

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 września 2018 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Operator Gazociągów Przemysłowych GAZ-SYSTEM S.A.
ul. Mszczonowska 4
02-337 Warszawa

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” (znak: KU/120/18/DKZP) z dnia 30 sierpnia 2018 r. w przedmiocie zamówienia pn. *„Budowa gazociągu DN 1000, MOP 8,4 Pogórska Wola – Tworzeń wraz z infrastrukturą towarzyszącą”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 6 września 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią w przedmiocie zamówienia pn. *„Budowa gazociągu DN 1000, MOP 8,4 Pogórska Wola – Tworzeń wraz z infrastrukturą towarzyszącą”*.

O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego pismem z dnia 30 sierpnia 2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ4/420/213(13)/18/MP), przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez sformułowanie w piśmie z 21.05.2018 r. żądania przedłożenia dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących podmiotu trzeciego, oraz naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie pismem z 14.06.2018 r. żądania zastąpienia przez wykonawcę podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami.

Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że zgodnie z art. 171a ustawy Pzp, od wyniku kontroli przysługuje mu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

II.

W dniu 10 września 2018 r. (pismem z dnia 6 września 2018 r.) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu, wskazując: *„Podstawowym argumentem dotyczącym zgłaszanych zastrzeżeń jest fakt, że przedmiotowa kontrola nie objęła lub, jeśli objęła to nie znalazło to odzwierciedlenia w jej wynikach, zagadnienia związanego z przedstawieniem przez konsorcjum (...) rzekomo nieprawdziwych informacji dotyczących podmiotu trzeciego, tj. (...) oraz zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz Dyrektywy 2014/15/UE działań Zamawiającego dotyczących akceptacji zamiany tego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, tj. (...)”*.

Nadto Zamawiający oświadczył: *„(...) wnioskujemy o uzupełnienie wyników kontroli o informacje w tym zakresie. Inaczej mówiąc, prosimy o jednoznaczne wskazanie, że Urząd ocenił całokształt materiałów będących w jego posiadaniu na dzień sporządzenia wyników kontroli i podtrzymuje jej wyniki, a tym samym uznaje, że wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pozostaje w zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz Dyrektywy 2014/25/UE (...) lub o weryfikację tej kontroli pod kątem opisanym w niniejszym piśmie.”*

III.

W piśmie z dnia 21 września 2018 r. Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, wskazując, iż zgodnie z art. 171 ust. 1 ustawy Pzp zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności:

1. określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli;
2. informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku;
3. zalecenia pokontrolne – jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń.

Kontrolujący stwierdził, iż praktyka pokazuje, że informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, o której mowa w pkt 2 przytoczonego powyżej przepisu, jest dla Zamawiającego najważniejszym elementem informacji pokontrolnej oraz, że przypadku kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (a jest to takie właśnie zamówienie) ustawa Pzp przewiduje taką samą procedurę odwoławczą od wyników kontroli, jak w przypadku kontroli tzw. doraźnej uregulowanej w art. 165—168a ustawy Pzp, mianowicie Zamawiający, który nie zgadza się z ustaleniami zawartymi w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, ma prawo zgłosić do Prezesa Urzędu umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli w terminie 7 dni od daty doręczenia mu informacji o wyniku kontroli. Uzupełnił, że zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń jest jedynym środkiem odwoławczym przysługującym kontrolowanemu.

Podkreślił, iż zgodnie z art. 171a ustawy Pzp prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń przysługuje zamawiającemu w odniesieniu do wyniku kontroli uprzedniej, a zatem zawartych w informacji o wyniku kontroli stwierdzonych naruszeniach lub wydanych zaleceniach pokontrolnych, a same zastrzeżenia winny być prawidłowo umotywowane. Podniósł, że ustawodawca nie precyzuje ww. pojęcia, jak również nie formułuje wymogów formalnych związanych z treścią „umotywowanych” zastrzeżeń, jednakże z samej istoty oraz charakteru tego środka odwoławczego wynika, iż muszą one zawierać analizę oraz wykazanie motywacji zamawiającego, w wyniku których nie zgadza się on z tezami i wynikami informacji pokontrolnej sporządzonej przez Prezesa Urzędu.

Powołał się na stanowisko, jakie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 18 października 2018 r. o sygn. KIO/KD/64/16 – *„zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający jest uprawniony do zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli, natomiast uprawnienie to nie materializuje się przez podanie jakichkolwiek informacji, lecz przez umotywowane, czyli uzasadnione stanowisko zamawiającego bezpośrednio powiązane z wykazanymi przez Prezesa Urzędu naruszeniami”*.

Kontrolujący przypomniał, że po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania, stwierdził naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w piśmie z 21.05.2018 r. żądania przedłożenia dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących podmiotu trzeciego oraz naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie pismem z 14.06.2018 r. żądania zastąpienia przez wykonawcę podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami.

Podkreślił, że było to zarazem jedyne naruszenie stwierdzone w toku przeprowadzonej kontroli, w trakcie trwania której poddano ocenie całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym dodatkowych pism i wyjaśnień zamawiającego.

Wskazał, że zastrzeżenia podnoszone przez Zamawiającego dotyczą natomiast „niepełnego charakteru i zakresu” kontroli, a nadto zamawiający wnosi o *”jednoznaczne wskazanie, że Urząd ocenił całokształt materiałów będących w jego posiadaniu na dzień sporządzenia wyników kontroli i podtrzymuje jej wyniki a tym samym uznaje, że wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pozostaje w zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz Dyrektywy 2014/25/UE C..) lub o weryfikację wyników tej kontroli pod kątem opisanym w niniejszym piśmie.”*, co de facto oznacza, iż zamawiający oczekuje od kontrolującego opracowania dokumentu z kontroli zgodnego z własnymi oczekiwaniami i służącego jakiemuś niewyartykułowanemu celowi zamawiającego.

Prezes Urzędu – jako kluczowe – podkreślił to, iż Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanego w informacji o wyniku kontroli.

Podsumował, że stanowisko Zamawiającego nie może zostać uznane za bezpośrednio powiązane z wykazanymi przez Prezesa Urzędu naruszeniami, a co za tym idzie, brak podstawy faktycznej i prawnej do merytorycznego rozstrzygnięcia zastrzeżeń.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 21 września 2018 r. (pismem z tego samego dnia) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Izba, na podstawie *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, Pisma Zamawiającego z dnia 6 września 2018 r.*, a także stanowiska Kontrolującego zajętego po złożeniu zastrzeżeń uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w piśmie z dnia 21 września 2018 r., uznając ją za własną oraz, wobec wyczerpującego charakteru tejże argumentacji, za zbędne jej powielanie w niniejszej uchwale.

Izba podkreśla jedynie, iż zastrzeżenia Zamawiającego nie kwestionują co do meritum wyników przeprowadzonej kontroli, a w takim tylko zakresie weryfikacja oceny Kontrolującego może być dokonana przez Izbę. Innymi słowy fakt, że Zamawiający nie kwestionuje przypisanych mu w informacji o wyniku kontroli naruszeń przesądza o konieczności uznania, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....