

Sygn. akt KIO/KD 3/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 stycznia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Mokotowską Fundację Warszawianka - Wodny Park

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 grudnia 2013 r.

[znak UZP/DKD/KND/36/13]

w przedmiocie *wykonania wymiany złóż w filtrach obiegowych basenu sportowego oraz wymiany zaworów kłapowych w obiekcie Wodny Park przez Mokotowską Fundację Warszawianka -Wodny Park*

co do którego zaniechano zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Członkowie: Izabela Kuciak

Sylwester Kuchnio

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 grudnia 2013 r. uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park w dniu 22 czerwca 2012 r. zawarł umowę bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na wykonanie wymiany złóż w filtrach obiegowych basenu sportowego oraz wymiany zaworów klapowych w obiekcie Wodny Park z wykonawcą INSTAL Warszawa S.A. za cenę w łącznej kwocie 118.000,00 zł netto.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził w powyższym zakresie kontrolę doraźną uznając, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawę Prawo zamówień publicznych stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż jednostki sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Organ kontroli uznał, że osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która na mocy art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zobowiązana do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych, przez które należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, o szacunkowej wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14.000,00 euro [art. 2 pkt 12 i 13 w zw. z art. 4 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych].

W ocenie organu kontroli, Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park została ustanowiona na mocy art. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach [Dz. U. z 1984 r. Nr 21, poz. 97 ze zm.], dla realizacji zgodnych z interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych.

Cel ustanowienia ww. Fundacji został wyszczególniony w treści Statutu, zgodnie z którym:

1) celem ww. Fundacji jest:

- a) wybudowanie basenów pływackich na terenie wniesionym do Fundacji, jako majątek założycielski przez Klub Sportowy „Warszawianka”,
- b) wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka [§ 4 ust. 1 Statutu],

2) fundacja realizuje cele określone powyżej przez następujące działania:

- a) finansowanie i realizację budowy wielozadaniowej, krytej pływalni na terenie wniesionym przez Klub Sportowy Warszawianka, a po zrealizowaniu tego przedsięwzięcia,
- b) tworzenie, modernizację i finansowe wspieranie obiektów sportowych na terenie miasta stołecznego Warszawa,
- c) wspieranie, promocję sportu, rehabilitacji oraz kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa,
- d) prowadzenie działalności na rzecz osób niepełnosprawnych [§ 4 ust. 3 Statutu].

Zdaniem organu kontroli, pierwotna działalność Mokotowskiej Fundacji Warszawianka - Wodny Park jest ściśle związana z realizacją celów publicznych, do których zaliczamy wybudowanie basenów pływackich oraz wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka [§ 4 ust. 1 Statutu]. Organ kontroli wskazał, że zgodnie z zapisami § 3 ust. 4 i 6 Statutu, Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park może prowadzić działalność gospodarczą dla właściwego realizowania celów statutowych, zatem, umożliwiono ww. fundacji prowadzenie działalności gospodarczej, ale jedynie dla realizacji i wspierania ww. celów publicznych, przy czym zysk z prowadzonej działalności nie stanowi jedynego źródła finansowania działalności ww. fundacji [§ 7 Statutu].

Wobec powyższego, zdaniem organu kontroli, nie można uznać, iż Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park jest osobą prawną o wyłącznie zarobkowym charakterze.

Zgodnie z § 10 Statutu, organami Mokotowskiej Fundacji Warszawianka - Wodny Park są: rada Fundacji oraz zarząd Fundacji. Rada Fundacji będąca organem nadzorującym i kontrolnym składa się z pięciu członków: trzech wyznaczonych przez m. st. Warszawa, reprezentowane przez Prezydenta m. st. Warszawy, na wniosek Zarządu Dzielnicy Mokotów, oraz dwóch wyznaczonych przez Zarząd Klubu Sportowego Warszawianka [§ 11 ust. 1 i 2

Statutu]. Zatem, m. st. Warszawa jako instytucja sektora finansów publicznych określona w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, posiada prawo powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego.

Tym samym, w ocenie organu kontroli, Mokotowską Fundację Warszawianka - Wodny Park należy zakwalifikować jako osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w którym instytucja sektora finansów publicznych określona w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych posiada prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego, Zatem, Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park jest Zamawiającym zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy Prawo zamówień publicznych.

