

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 24 kwietnia 2019 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z dnia 11 kwietnia 2019 r. (data wpływu pisma 15 kwietnia 2019 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Liceum Ogólnokształcące im. Piotra Skargi w Grójcu, ul. Poświętne 17; 05-600 Grójec, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej zawartej w piśmie z dnia 27 marca 2019 r. (znak: UZP/DKZP/KND/14/19) w przedmiocie niezastosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych na dostawę gazu do celów grzewczych w ramach umowy: GAZ-1878-2016-05-401,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Daniel Konicz</b>
	<b>Piotr Kozłowski</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie ze względów formalnych**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Liceum Ogólnokształcące im. Piotra Skargi w Grójcu, w imieniu którego działał Dyrektor, zawarł w dniu 10 maja 2016 r. z wykonawcą DUON Marketing and Trading S.A. (dalej jako: "DUON") umowę nr GAZ-1878-2016-05-401, której przedmiotem było świadczenie usługi kompleksowej polegającej na sprzedaży i dostawie paliwa gazowego do punktów, których wykaz znajduje się w załączniku nr 1 do umowy (zgodnie z załącznikiem nr 1 nr identyfikacyjny licznika to 6683141466).

Z ustaleń dokonanych w toku kontroli doraźnej wynika, iż do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosowano przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164). Z dalszych ustaleń dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej wynika, iż zamawiający przekazał na wniosek organu nadzoru - Starostwa Powiatowego w Grójcu - skany faktur rozliczeniowych zużycia gazu za 2015 r. do dnia 29 marca 2016 r. Jednocześnie, zamawiający zastrzegł w wyjaśnieniach, że Dyrektor zamawiającego nie uczestniczył w ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia ani w wyborze operatora. Z kolei, z wyjaśnień udzielonych przez Starostwo Powiatowe w Grójcu, wynika, że powiat grójecki nie był w tej sprawie zamawiającym i nie udzielał zamówień na przedmiotową dostawę. Starostwo Powiatowe w Grójcu wskazało także, że: *„władze powiatu rekomendowały firmę DUON, jako alternatywnego dostawcę paliwa oferującego stawki niższe od stosowanych przez PGNiG”*. W ocenie Starostwa *„była to ogólna sugestia do podpisywania umów, co nie zwalniało kierowników jednostek organizacyjnych do stosowania należytych procedur z zakresu zamówień publicznych, a także przestrzegania ustawy Prawo zamówień publicznych”*. Z analizy faktur rozliczeniowych zużycia gazu za 2015 r., które zostały przekazane przez jednostkę organizacyjną do Starostwa Powiatowego w Grójcu, wynika że w ramach punktu poboru nr 6683141466 w miesiącach od stycznia 2015 r. do grudnia 2015 r., zamawiający otrzymał faktury na kwotę 47.491,69 zł netto. Z wyjaśnień Starostwa Powiatowego w Grójcu z dnia 20 grudnia 2018 r. nie wynika także, aby starostwo powiatowe przeprowadzało przedmiotowe postępowanie w imieniu zamawiającego, jako pełnomocnik jednostki organizacyjnej powiatu.

Kontrolujący wskazał, iż zakres podmiotowy stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 21 64), zwanej dalej „ustawą Pzp”, określony został w art. 3 ust. 1 ww. ustawy Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stosuje się ją do udzielania zamówień publicznych, przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. W art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, ze zm.) został

określony katalog podmiotów tworzących sektor finansów publicznych. Na podstawie pkt 3 powyższego artykułu, do sektora finansów publicznych zostały zaliczone jednostki budżetowe.

Z kolei, zgodnie z art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572, ze zm.), w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2017 r. - przedszkola, szkoły i placówki publiczne zakładane i prowadzone przez ministrów i jednostki samorządu terytorialnego są jednostkami budżetowymi.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z ustawą Pzp, zamawiający na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek ustalenia wartości zamówienia (art. 32-35 ustawy Pzp). Zgodnie bowiem z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie, w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do stwierdzenia, iż zamawiający nie może przyjmować takiego sposobu szacowania, który będzie prowadził do nieuprawnionego zaniżenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, bądź zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia, który stanowił, iż jeżeli zamówienia na dostawy udziela się na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego - zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, całego okresu jego wykonywania, tj. odpowiednio w chwili zawarcia umowy 48 miesięcy.

Na gruncie powyższych okoliczności faktycznych oraz prawnych sprawy Kontrolujący stwierdził, iż zamawiający, jako samorządowa jednostka budżetowa, będąca jednostką sektora finansów publicznych, na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy jako samodzielny zamawiający, w tym do szacowania wartości udzielanych przez siebie zamówień. Dyrektor reprezentujący zamawiającego, podpisując bowiem umowę obejmującą dostawę gazu, niezależnie od okoliczności faktycznych, nie uczynił tego w związku z realizacją zadania publicznego powiatu wynikającego z przepisów ustawy o samorządzie powiatowym, lecz w związku z działalnością własną. Tym samym, zamawiającego będącego samorządową jednostką

budżetową (w tym placówki oświatowe) w chwili zawarcia ww. umowy należy uznać za zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Po drugie, Kontrolujący wskazał, mając na uwadze wskazany wyżej przepis art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem 4-letniego okresu jego wykonywania wynosiła 189.966,76 zł netto (45.502,11 euro) i przekraczała próg wynikający z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanego zamówienia, co zobowiązywało do udzielenia przedmiotowego zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Przyjęcie, jako wartości zamówienia kwoty 47.491 ,69 zł netto wynikającej z zestawienia faktur za 2015 r., odpowiadającej szacunkowej wartości usług udzielonych w poprzednim roku budżetowym (2015 r.) nakazuje uznać, iż ustalenia wartości zamówienia dokonano bez zachowania należytej staranności, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówienia z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Kontrolujący stwierdził, iż zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 34 ust. 3 pkt 2b) ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie doprowadziło do bezpodstawnego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp, w rezultacie zamawiający, zawierając przedmiotową umowę, udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. naruszył przepis art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 3 oraz art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i 2 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie, Kontrolujący wskazał, iż w analogicznym stanie faktycznym oraz prawnym powyższe stanowisko w zakresie nieprawidłowego ustalenia wartości zamówienia na dostawę gazu ziemnego bez uwzględnienia pełnego okresu obowiązywania zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia zamówienia z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp, znalazło potwierdzenie w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2019 r. (sygn. akt: KIO/KD 19/19).

Zamawiający, pismem z dnia 11 kwietnia 2019 roku (wpływ do UZP w dniu 15 kwietnia 2019 roku) poinformował, „że w związku z informacjami przekazanymi przez byłego Dyrektora Liceum Ogólnokształcącego im. Piotra Skargi w Grójcu pana (...) sprawą wyboru dostawcy gazu zajmowało się Starostwo Powiatowe w Grójcu. W związku z tym nie stosowano przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Dyrektor Szkoły przekazał Starostwu Powiatowemu w Grójcu kopie faktur zużycia gazu i Dyrektor Szkoły nie uczestniczył w ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia ani wyboru operatora. Władze powiatu nie rekomendowały firmy DUON, jako alternatywnej dostawcy paliwa tylko wskazały firmę DUON jak dostawcę i w wiadomości mail poinformował,

*że będzie od dnia 29.04.2016 roku przedstawiciel firmy DUON Pan (...) będzie odwiedzał placówki w sprawie umowy na dostawy gazu.”*

Kontrolujący, z przyczyn formalnych, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 kwietnia 2019 r., ponieważ wniesione zostały po terminie, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej przysługuje zamawiającemu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Powyższy termin zaczyna swój bieg od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli oraz nie może zostać przedłużony przez Prezesa Urzędu, gdyż Ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 55/16).

W niniejszej sprawie Informacja o wyniku kontroli doraźnej została doręczona zamawiającemu listem poleconym w dniu 3 kwietnia 2019 r. Tym samym zamawiający mógł wnieść umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli w nieprzekraczalnym terminie upływającym w dniu 10 kwietnia 2019 r. Tymczasem zastrzeżenia zostały nadane przez zamawiającego na poczcie w dniu 11 kwietnia 2019 r. i doręczone do siedziby Urzędu w dniu 15 kwietnia 2019 r. Oznacza to, że termin, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, został przekroczony o 1 dzień.

Prezes UZP podkreślił, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp, przewidują jako warunek skuteczności zastrzeżeń wniesienie ich w ustawowym terminie. Brak zachowania przez zamawiającego wskazanego wymogu skutkuje brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa UZP. W konsekwencji zaś, w ocenie Prezesa Urzędu, dopuszczalne w tym zakresie jest rozstrzygnięcie zgłoszonych zastrzeżeń jedynie w sposób formalny i poddanie tego rozstrzygnięcia pod ocenę właściwego organu, tj. Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP, w związku z czym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie mogły zostać rozpoznane merytorycznie ze względów formalnych, albowiem zamawiający uchybił terminowi na skuteczne wniesienie zastrzeżeń do wyników kontroli.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący** .....

**Członkowie** .....

.....