontroli, str. 529, 531, 532, 533, 579-582)

<sup>37</sup> Chodzi o uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o wspieraniu usług i sieci telekomunikacyjnych (druk sejmowy nr 2546 – wpłynął 27 listopada 2009 r.): *W art. 73 zaproponowano zmiany w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, których celem jest ustanowienie reguł wyłaniania partnera prywatnego w przypadku, w którym odesłanie do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a także do ustawy – Prawo zamówień publicznych obejmuje zamówienia lub koncesje wyłączone z zakresu zastosowania tych ustaw. Przykładem są zamówienia i koncesje w sektorze telekomunikacyjnym, które wyłączone są zarówno z ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt 10), jak i z ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi (art. 4 ust. 1 pkt 2), a w konsekwencji odesłanie zawarte w art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w stosunku do nich nie wskazuje trybu wyłonienia partnera prywatnego. W takich przypadkach proponuje się pozostawienie partnerowi publicznemu swobody w wyborze trybu wyłonienia partnera prywatnego, ale z poszanowaniem wymagań wynikających z prawa wspólnotowego – zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności (przestrzeganie tych reguł jest rekomendowane przez KE dla zamówień i koncesji wyłączonych spod dyrektywy 2004/18/WE).*

<sup>38</sup> Powołanego art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (który utracił moc z dniem 1 stycznia 2017 r.) nie można analizować w oderwaniu od art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a tej ustawy, który – w brzmieniu obowiązującym od 1 lutego 2015 r., a więc znacznie przed wszczęciem postępowań Gminy na wyłonienie partnera prywatnego – stanowił, że gminy zapewniają budowę, utrzymanie i eksploatację regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, o ile obowiązek budowy takich instalacji wynika z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, co w tym przypadku nie miało miejsca. Ponadto przepis ten niezmiennie stanowił o instalacjach własnych gminy (lub wspólnych z innymi gminami), a tego postępowanie Gminy Lipinki na wybór partnera prywatnego nie zapewniło.

W dniu 31 maja 2016 r. do jedyne go oferenta zostało wysłane zaproszenie do przeprowadzenia dialogu dotyczącego warunków i zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego. Spotkanie negocjacyjne odbyło się 10 czerwca 2016 r. i ustalono na nim, że dokumenty będą podlegały negocjacji w formie elektronicznej.

Pismem i e-mailem z 8 września 2016 r. Kancelaria Radców Prawnych przesłała do Gminy Lipinki dokumenty z prośbą o akceptację (umowa o PPP, umowa spółki celowej, umowa sprzedaży udziałów oraz umowa darowizny udziałów). Dokumenty zostały zaakceptowane poprzez naniesienie na piśmie Kancelarii Radców Prawnych zapisu: *Zatwierdzam*, podpisanego z up. Wójta przez Sekretarza Gminy.

W dniu 9 września 2016 r. przedstawicielowi oferenta zostały przekazane osobiście informacje o zakończeniu fazy dialogu oraz Istotne Warunki Postępowania wraz z załącznikami i Umowa partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>39</sup>.

(akta kontroli, str. 534, 535-536, 543, 544-563, 565, 579-582)

W terminie składania ofert wyznaczonym na 19 września 2016 r. wpłynęła jedna oferta – Przedsiębiorstwa [...] sp. z o.o.<sup>40</sup> z następującymi elementami: (1) cena za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych – 212 zł; (2) cena za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych komunalnych odpadów segregowanych – 53 zł; (3) okres stałości ceny za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych – 37 miesięcy<sup>41</sup>; (4) okres stałości ceny za przyjęcie do instalacji jednej tony segregowanych odpadów komunalnych – 37 miesięcy; (5) wartość wykupu udziałów Gminy Lipinki w spółce – 7 500 zł za jeden udział; (6) termin uruchomienia instalacji – 60 dni.

(akta kontroli, str. 574, 575)

W dniu 20 września 2016 r. Komisja Wyboru Partnera Prywatnego przesłała do Gminy Lipinki propozycję wyboru oferty Przedsiębiorstwa E. jako oferty najkorzystniejszej z uzasadnieniem: *Jest to jedyna oferta, która została złożona w prowadzonym postępowaniu. Oferta jest prawidłowa pod względem formalno-prawnym.* Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zamieszczono na stronie internetowej Gminy 21 września 2016 r.

(akta kontroli, str. 575, 576-582)

**2.7.** Umowa o PPP pomiędzy Gminą Lipinki a Przedsiębiorstwem E. została zawarta 5 kwietnia 2017 r., tj. ponad pół roku po wyborze oferty. Umowę ze strony Gminy podpisała Sekretarz Gminy, działająca na podstawie pełnomocnictwa udzielonego 18 marca 2016 r., upoważniającego do wykonywania w postępowaniu o zawarcie umowy w trybie PPP następujących czynności: (1) wszczęcie postępowania, w tym podpisanie ogłoszenia o wszczęciu postępowania, (2) podpisanie dokumentów w toku postępowania, (3) prowadzenie negocjacji z partnerem prywatnym, (4) zatwierdzenie wyników postępowania, w tym podpisanie umowy z partnerem prywatnym.

(akta kontroli, str. 35-56, 433, 575)

W odpowiedzi na pytanie o ponad półroczną zwłokę w podpisaniu umowy Wójt wyjaśnił, że w okresie pomiędzy wyborem oferty a podpisaniem umowy

<sup>39</sup> Na podstawie § 20 ust. 4 Regulaminu postępowania na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”.