Organ kontroli uznał, że Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia publicznego na wykonanie wymiany złóż w filtrach obiegowych basenu sportowego oraz wymiany zaworów klapowych w obiekcie Wodny Park wykonawcy INSTAL Warszawa S.A. za cenę w łącznej kwocie 118.000,00 zł netto [29.356,15 euro netto]. Ze względu na fakt, iż szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14.000,00 euro, Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji, zdaniem organu kontroli, Zamawiający Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 27 grudnia 2013 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli. Zamawiający podniósł, że przede wszystkim przeprowadzona kontrola doraźna dotyczyła zadania realizowanego w 2012 roku przez poprzedni Zarząd Fundacji - odwołany w dniu 17 października 2013 r. Jedną z przyczyn odwołania był między innymi zarzut nie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podał, że nowo powołany Zarząd Fundacji, nie podzielając stanowiska odwołanego zarządu, podejmuje obecnie wszelkie działania zmierzające

do przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych i stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez działy merytoryczne Fundacji oraz ich pracowników. Przy znacznych zaniedbaniach w tym zakresie, wdrożenie obligatoryjnych procedur zamówień publicznych wymaga nie tylko czasu, ale także znacznych zmian nie tylko w wewnętrznych przepisach Fundacji, ale także w dotychczas stosowanych procedurach przez jej pracowników merytorycznych. Między innymi dlatego nowy Zarząd Fundacji wprowadza nowe regulaminy wewnętrzne oraz szkoli pracowników w zakresie udzielania zamówień publicznych tak, aby nie powielać błędów lub zaniechań poprzedniego Zarządu. Zamawiający podał, że w związku z powyższym, jak można przypuszczać, wszelkie dotychczasowe działania poprzedniego Zarządu wynikały z przekonania, iż Fundacja nie podlega stosownej ustawie i nie jest w świetle otrzymanych opinii prawnych [w załączeniu] zobligowana do jej stosowania. Biorąc powyższe pod uwagę, nie można tym samym jednoznacznie zgodzić się z informacją, iż Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park - zawarła powyżej wskazaną umowę z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przede wszystkim ze względu na to, że nie miała jasnej przesłanki do jej stosowania.

Zamawiający wskazał, że poprzedni Zarząd Fundacji wielokrotnie występował do UZP ze stanowiskiem, że Mokotowska Fundacja Warszawianka Wodny Park nie jest jednostką sektora finansów publicznych i jako taka nie ma obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podał także, że celem Fundacji, wskazanym w § 4 jej Statutu nie jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym co sugerowałoby, że nie należy jej traktować jako instytucji prawa publicznego.

W związku z powyższym nie sposób zgodzić się w pełnym zakresie z wynikami przeprowadzonej kontroli.

Według Zamawiającego, kładziony w informacji nacisk na pierwotny cel Fundacji, jakim było wybudowanie basenów, nie uwzględnia faktu, iż cel ten zrealizowany został w okresie, gdy nie obowiązywała jeszcze obecna ustawa Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podał, iż wbrew sugestiom, podstawowym aspektem działalności fundacji jest prowadzenie działalności gospodarczej, albowiem tylko z dochodów z prowadzonej działalności możliwym jest realizacja celów statutowych Fundacji. Fundacja, w odróżnieniu od wszystkich innych obiektów sportowo-rekreacyjnych w Warszawie, dla realizacji swoich celów

statutowych nie uzyskuje istotnego wsparcia ze środków publicznych, a założone cele realizuje z przychodów z działalności gospodarczej, jaką jest prowadzenie obiektu basenowego, odnowy biologicznej i wynajmu powierzchni. Bez jakiegokolwiek wsparcia ze środków publicznych Fundacja z osiągniętych zysków, pokrywa między innymi koszty bieżącej eksploatacji swoich obiektów i urządzeń, zapewniających jej właściwe funkcjonowanie [w tym przedmiotową umową z dnia 22 czerwca 2012 roku].

Zamawiający podał, że Zarząd Fundacji poczuwając się obecnie do obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dołoży wszelkich starań aby Mokotowska Fundacja Warszawianka Wodny Park nie dopuściła się w swoich dalszych działaniach do naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 18 grudnia 2013 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z nieuwzględnieniem przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez kontrolowanego do wyniku przeprowadzonej kontroli ustaliła i zważyła, co następuje.

