

Sygn. akt: KIO/KD 113/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 2 stycznia 2015 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 10 grudnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Powiat Wołowski**  
**Plac Piastowski 2**  
**56-100 Wołów**

[dalej „zamawiający”]

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (znak: UZP/DKD/KND/29/14) [dalej „*Informacja o wyniku kontroli*”]

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę produktów żywnościowych do stołówki w Zespole Szkół im. T. Kościuszki w Wołowie udzielonych od lutego do sierpnia 2013 r.* [dalej „postępowanie”]

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	Klaudia Szczytowska-Maziarz
<b>Członkowie:</b>	Barbara Bettman
	Katarzyna Brzeska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli* zostają uwzględnione.**

## Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „organ kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną przedmiotowego postępowania, w wyniku której sporządził *Protokół kontroli doraźnej* (znak: UZP/DKD/KND/29/14), wskazując w nim, iż „*nienależyte oszacowanie wartości zamówień publicznych na dostawę produktów żywnościowych do stołówki w Zespole Szkół im. Tadeusza Kościuszki w Wołowie prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod znakiem: IZP.272.6.2013, IZP.272.12.2013, IZP.272.17.2013 oraz IZP.272.23.2013, doprowadziło w konsekwencji do zaniechania stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu w okresie od dnia 1 lutego 2013 r. do dnia 31 sierpnia 2013 r. zamówień na dostawę produktów żywnościowych do Zespołu Szkół im. T. Kościuszki w Wołowie. Powyższe stanowi naruszenie art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy*”.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] organ kontrolujący, przy piśmie z dnia 4 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/DWKZ/421/79(5)/14/AP), przekazał zamawiającemu *Informację o wyniku kontroli*.

Pismem z dnia 10 grudnia 2014 r. (znak: IZP.030.2.2013.7) zamawiający zgłosił zastrzeżenia do *Informacji o wyniku kontroli*.

W piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/DWKZ/421/79(9)14/AP), organ kontrolujący poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli*.

Pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/DWKZ/421/79(10)/14/AP) organ kontrolujący UZP, wskazując jako podstawę swojego działania art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

II.

Na podstawie dokumentów przekazanych przez zamawiającego organowi kontrolującemu, *Protokołu kontroli doraźnej, Informacji o wyniku kontroli*, zastrzeżeń zamawiającego przekazanych przy piśmie z dnia 10 grudnia 2014 r., stanowiska organu kontrolującego zajętego w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. po złożeniu zastrzeżeń, Izba uznała stanowisko organu kontrolującego za nieprawidłowe.

Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie kwestionował, że nienależycie oszacował wartość zamówień na dostawę produktów żywnościowych prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego w czterech kolejnych postępowaniach (IZP.272.6.2013, IZP.272.12.2013, IZP.272.17.2013 oraz IZP.272.23.2013), tj. że szacując wartość zamówień na dostawy produktów żywnościowych nie uwzględnił, choć powinien – ze względu na ich przedmiot (dostawa), kosztów transportu towarów do zamawiającego, a także towarzyszących transportowi usług.

Wskazać jednak przy tym należy, że organ kontrolujący nie zarzucił zamawiającemu w odniesieniu do ww. czterech postępowań naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.*

Zakwestionował natomiast to, że dopuścił się zaniechania stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu w okresie od dnia 1 lutego 2013 r. do dnia 31 sierpnia 2013 r. zamówień na dostawy produktów żywnościowych, podnosząc w zgłoszonych zastrzeżeniach (i odwołując się do przeprowadzonych przez siebie czterech postępowań przetargowych), że „nie jest możliwe wyłonienie jednego podmiotu realizującego cały przedmiot zamówienia” (przedmiot zamówienia obejmował 9 pakietów na produkty żywnościowe: 1. artykuły mleczne, nabiał i jaja, 2. artykuły z przemiału zbóż, 3. Pieczywo, świeże wyroby piekarskie, ciastkarskie, 4. produkty zwierzęce, świeże mięso i wędliny, 5. świeże warzywa i owoce, 6. przyprawy, makarony, herbaty i tłuszcze roślinne, 7. mrożonki, 8. pozostałe artykuły żywnościowe, 9. ryby, ryby puszkowane, konserwowe, przetworzone, mrożone, wędzone).

Do tego istotnego argumentu organ kontrolujący w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. w ogóle się nie odniósł, pomimo że sam – w *Informacji o wyniku kontroli* – przyjął, iż „z zamówieniami odrębnymi będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie i/lub nie jest możliwym jego zakup u tego samego wykonawcy”.