<sup>40</sup> Dalej: *Przedsiębiorstwo E* lub *Partner prywatny*.

<sup>41</sup> W przekazanych Przedsiębiorstwu E. Istotnych Warunkach Postępowania zamieszczono wymóg, aby okres stałości cen wynosił co najmniej 3 lata – z informacją, że oferta z krótszym okresem stałości cen zostanie odrzucona jako niespełniająca wymagań IWP.

przeprowadzono analizy poprawności zastosowanej procedury oraz przekazywano dokumentację z Kancelarii Radców Prawnych do Urzędu Gminy. Wynikało to również z konieczności podjęcia przez Radę Gminy Lipinki uchwały w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki EMPOL GORLICE sp. z o.o. Uchwała pierwotnie miała być podjęta na sesji 23 listopada 2016 r., ale została wycofana przez Wójta z uwagi na jej niedopracowanie i konieczność dokładnej analizy. Jej uchwalenie nastąpiło na sesji Rady Gminy Lipinki 28 grudnia 2016 r. W związku z wniesieniem przez notariusza uwag do zapisów projektu umowy spółki, stanowiącego załącznik do uchwały, zaszła konieczność dokonania zmiany podjętej uchwały, co nastąpiło na sesji Rady Gminy Lipinki 29 marca 2017 r.

(akta kontroli, str. 1063, 1068-1069)

Powyższa zmiana uchwały Rady Gminy Lipinki<sup>42</sup> polegała na korekcie zapisów odnoszących się do sposobu objęcia udziałów przez Gminę i Partnera prywatnego w spółce celowej (m.in. wkład pieniężny Gminy na pokrycie udziałów wzrósł z 500 zł do 504,96 zł).

(akta kontroli, str. 735-755, 756-774)

W preambule umowy o PPP zamieszczono m.in. uzasadnienie jej zawarcia, tj. okoliczność, że: *zadania publiczne związane z utrzymaniem czystości i porządku na terenie Gminy, w tym zadania z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi, stanowią obowiązkowe zadania własne Gminy. W § 1 ust. 2 zdefiniowano przedsięwzięcie jako budowę lub utrzymanie i eksploatację regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w § 3 ust. 1 przedmiot umowy: Przedmiotem umowy jest realizacja przez Partnera Prywatnego we współpracy z Gminą Przedsięwzięcia, w ramach którego Partner Prywatny na warunkach określonych w Umowie, zapewniając niezbędne finansowanie oraz inne świadczenia o charakterze niepieniężnym dla realizacji całego Przedsięwzięcia polegającego na utrzymaniu i eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.*

Ponadto w umowie ustalono:

- 15-letni okres jej obowiązywania;
- podstawowe obowiązki Partnera prywatnego: podejmowanie niezbędnych działań w celu realizacji przedmiotu umowy; podpisanie umowy spółki celowej i wniesienie do niej aportu i wkładu pieniężnego; zapewnienie środków finansowych na realizację przedmiotu umowy; odkup od Gminy udziałów w spółce celowej; dzielenie się wiedzą i doświadczeniem, w szczególności dotyczącym zarządzania i eksploatacją instalacji;
- podstawowe obowiązki Gminy: podejmowanie niezbędnych działań w celu realizacji przedmiotu umowy; podpisanie umowy spółki celowej i wniesienie do niej wkładu pieniężnego;
- że ryzyko powodzenia przedsięwzięcia obciąża spółkę celową;
- warunki odkupu od Gminy udziałów w spółce celowej;
- zobowiązanie Partnera prywatnego do utrzymania przez 37 miesięcy stałych cen za przyjęcie do instalacji odpadów komunalnych Gminy: 212 zł za jedną tonę odpadów zmieszanych oraz 53 zł za jedną tonę odpadów segregowanych;
- wynagrodzenie Partnera prywatnego jako prawa do udziału w zyskach osiągniętych

---

<sup>42</sup> Uchwała Nr XX/206/2016 Rady Gminy Lipinki z dnia 28 grudnia 2016 r. w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki EMPOL GORLICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zmieniona uchwałą Nr XXII/225/2017 Rady Gminy Lipinki z dnia 29 marca 2017 r. dotycząca zmiany uchwały własnej nr XX/206/2016 z dnia 28 grudnia 2016 r. w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki EMPOL GORLICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

- przez spółkę celową;
- prawo Gminy do przeprowadzania kontroli realizacji przedsięwzięcia;
  - odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień umowy.

(akta kontroli, str. 35-56)

Umowa – z uwagi na swój przedmiot – była niezgodna z przepisami (szczegółowy opis w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości*).

**2.8.** W tym samym dniu, w którym podpisano umowę o PPP, tj. 5 kwietnia 2017 r., Gmina Lipinki i Partner prywatny podpisali również:

- umowę spółki celowej EMPOL GORLICE sp. z o.o.<sup>43</sup>, w której Gmina objęła 0,05 udziałów o wartości nominalnej 504,96 zł, a Partner prywatny – 199,95 udziałów o łącznej wartości 2 019 324 zł;
- umowę darowizny, na podstawie której Partner prywatny darował Gminie 19,95 udziałów w spółce celowej o łącznej wartości 201 477,44 zł;
- umowę, w której Partner prywatny zobowiązał się do zawarcia z Gminą umowy zobowiązującej do odkupu posiadanych przez Gminę udziałów po cenie 7 500 zł za jeden udział.