Zastrzeżenia do wyniku kontroli, zgłoszone przez Zamawiającego pismem z dnia 27 grudnia 2013 r., nie zasługują na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła tym samym w pełni stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz uzasadniającą je argumentację, zawartą w Informacji o wyniku kontroli, co do zasadności stwierdzonego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy. Stan faktyczny sprawy, ustalony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie jest sporny, sporną jest jedynie kwalifikacja czynności wynikających z zawartej przez Zamawiającego umowy, w tym kwestia, czy Zamawiający był w dacie zawarcia tej czynności obowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie należy podnieść, iż sam Zamawiający kwestionując ustalenia organu kontroli, jednocześnie przyznaje, że jest obowiązany do stosowania ustawy, jako zamawiający w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to w szczególności tych stwierdzeń zawartych w zastrzeżeniach, z których wynika, że jedną z przyczyn odwołania poprzedniego zarządu Fundacji, był między innymi zarzut nie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a nowo powołany Zarząd Fundacji, nie podzielając stanowiska odwołanego zarządu, podejmuje obecnie wszelkie działania zmierzające do przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych i stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez działy merytoryczne Fundacji oraz ich pracowników. Zamawiający podał także, że *„Zarząd Fundacji poczuwając się obecnie do obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dołoży wszelkich starań aby Mokotowska Fundacja Warszawianka Wodny Park nie dopuściła się w swoich dalszych działaniach do naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych”*. Oznacza to tyle, że Zamawiający kwestionując ustalenia organu kontroli, podziela jednocześnie wniosek co do tego, że jest podmiotem objętym zakresem zastosowania ustawy i obowiązany do dokonywania zakupów na jej podstawie.

Przede wszystkim jednak Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park posiada status zamawiającego w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż jednostki sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- e) finansują je w ponad 50% lub
- f) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- g) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- h) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która na mocy art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zobowiązana do stosowania przepisów ustawy w zakresie udzielania zamówień publicznych, przez które należy

rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, o szacunkowej wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14.000,00 euro [art. 2 pkt 12 i 13 w zw. z art. 4 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Podkreślenia wymaga, że Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park została ustanowiona na mocy art. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach [Dz. U. z 1984 r. Nr 21, poz. 97 ze zm.], dla realizacji zgodnych z interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych. Cel ustanowienia ww. Fundacji został wyszczególniony w treści Statutu, zgodnie z którym:

1) celem ww. Fundacji jest:

- a) wybudowanie basenów pływackich na terenie wniesionym do Fundacji, jako majątek założycielski przez Klub Sportowy „Warszawianka”,
- b) wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka [§ 4 ust. 1 Statutu],

2) fundacja realizuje cele określone powyżej przez następujące działania:

- a) finansowanie i realizację budowy wielozadaniowej, krytej pływalni na terenie wniesionym przez Klub Sportowy Warszawianka, a po zrealizowaniu tego przedsięwzięcia,
- b) tworzenie, modernizację i finansowe wspieranie obiektów sportowych na terenie miasta stołecznego Warszawa,
- c) wspieranie, promocję sportu, rehabilitacji oraz kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa,
- d) prowadzenie działalności na rzecz osób niepełnosprawnych [§ 4 ust. 3 Statutu].

Działalność Mokotowskiej Fundacji Warszawianka - Wodny Park jest ściśle związana z realizacją celów publicznych, do których zaliczamy wybudowanie basenów pływackich oraz wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka. Powyższe wynika z § 4 ust. 1 Statutu tego podmiotu. Ponadto, zgodnie z zapisami § 3 ust. 4 i 6 Statutu, Mokotowska

Fundacja Warszawianka - Wodny Park może prowadzić działalność gospodarczą dla właściwego realizowania celów statutowych. Zatem, umożliwiono ww. fundacji prowadzenie działalności gospodarczej, ale jedynie dla realizacji i wspierania ww. celów publicznych, jednocześnie należy zauważyć, iż zysk z prowadzonej działalności nie stanowi jedyne źródła finansowania działalności ww. fundacji [§ 7 Statutu].