W odniesieniu do okresu 01.02.-31.08.2013 r. organ kontrolujący ustalił, że zamawiający dokonał zakupów (produktów żywnościowych) na łączną kwotę 157 663,41 zł, która przekracza kwotę 56 274,40 zł wskazaną przez organ kontrolujący jako kwota (stanowiąca równowartość 14 000 euro) obligująca w tym przypadku do zastosowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający powyższego ustalenia nie kwestionował. Przeciwnie, w piśmie z dnia 10 grudnia 2014 r. zamawiający dokonał rozbicia tej kwoty na poszczególne asortymenty produktów żywnościowych.

W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający odwołał się do Postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania wyjaśniającego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą we Wrocławiu z dnia 19 czerwca 2012 r. (RDFP/51-19/4/2012), w którym dokonano – uwzględniając iż w przypadku dostaw powtarzających się okresowo przez pojęcie „rodzaj” należy rozumieć ten sam gatunek, odmianę, typ, czy też jakość, a zamówienie może wykonać nieograniczony krąg wykonawców tzw. „zamówienia z tej samej półki na tych samych warunkach” – kwalifikacji środków żywności do następujących asortymentów – rodzajów: owoce i warzywa, mięsa i jego przetwory, pieczywa, ryby, mrożonki, artykuły ogólnospożywcze, nabiał.

Organ kontrolujący stanął na stanowisku, iż podnoszony przez zamawiającego na etapie zastrzeżeń podział produktów żywnościowych na poszczególne grupy asortymentowe stanowi podział sztuczny, którego celem jest jedynie nieuprawnione odstępianie od stosowania przepisów ustawy Pzp, a kwestią kluczową jest – wspólny dla wszystkich towarów bez względu na ich kategorię – cel udzielanych zamówień publicznych, tj. zapewnienie funkcjonowania stołówki poprzez wydawanie posiłków.

Koniecznym w tym miejscu jest ponowne odwołanie się do stanowiska organu kontrolującego zawartego w *Informacji o wyniku kontroli*, gdzie wskazano: „Zamawiający zobowiązany jest nabywać określonego rodzaju dostawy, usługi lub roboty budowlane w jednym postępowaniu w sytuacji, gdy zamówienie ma obejmować przedmiot tego samego lub podobnego rodzaju i o takim samym lub podobnym przeznaczeniu oraz gdy zamówienie to może zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę”, ponieważ wynika z niego wprost, iż ten sam lub choćby podobny rodzaj dostaw ma znaczenie z punktu widzenia obowiązku przeprowadzenia przez zamawiającego jednego postępowania – kwestią przesądzającą nie jest jedynie przeznaczenie tych dostaw (użycie do przygotowania posiłków w celu zapewnienia funkcjonowania stołówki poprzez wydawanie posiłków). Pomimo to organ

kontrolujący nie stwierdził nawet, że wszystkie zamawiane przez zamawiającego dostawy (produktów żywnościowych) to produkty „tego samego lub choćby podobnego rodzaju”, (o argumentacji za tym przemawiającej nie wspominając), podnosząc do rangi kwestii przesądzającej – o czym wyżej – cel udzielanych zamówień publicznych.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że organ kontrolujący nie wykazał, że zakup przez zamawiającego u różnych podmiotów na przestrzeni luty-sierpień 2013 roku asortymentu spożywczego na łączną kwotę 157 663,41 zł, którego jednak wartość przy uwzględnieniu różnego jego rodzaju w żadnym przypadku nie przekroczyła kwoty 56 274,40 zł (wartości poszczególnych pakietów mieściły się w kwotach: 771,09 zł – 48 886,44 zł), toteż uznał, że nie można przypisać zamawiającemu naruszenia art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy.

Stanowiska Izby nie zmienia to, iż zamawiający prowadził cztery postępowania przetargowe w sprawie zamówień, na których wartość szacunkową składała się wartość całego asortymentu służącego przygotowywaniu posiłków w okresie luty-sierpień 2013 roku, ponieważ ustawa Pzp nie zakazuje łączenia zamówień, a po wtóre nawet „pierwotne” przekonanie zamawiającego co do obowiązku prowadzenia postępowania na cały asortyment nie stanowi podstawy do oceny zgodności działań zamawiającego z przepisami obowiązującego prawa.

Podkreślić także należy, że odwoływanie się do oszacowanych przez zamawiającego wartości poszczególnych pakietów (łącznie 803 821,52 zł, w tym pakiety 1, 3, 4, 5, 8 powyżej kwoty 56 274,40 zł) jest zasadne w odniesieniu do prowadzonych przez zamawiającego kolejno po sobie następujących czterech postępowań przetargowych, nie jest natomiast zasadne w odniesieniu do dokonywanych przez zamawiającego zakupów bieżących, które miały „ograniczony czasokres” – w związku z brakiem wyłonienia wykonawców na wszystkie pakiety (tyle, że aż czterokrotnie), a które pozwalały na realizację zadania polegającego na zapewnieniu posiłków uczniom i wychowankom.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....