W wyniku zawarcia umowy spółki celowej oraz umowy darowizny Gmina objęła w spółce EMPOL GORLICE sp. z o.o. 20 udziałów o wartości 201 982,40 zł, a Partner prywatny 180 udziałów o wartości 1 817 841,60 zł. Kapitał zakładowy spółki wynosił 2 019 824 zł.

(akta kontroli, str. 57-80, 81-83, 87-89)

W odpowiedzi na pytanie o przyczyny/przesłanki decyzji o zawiązaniu spółki celowej w celu realizacji przedsięwzięcia Wójt wyjaśnił m.in., że:

- spółka celowa jest optymalną i bezpieczną dla Gminy, pod względem ekonomicznym i prawnym, formą realizacji przedsięwzięcia „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”;
- założenie spółki łączy się z niskimi kosztami, a podstawowym jej atutem jest ograniczenie odpowiedzialności wspólników za działania podejmowane przez spółkę i za jej zobowiązania;
- spółka działa w rzeczywistości gospodarczej samodzielnie i samodzielnie ponosi wszelkie ryzyka związane z tą działalnością;
- działając przez swoje organy, spółka zdecydowanie efektywniej realizuje działania na etapie eksploatacyjnym przedsięwzięcia;
- *ponadto Gmina Lipinki nie posiada żadnej jednostki organizacyjnej, która mogłaby wykonywać przedmiotowe przedsięwzięcie, polegające na budowie lub utrzymaniu i eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.*

(akta kontroli, str. 865-867)

**2.9.** Postanowienia umowy o PPP były zgodne z warunkami postępowania zawartymi w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, z uzgodnieniami w trakcie negocjacji oraz złożoną ofertą.

(akta kontroli, str. 35-56, 452-463, 465-473, 535-536, 579-582)

---

<sup>43</sup> Akt notarialny Rep. A Nr 2871/2017.

**2.10.** W § 10 umowy o PPP ustalono wynagrodzenie Partnera prywatnego jako *prawo do udziału w zyskach osiągniętych przez spółkę celową* – proporcjonalnego do jego udziałów w spółce celowej.

(akta kontroli, str. 35-56)

Ze sprawozdań finansowych spółki celowej EMPOL GORLICE sp. z o.o. wynikało, że w roku 2017 poniosła ona stratę w wysokości 24 453,58 zł, a w roku 2018 osiągnęła zysk netto w wysokości 229 255,69 zł. Według stanu na 31 sierpnia 2019 roku spółka osiągnęła zysk w wysokości 469 147,55 zł

Uchwałą nr 5/2019 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników EMPOL GORLICE sp. z o.o. z 26 czerwca 2019 r. w sprawie podziału zysku za rok obrotowy 2018 zysk w wysokości 229 255,69 zł przeznaczono na pokrycie straty z roku 2017 (24 453,58 zł) oraz na kapitał zapasowy (204 802,11 zł). Za uchwałą głosowało 100% udziałów.

(akta kontroli, str. 777-792, 811-835, 847, 854-855)

W odpowiedzi na pytanie, dlaczego przedstawiciel Gminy Lipinki na Zwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników głosował za takim podziałem zysku spółki za rok obrotowy 2018, Wójt wyjaśnił, że:

*Gmina zdecydowała się zagłosować zgodnie z wnioskiem Zarządu oraz zgodnie ze stanowiskiem głównego udziałowca Spółki Celowej mając na uwadze, że w pierwszych latach funkcjonowania Spółki należy się skupić na inwestowaniu w samą Spółkę, a nie na krótkoterminowych zyskach.*

(akta kontroli, str. 1065, 1074)

**2.11.** Postanowienia umowy o PPP nie były zmieniane. Zmieniana była natomiast umowa spółki celowej – EMPOL GORLICE sp. z o.o.:

- 20 czerwca 2017 r.<sup>44</sup> – zmiana pkt. XI umowy: korekta zapisów odnoszących się do liczby udziałów, jaką może posiadać każdy wspólnik;
- 28 lipca 2017 r.<sup>45</sup> – zmiana pkt. X umowy: korekta zapisów odnoszących się do sposobu objęcia udziałów w spółce.

(akta kontroli, str. 57-80, 99-108, 109-132)

**2.12.** Z zawartej 5 kwietnia 2017 r. umowy spółki celowej, tj. EMPOL Gorlice sp. z o.o., wynikało że Partner Prywatny wniósł do niej wkład pieniężny w kwocie 4550 zł oraz aport w postaci nieodpłatnego prawa do eksploatacji przez okres 15 lat instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych zlokalizowanej w Gorlicach, przy założeniu, że spółka celowa będzie kierowała do tej instalacji 10% strumienia odpadów kierowanych tam ogółem. Wartość tego aportu została ustalona przez rzeczoznawcę na kwotę 2 014 824 zł

(akta kontroli, str. 57-80)

**2.13.** Realizacja przedsięwzięcia sprowadziła się do zawięzania 5 kwietnia 2017 r. spółki celowej, eksploatującej – równolegle z Partnerem prywatnym – instalację do przetwarzania odpadów komunalnych w Gorlicach.

Jedynym wymiernym zobowiązaniem Partnera prywatnego (oprócz kwestii związanych z utworzeniem spółki celowej) było zagwarantowanie przez okres 37 miesięcy stałych cen za przyjęcie odpadów komunalnych Gminy do instalacji

<sup>44</sup> Akt notarialny Rep. A Nr 4976/2017.

<sup>45</sup> Akt notarialny Re. A Nr 6116/2017.

w wysokości 212 zł za jedną tonę odpadów zmieszanych oraz 53 zł za jedną tonę odpadów segregowanych.

(akta kontroli, str. 35-56, 57-80)

Przedsiębiorstwo E., niezależnie od zawiązania z Gminą Lipinki partnerstwa publiczno-prywatnego, wykonywało na jej rzecz usługę pn. odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Lipinki oraz ich zagospodarowanie. Umowy na świadczenie tych usług zawierane były w latach 2016-2019 w wyniku przeprowadzonych postępowań w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych (przetarg nieograniczony), w ramach których Przedsiębiorstwo E. każdorazowo było jedynym oferentem.

Analiza faktur wystawianych przez Przedsiębiorstwo E. z tytułu świadczenia przedmiotowych usług w latach 2016-2019<sup>46</sup> wykazała zawyżenie cen w odniesieniu do niektórych grup odpadów komunalnych (szczegółowy opis w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości*).

(akta kontroli, str. 601-678, 679-734, 1076-1090)

W § 11 ust. 1 umowy o PPP zabezpieczono prawo Gminy do kontroli realizacji przedsięwzięcia, z którego Gmina – do czasu kontroli NIK – nie skorzystała.

(akta kontroli, str. 35-56)

**2.14.** Z informacji uzyskanych od sześciu gmin wiejskich powiatu gorlickiego<sup>47</sup> wynika, że w latach 2016-2019 ceny, jakie były one zobowiązane płacić za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych były wyższe od cen uiszczanych przez Gminę Lipinki o od 21,2% do 119,9%. Średnia cena w wymienionych gminach była wyższa od ceny w gminie Lipinki: w 2016 r. – o 50,3%, w 2017 r. – o od 49,9% do 75,7%, w 2018 r. – o 46,7% i w 2019 r. – o od 42,0% do 51,0%<sup>48</sup>.

(akta kontroli, str. 882-920)

**2.15.** W odpowiedzi na pytanie o przeszkody na etapie realizacji projektu PPP Wójt nie wskazał żadnych istotnych problemów, wymieniając:

- niewielkie trudności formalno-prawne po zakończeniu postępowania, a przed podpisaniem umów, polegające na konieczności dokonania korekt zapisów dotyczących podziału obejmowanych w spółce celowej udziałów;
- niewielkie trudności formalno-prawne z wpisaniem spółki celowej do Krajowego Rejestru Sądowego, wymuszające konieczność modyfikacji pkt. X umowy spółki z 5 kwietnia 2017 r.;
- konieczność zmiany umowy darowizny z 5 kwietnia 2017 r. poprzez dodanie nazwy spółki celowej w dwóch paragrafach umowy.

(akta kontroli, str. 4, 12)

Stwierdzone  
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

**1.** Gmina nieprawidłowo przeprowadziła postępowanie na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub*

<sup>46</sup> Czyli również przed nawiązaniem stosunku partnerstwa publiczno-prywatnego między Gminą a Przedsiębiorstwem E (ale w trakcie prowadzonych postępowań na wybór partnera prywatnego).

<sup>47</sup> Gorlice, Lużna, Moszczenica, Ropa, Sękowa i Uście Gorlickie. W skład powiatu gorlickiego wchodzi jedna gmina miejska – Miasto Gorlice, dwie gminy miejsko-wiejskie – Biecz i Bobowa oraz siedem gmin wiejskich – wymienione oraz Lipinki.

<sup>48</sup> Przedziały procentowe w latach 2017 i 2019 wynikają ze zmiany cen na przestrzeni tych lat (w niektórych gminach).

*utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”, zastosowała bowiem tryb art. 4 ust. 3 ustawy o PPP, podczas gdy mógł on być zastosowany jedynie w przypadku wyraźnego wyłączenia ustawowego trybów z art. 4 ust. 1 i 2, co nie miało miejsca.

Pierwsze postępowanie Gminy na „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. *Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*” (ogłoszenie z 9 maja 2015 r.) decyzją Wójta zostało zamknięte 29 lutego 2016 r. bez wyboru oferty najkorzystniejszej. Było to efektem negatywnej opinii Instytutu m.in. na temat zastosowanego trybu wyboru.

(akta kontroli, str. 1091-1108)

W kolejnym postępowaniu (ogłoszenie z 22 marca 2016 r.) wprowadzono modyfikacje, sprowadzające się do usunięcia z umowy o PPP postanowień dotyczących zobowiązań spółki celowej w stosunku do Gminy z tytułu odbieranych odpadów komunalnych, ale nadal zastosowano tryb z art. 4 ust. 3 ustawy o PPP.

Nie wskazano przy tym podstawy prawnej zastosowania tego trybu, tj. przepisów wyłączających zastosowanie art. 4 ust. 1 i art. 4 ust. 2 ustawy o PPP.

(akta kontroli, str. 431-432, 452-458, 464-476)

Wójt wyjaśnił, że nie ma przepisu prawnego nakazującego wskazywanie w dokumentach postępowania lub w umowie PPP przepisów potwierdzających niemożność zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Dodał, że samo brzmienie art. 4 ust. 3 ustawy o PPP wskazuje na taką niemożność.

(akta kontroli, str. 1064, 1069)

W ocenie Najwyższej Izby Kontroli wyboru Partnera prywatnego do realizacji projektu partnerstwa publiczno-prywatnego dokonano z naruszeniem trybu tego wyboru.

**2. Stosunek prawny** nawiązany przez Gminę Lipinki z Partnerem prywatnym w wyniku zawarcia umowy z 5 kwietnia 2017 roku nie spełniał przesłanek legalnej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego, określonej w art. 1 ust. 2 w związku z art. 2 ustawy o PPP w kontekście regulacji art. 9 ust. 1 w związku z art. 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

W preambule umowy o PPP pomiędzy Gminą Lipinki a Partnerem prywatnym odwołano się w sposób ogólny do zadań publicznych związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie Gminy, w tym do zadań z zakresu gospodarki komunalnej, stanowiących obowiązkowe zadania Gminy. W umowie nie wskazano jednak konkretnie, jakie zadanie własne Gminy ma być w jej wyniku wykonywane. Określenie Przedsięwzięcia jako *budowy lub utrzymania i eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych* (§ 1 ust. 2 umowy o PPP) mogłoby sugerować, że chodzi o realizację zadania z art. 3 ust. 2 pkt. 2 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>49</sup>, polegającego na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji własnej lub wspólnej z innymi gminami regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych – o ile obowiązek budowy takiej instalacji wynikał z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. Taką ewentualność należy jednak wykluczyć z dwóch powodów:

---

<sup>49</sup> W brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy.

- „Plan Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego na lata 2016-2022” nie nakładał na Gminę Lipinki takiego obowiązku<sup>50</sup>;
- budowa, utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w myśl przywołanego przepisu miała zapewnić gminie własność tej instalacji (ew. współwłasność z innymi gminami), czego umowa o PPP nie przewidywała.

(akta kontroli, str. 35-56)

Niezależnie od powyższego, zawiązanie w ramach przedmiotowego partnerstwa publiczno- prywatnego spółki celowej – z zakresem działalności znacząco wykraczającym poza potrzeby Gminy Lipinki – oznacza przekroczenie przez Gminę zakresu upoważnienia do tworzenia spółek kapitałowych z art. 9 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

Roczna wydajność instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, będącej przedmiotem aportu do spółki celowej, wynosi ok. 130 000 Mg/rok (według opinii rzeczoznawcy majątkowego, stanowiącej załącznik nr 1 do umowy spółki celowej). Z kolei według sprawozdań Wójta Gminy Lipinki z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi masa odebranych odpadów komunalnych z obszaru Gminy wyniosła w latach 2015-2018 kolejno: 761,9 Mg, 830,2 Mg, 925,3 Mg i 1004,4 Mg. Tym samym strumień odpadów komunalnych z terenu Gminy Lipinki to zaledwie od 0,59% do 0,77% wydajności całej instalacji oraz od 5,86% do 7,73% wydajności tej instalacji w części stanowiącej aport do spółki celowej. Innymi słowy, spółka celowa zagospodarowuje odpady pochodzące w większości (znaczej) z terenów innych gmin niż Gmina Lipinki<sup>51</sup>. Oznacza to, że Przedsięwzięcie w ramach PPP obliczone jest na zaspokajanie potrzeb znacznie szerszego kręgu wytwórców odpadów. Potwierdzają to również dane finansowe – o ile wydatki Gminy Lipinki w 2018 r. z tytułu zagospodarowania odpadów komunalnych wynosiły ok. 200 000 zł<sup>52</sup>, to przychody spółki celowej z tego tytułu, i to tylko za 5 miesięcy 2018 roku (od sierpnia), wyniosły 4,4 mln zł.

(akta kontroli, str. 57-80, 811-835)

Fakt, że celem przedmiotowej umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym nie było zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej Gminy Lipinki w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, znajduje również potwierdzenie w dokumencie Kancelarii Radców Prawnych pn. *Stanowisko prawne w sprawie poprawności postępowania Gminy Lipinki w trakcie wyboru partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno- prywatnego pn. „Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”* z 19 stycznia 2016 r. Stwierdzono w nim m.in., że: *Działalność spółki celowej będzie polegać na świadczeniu odpłatnych usług zagospodarowania odpadów na rzecz każdego zainteresowanego podmiotu, nie tylko na rzecz Gminy Lipinki. Gmina Lipinki w związku z zawarciem Umowy PPP nie ma obowiązku zagospodarowywać odpadów w spółce celowej. Miejsce zagospodarowania odpadów przez Gminę Lipinki zostanie ustalone przez wykonawcę w ramach prowadzonej procedury na transport*

<sup>50</sup> „Plan inwestycyjny”, stanowiący załącznik nr 1 do „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego na lata 2016-2022”

([https://www.malopolska.pl/\\_userfiles/uploads/Plan%20Inwestycyjny\\_za%C5%82acznik\\_%20nr%201%20PGOWM%202016-2022.pdf](https://www.malopolska.pl/_userfiles/uploads/Plan%20Inwestycyjny_za%C5%82acznik_%20nr%201%20PGOWM%202016-2022.pdf)).

<sup>51</sup> W przekazywanych przez spółkę celową sprawozdaniach za lata 2017 i 2018 (finansowych, z działalności zarządu) brak informacji dotyczących ilości zagospodarowanych odpadów oraz źródeł ich pozyskiwania.

<sup>52</sup> Dodatkowo należy wskazać, że znaczną część niesegregowanych odpadów komunalnych z Gminy Lipinki kierowano nie do instalacji w Gorlicach, a do instalacji Przedsiębiorstwa E. w T.: w 2017 r. – 467,8 Mg, w 2018 r. – 223,9 Mg.

*i zagospodarowanie odpadów. W naszej ocenie główna działalność spółki PPP, która będzie jedynie instrumentem wykonania umowy PPP, nie polega na odpłatnym świadczeniu usług zagospodarowania odpadów na rzecz Gminy Lipinki<sup>53</sup>.*

Zawarcie umowy o PPP nie spowodowało *de facto* powstania żadnych nowych obowiązków i ryzyk po stronie partnera prywatnego w zakresie jej przedmiotu, tj. prowadzenia i eksploatacji instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych; jedyna zmiana sprowadziła się do wprowadzenia dodatkowego operatora tej instalacji, czyli spółki celowej, w pełni zależnej od Przedsiębiorstwa E.

(akta kontroli, str. 35-56, 416-418)

Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej Gminy Lipinki w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych faktycznie realizuje się bez związku z zawartą umową o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>54</sup>. W okresie objętym kontrolą Gmina Lipinki zawarła następujące umowy w tym zakresie (w wyniku przeprowadzenia postępowań o udzielenia zamówienia publicznego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych):

- nr 271.WR.2.2015/2016 z 4 stycznia 2016 r. – odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w I kw. 2016 r. (zamówienie z wolnej ręki);
- nr 271.PN.2.2016 z 1 kwietnia 2016 r. – jw. od 1 kwietnia do 31 grudnia 2016 r. (przetarg nieograniczony);
- nr 271.PN.5.2016 z 2 stycznia 2017 r. – jw. w I półroczu 2017 r., a po zmianie – w okresie od 1 stycznia do 31 lipca 2017 r. (przetarg nieograniczony);
- nr 271.PN.5.2017 z 26 lipca 2017 r. – jw. w okresie od 1 sierpnia do 31 grudnia 2017 r. (przetarg nieograniczony);
- bez numeru z 6 grudnia 2017 r. – jw. w 2018 r. (przetarg nieograniczony);
- nr 271.PN.14.2018 z 4 stycznia 2019 r. – jw. w okresie od 1 stycznia 2019 r. do 29 lutego 2020 r. (przetarg nieograniczony).

Jedynym oferentem we wszystkich ww. przetargach nieograniczonych było Przedsiębiorstwo E.

(akta kontroli, str. 601-678, 679-734)

W złożonych wyjaśnieniach Wójt, podkreślając, że odpowiedź oparta jest o stan prawny z 22 marca 2016 r., tj. dnia ogłoszenia o zamówieniu dla przedsięwzięcia, stwierdził m.in.:

- Gmina Lipinki podjęła działania zgodne z legalną definicją partnerstwa publiczno-prywatnego, zgodnie z którą przedmiotem PPP jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- w celu zapewnienia możliwie najszerszego zastosowania ustawy o PPP ustawodawca przyjął bardzo pojemną definicję przedsięwzięcia;
- nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 1 lipca 2011 r. nałożyła na gminy szereg nowych obowiązków związanych z gospodarowaniem odpadami komunalnymi, w tym obowiązek zapewnienia

<sup>53</sup> Pierwotna nazwa tego przedsięwzięcia stanowiła o utrzymaniu i eksploatacji (a później: budowie, utrzymaniu i eksploatacji) regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych **dla Gminy Lipinki** (tak np. w uchwałach Rady Gminy Lipinki z 30 października 2014 r. oraz z 13 kwietnia 2015 r., upoważniających Wójta do przygotowania i przeprowadzenia postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego). W późniejszych dokumentach, w tym w umowie o PPP, zwrot **dla Gminy Lipinki** usunięto.

<sup>54</sup> Jedyny związek, jaki umowa o PPP ma z realizacją zadania publicznego polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Gminy Lipinki, to postanowienia § 9 umowy, w którym partner prywatny zobowiązał się do utrzymania przez okres 37 miesięcy stałych cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów, oferowanych każdemu wykonawcy świadczącemu takie usługi na rzecz Gminy Lipinki. Okres ten upływa z końcem lutego 2020 r.

budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami RIPOK (art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy, obowiązujący na dzień ogłoszenia o zamówieniu);

- art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowił, że gminy są obowiązane do zastosowania jednego z trzech sposobów wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował RIPOK, tj. przetargu, wyboru na zasadach określonych w ustawie o PPP lub wyboru na zasadach określonych w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- trudno zgodzić się z twierdzeniem, że przedmiot postępowania wykracza poza zadania własne Gminy Lipinki, skoro sam ustawodawca zezwolił na utrzymanie i eksploatację RIPOK na zasadach wskazanych w ustawie o PPP; przedmiot działalności spółki nie wykracza poza zakres zadań własnych gminy – w tym znaczeniu, iż odbiór odpadów komunalnych należy do zadań własnych Gminy Lipinki;
- sama definicja RIPOK wskazuje, że jest to zakład zagospodarowania odpadów o mocy przerobowej wystarczającej do przyjmowania i przetwarzania odpadów z obszaru zamieszkałego przez 120 tys. mieszkańców;
- zakres działania każdego RIPOK określa ustawa o odpadach i wojewódzki plan gospodarowania odpadami; nie ma możliwości, aby RIPOK przyjmował odpady tylko z jednej Gminy Lipinki.

Ponadto w wyjaśnieniach Wójt m.in.:

- wskazał, jakie instalacje mogą pełnić rolę RIPOK,
- przytoczył przepis art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach, wskazujący na zawartość wojewódzkich planów gospodarki odpadami,
- przedstawił okoliczności umożliwiające odmowę przyjęcia odpadów do RIPOK,
- odniósł się do uchwały Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego (podział na regiony gospodarki odpadami oraz informacja, że *instalacja w Gminie Lipinki zlokalizowana jest na obszarze Regionu Sądecko-Gorlickiego*);
- poinformował, że przepis art. 9e ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie pozostawia podmiotom odbierającym odpady komunalne możliwości wyboru instalacji, do której je dostarczają oraz o sankcji z art. 9x ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

W podsumowaniu Wójt stwierdził: *z tych względów wydaje się, że podniesiony zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej poprzez prowadzenie działalności przez spółkę celową, wykraczającą poza zakres zadań własnych Gminy jest niezasadny.*

(akta kontroli, str. 1064, 1069-1073)

Tożsame w treści wyjaśnienia złożyła Sekretarz Gminy, która podpisała umowę o PPP.

(akta kontroli, str. 1147-1148, 1151-1154)

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień, Najwyższa Izba Kontroli podkreśla, że:

- przytoczony art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach od 1 lutego 2015 r., a więc już ponad rok przed datą ogłoszenia o zamówieniu dla przedsięwzięcia, stanowił o obowiązku polegającym na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji własnej lub wspólnej z innymi gminami regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych – ale wyłącznie w sytuacji, gdy obowiązek budowy takiej instalacji wynikał

z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami; „Plan Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego na lata 2016-2022” nie nakładał na Gminę Lipinki takiego obowiązku;

- kolejny z przytoczonych przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. art. 3a, wskazujący na możliwe sposoby wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował RIPOK, w tym na zasadach określonych w ustawie o PPP, został uchylony z dniem 1 stycznia 2017 r., a więc ponad trzy miesiące przed podpisaniem umowy o PPP;
- abstrahując od faktycznego braku obowiązku po stronie Gminy Lipinki w przedmiotowym zakresie, należy podkreślić, że Gmina, zawiązując partnerstwo publiczno-prywatne, w żadnym stopniu nie zbliżyła się do postulatu budowy własnej lub wspólnej z innymi gminami, regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, ponieważ instalacja ta była i miała pozostać własnością podmiotu prywatnego;
- oczywistym jest, że Gmina Lipinki nie jest w stanie – tak jak większość gmin w Polsce – samodzielnie zapewnić wystarczającej ilości odpadów do RIPOK; stąd zapis w art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowiący o budowie, utrzymaniu i eksploatacji instalacji własnych (dla dużych gmin z liczbą mieszkańców przekraczających 120 tys.) lub wspólnych z innymi gminami (dla gmin mniejszych);
- odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Lipinki nie jest przedmiotem umowy o PPP – to zadanie jest realizowane na podstawie odrębnych umów, zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowań przetargowych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych;
- przepis art. 2 ust. 4 ustawy o PPP definiuje *przedsięwzięcie* bardzo szeroko, co nie oznacza, że działalność jednostek samorządu terytorialnego na gruncie tej ustawy nie natrafia na żadne ograniczenia. W ocenie NIK ustawy o samorządzie gminnym oraz o gospodarce komunalnej wyznaczają granice obszaru dopuszczalnych działań gminy, a są nimi tylko takie, które służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej; ograniczenie to ma jednocześnie wymiar przedmiotowy (wykonywanie zadań własnych), jak i terytorialny (zaspokajanie wyłącznie potrzeb mieszkańców danej gminy), tymczasem umowa o PPP zawarta przez Gminę Lipinki nie spełniła tych warunków brzegowych.

Odpowiedzialność za powyższe ponosi Wójt Gminy, a także Sekretarz Gminy, która, na podstawie udzielonego przez Wójta pełnomocnictwa podejmowała czynności w postępowaniu o zawarcie umowy w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego, w szczególności reprezentowała Gminę jako stroną umowy.

3. Analiza faktur z lat 2016-2019<sup>55</sup>, wystawionych przez Przedsiębiorstwo E. z tytułu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Gminy, wykazała zawyżenie cen w odniesieniu do odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz zużytych opon. Polegało ono na stosowaniu w odniesieniu do tych odpadów cen jak dla odpadów zmieszanych, zamiast cen jak dla odpadów segregowanych.

(akta kontroli, str. 601-678, 679-734, 1076-1090)

W odpowiedzi na pytanie o przyczyny akceptowania wyższych cen dla tej grupy odpadów Wójt wyjaśnił, że zwrócił się w tej sprawie do Przedsiębiorstwa E. i uzyskał

---

<sup>55</sup> Czyli również przed nawiązaniem stosunku partnerstwa publiczno-prywatnego między Gminą a Przedsiębiorstwem E. (ale w trakcie prowadzonych postępowań na wybór partnera prywatnego).

odpowiedź, że było to wynikiem pomyłki w zastosowaniu cen przy fakturowaniu, oraz informację o wystawieniu faktur korygujących.

(akta kontroli, str. 1065-1066, 1074-1075)

W dniu 9 grudnia 2019 r., tj. w trakcie kontroli NIK, do Urzędu wpłynęło 15 faktur korygujących, wystawionych do faktur Przedsiębiorstwa E. z lat 2016-2019, na łączną kwotę brutto (minus) 49 638,89 zł.

(akta kontroli, str. 1091-1108)

#### OCENA CZĄSTKOWA

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia realizację projektu, który – choć nazwany projektem partnerstwa publiczno-privatnego – nie spełnia jego wymogów. Związane jest to z zastosowaniem formuły PPP dla działań niespełniających przesłanek legalnej definicji partnerstwa publiczno-privatnego z art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym, w kontekście art. 9 ust. 1 w zw. z art. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, poprzez zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-privatnym, w tym zawiązanie spółki celowej w celu jej wykonania, której przedmiot wykracza poza zakres zadań własnych Gminy.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić wadliwy tryb wyboru partnera prywatnego.

#### OBSZAR

### 3. Zarządzanie projektem PPP i zgodność efektów projektu PPP z zakładanymi celami

#### Opis stanu faktycznego

W myśl § 3 ust. 1 umowy o PPP przedsięwzięcie partnerstwa publiczno-privatnego polega na utrzymaniu i eksploatacji przez Partnera prywatnego regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (niezależnie od utworzenia spółki celowej, zobowiązanej do wykonania wszelkich czynności wymaganych prawem w celu realizacji i bieżącej działalności Przedsięwzięcia [...] – § 6 umowy o PPP). Podstawowe obowiązki Partnera prywatnego, oprócz tych związanych ze spółką celową (podpisanie umowy spółki, wniesienie do spółki aportu i wkładu pieniężnego, odkupienie od Gminy udziałów w spółce), określono w § 5 ust. 1 umowy o PPP jako: *podejmowanie niezbędnych działań w celu realizacji Przedmiotu Umowy* (pkt 1), *zapewnienie środków finansowych na realizację Przedmiotu Umowy* (pkt 4) oraz *dzielenie się wiedzą i doświadczeniem, w tym w szczególności dotyczącym zarządzania i eksploatacją Instalacji* (pkt 6).

Z kolei jeden z obowiązków Gminy, określony w § 5 ust. 2 pkt 1 umowy o PPP, to również *podejmowanie niezbędnych działań w celu realizacji przedmiotu Umowy*.

(akta kontroli, str. 35-56)

Tak ukształtowany przedmiot partnerstwa publiczno-privatnego oznacza, że zarządzanie projektem przez Gminę sprowadzać by się miało do zarządzania utrzymaniem i eksploatacją instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Potwierdził to Wójt, który na pytanie o sposób realizacji obowiązku polegającego na podejmowaniu niezbędnych działań w celu realizacji przedmiotu umowy, wyjaśnił: *Przepis § 2 ust. 2 pkt 1 umowy PPP jest sformułowany w sposób otwarty, tj. mający na celu doprowadzenie do realizacji przedmiotu umowy w sytuacjach nieprzewidzianych. Mając na uwadze, że osiągnięto podstawowy cel współpracy opisany w umowie PPP, i nie wystąpiły jakieś sytuacje nieprzewidziane, działania*

Gminy skupiają się aktualnie głównie na udziale w bieżącym nadzorze nad działalnością spółki celowej.

(akta kontroli, str. 1065, 1074)

Spółka celowa przekazuje do Gminy sprawozdania finansowe oraz sprawozdania z działalności Zarządu (dotychczas za lata 2017 i 2018), a przedstawiciel Gminy reprezentuje ją w Radzie Nadzorczej spółki.

(akta kontroli, str. 90-98, 777-793, 811-835, 852-853)

Stwierdzone  
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości.

**OCENA CZĄSTKOWA**

W związku z ustaleniami kontroli w obszarach 1. i 2., w tym z uwagi na sposób, w jaki w umowie o PPP między Gminą Lipinki a Partnerem prywatnym zdefiniowano przedmiot tego partnerstwa i zakres podstawowych obowiązków stron umowy, Najwyższa Izba Kontroli odstępuje od dokonania oceny w obszarze zarządzania projektem PPP oraz w obszarze zgodności efektów projektu PPP z zakładanymi celami.

## **IV. Wniosek**

Wniosek

W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy o NIK, wnosi o doprowadzenie przedsięwzięcia dotyczącego zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy do stanu zgodnego z przepisami prawa, tak aby mieściło się ono w katalogu jej zadań własnych oraz było realizowane w celu zaspokojenia potrzeb wspólnoty samorządowej Gminy Lipinki.

## **V. Pozostałe informacje i pouczenia**

Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone w dwóch egzemplarzach; jeden dla kierownika jednostki kontrolowanej, drugi do akt kontroli.

Prawo zgłoszenia  
zastrzeżeń

Zgodnie z art. 54 ustawy o NIK kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia na piśmie umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, w terminie 21 dni od dnia jego przekazania. Zastrzeżenia zgłasza się do dyrektora Delegatury NIK w Krakowie. Prawo zgłaszania zastrzeżeń, zgodnie z art. 61b ust. 2 ustawy o NIK, nie przysługuje do wystąpienia pokontrolnego zmienionego zgodnie z treścią uchwały w sprawie zastrzeżeń.

Obowiązek  
poinformowania  
NIK o sposobie  
wykorzystania uwag  
i wykonania wniosków

Zgodnie z art. 62 ustawy o NIK należy poinformować Najwyższą Izbę Kontroli, w terminie 21 od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykonania wniosku pokontrolnego oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, termin przedstawienia informacji liczy się od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego.

Kraków,     grudnia 2019 r.

Kontroler

Piotr Smyrak

główny specjalista kontroli państwowej

.....  
Podpis