Nie jest zatem tak, że Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park jest osobą prawną o wyłącznie zarobkowym charakterze. Dochody uzyskiwane z działalności tego podmiotu służą bowiem realizacji Jego celów statutowych, tymi zaś jest wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka. Nie sposób więc podzielić stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, zgodnie z którym celem Fundacji nie jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, jak również, że podstawowym aspektem działalności Fundacji jest prowadzenie działalności gospodarczej. Istotny jest bowiem cel funkcjonowania Fundacji: pierwotnym celem – w myśl statutu – było wybudowanie basenu oraz wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka [§ 4 ust. 1 Statutu]. Po wybudowaniu basenu, pozostaje zatem drugi cel, jakim jest wspieranie sportu i kultury fizycznej na terenie miasta Stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów. Potwierdza to następnie sposób realizacji tych celów określony w § 4 ust. 3 Statutu. W § 3 ust. 4 statutu Fundacji wskazano ponadto, że Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park może prowadzić działalność gospodarczą, a w § 3 ust. 6 zastrzeżono, że dla właściwego realizowania celów statutowych, ww. Fundacja może prowadzić działalność w Rzeczypospolitej Polskiej i poza Jej granicami. Natomiast w § 25 statutu Fundacji postanowiono, że w celu wsparcia finansowania swoich celów, Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie obejmującym m. in.: świadczenie usług parkingowych, świadczenie usług w zakresie zamieszczania reklam na własnych obiektach i terenach, doradztwo dotyczące realizacji inwestycji oraz pełnienia funkcji inwestora zastępczego. Wobec powyższego, należy uznać, iż podstawowym celem ww. Fundacji nie jest osiągnięcie zysku, a realizacja celów publicznych określonych w § 4 ust. 3 statutu Fundacji, tj.:

- finansowanie i realizacja budowy wielozadaniowej, krytej pływalni na terenie wniesionym przez Klub Sportowy Warszawianka, a po zrealizowaniu tego przedsięwzięcia,

- tworzenie, modernizacja i finansowe wspieranie obiektów sportowych na terenie miasta stołecznego Warszawa, wspieranie, promocja sportu, rehabilitacji oraz kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa,
- prowadzenie działalności na rzecz osób niepełnosprawnych.

Prowadzenie działalności gospodarczej przez Fundację, na co powołuje się Zamawiający, podporządkowane jest zatem celom, dla jakich Fundację powołano i dla jakich aktualnie ona funkcjonuje. Nie jest dziś celem Fundacji prowadzenie działalności gospodarczej w celu osiągnięcia zysku samego w sobie, ale pozyskiwanie w wyniku tej działalności środków na realizację celów, dla jakich Fundacja istnieje, to jest wspierania rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta stołecznego Warszawa, Dzielnicy Mokotów, w szczególności Klubu Sportowego Warszawianka. Cel ten w sposób oczywisty jest nastawiony na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Bez znaczenia dla powyższego pozostaje fakt, że cel szczegółowy, za jaki należy uznać wybudowanie basenów pływackich na terenie wniesionym do Fundacji, został zrealizowany przed wejściem w życie obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem uznać, iż z dniem 2 marca 2004 r. nałożono na Mokotowską Fundację Warszawianka - Wodny Park obowiązek stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych.

Warto, w tym zakresie, dostrzec wytyczne wyrażane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: *„jeżeli instytucja została utworzona w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową”* [wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r. w sprawie C-44/96].

Nie ulega ponadto wątpliwości, że prawo powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego posiada Miasto Stołeczne Warszawa. Wynika to z § 10 Statutu Zamawiającego, zgodnie z którym, organami Mokotowskiej Fundacji Warszawianka - Wodny Park są: rada Fundacji oraz zarząd Fundacji. Rada Fundacji będąca organem nadzorującym i kontrolnym składa się z pięciu członków: trzech wyznaczonych przez m. st. Warszawa, reprezentowane

przez Prezydenta m. st. Warszawy, na wniosek Zarządu Dzielnicy Mokotów, oraz dwóch wyznaczonych przez Zarząd Klubu Sportowego Warszawianka [§ 11 ust. 1 i 2 Statutu].

Tym samym, Mokotowską Fundację Warszawianka - Wodny Park należy zakwalifikować jako osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w którym instytucja sektora finansów publicznych określona w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych posiada prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego, Zatem, Mokotowska Fundacja Warszawianka - Wodny Park jest Zamawiającym zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 2 pkt 13 ustawy stanowi , że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W tych okolicznościach zasadą jest zatem, że do czynności, których następstwem ma być zawarcie umowy odpłatnej między zamawiającym a wykonawcą, a której przedmiotem ma być usługa, dostawa lub robota budowlana, stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zasadnie zatem przypisano Zamawiającemu zaniechanie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zawarcia umowy, której przedmiotem było wykonanie wymiany złóż w filtrach obiegowych basenu sportowego oraz wymiany zaworów kłapowych w obiekcie Wodny Park prowadzonym przez Mokotowską Fundację Warszawianka - Wodny Park.

Reasumując, wyartykułowane przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli oraz podniesiona dla wykazania ich zasadności argumentacja, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z treścią art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: