



WOJEWODA ŁÓDZKI

Łódź, 3 sierpnia 2023 r.

RPS-IV.431.3.2023

Pan

Paweł Kulesza

Burmistrz Miasta Łęczycy

Wystąpienie pokontrolne

**z kontroli w trybie zwykłym w zakresie prawidłowości wykorzystania dotacji celowej
na realizację zadania**

**pn. „Budowa budynku na potrzeby Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy
przy ul. Słowackiego”**

zrealizowanego przez Miasto Łęczycy

I. Jednostka kontrolowana:

Miasto Łęczycy, zwane dalej również „Miastem” lub „beneficjentem”,
ul. Konopnickiej 14, 99-100 Łęczycy.

Burmistrzem Miasta Łęczycy w czasie prowadzenia czynności kontrolnych (a także w trakcie realizacji zadania) był Pan Paweł Kulesza.

II. Kontrolę przeprowadzili pracownicy Oddziału Wsparcia i Integracji w Wydziale Rodziny i Polityki Społecznej Łódzkiego Urzędu Wojewódzkiego w Łodzi:

- Sebastian Rakowski – główny specjalista, kierownik zespołu kontrolerów, na podstawie upoważnienia nr 47/2023 i 117/2023,
- Romuald Kolasa – główny specjalista, członek zespołu kontrolerów, na podstawie upoważnienia nr 46/2023 i 118/2023,
- Agata Suchacka – starszy inspektor wojewódzki, członek zespołu kontrolerów, na podstawie upoważnienia nr 58/2023 i 119/2023

Kontrolę przeprowadzono w dniach 31 marca 2023 r. – 19 lipca 2023 r., przy czym w dniu 26 czerwca 2023 r. kontrolerzy przeprowadzili czynności kontrolne w miejscu realizacji zadania (ogłędziny).

Kontrolerzy dokonali wpisu do książki kontroli prowadzonej w Urzędzie Miejskim w Łęczycy.

III. Wyjaśnień udzielali:

- Pan Paweł Kulesza – Burmistrz Miasta Łęczycy (pisemnie);
- Pan Wojciech Czaplif – Zastępca Burmistrza Miasta Łęczycy (pisemnie);
- Pan Mariusz Mieczysławski – Dyrektor Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy;

ŁÓDZKI URZĄD WOJEWÓDZKI W ŁÓDZI

90-926 Łódź, ul. Piotrkowska 104, tel.: (+48) 42 664 10 00, fax: (+48) 42 664 10 40 Elektroniczna Skrzynka Podawcza ePUAP: /lodzuw/SkrytkaESP
<https://www.gov.pl/web/uw-lodzki>

Administratorem danych osobowych jest Wojewoda Łódzki. Dane przetwarzane są w celu realizacji czynności urzędowych. Masz prawo do dostępu, sprostowania, ograniczenia przetwarzania danych. Więcej informacji znajdziesz na stronie <https://www.gov.pl/web/uw-lodzki> w zakładce ochrona danych osobowych.

– Pani Olga Kubas – Kierownik Wydziału Inwestycji w Urzędzie Miejskim w Łęczycy.

IV. Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:

1. Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 224).
2. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.), dalej jako „ustawa o finansach publicznych”.
3. Decyzja Wojewody Łódzkiego z dnia 8 lutego 2019 r., znak: FB.I.3111.1.2019.
4. Decyzja Wojewody Łódzkiego z dnia 15 lipca 2019 r., znak: FB-I.3111.2.171.2019.

V. Zakres i przedmiot kontroli:

Prawidłowość wykorzystania dotacji udzielonej z budżetu państwa w kwocie 2 219 788,00 zł z przeznaczeniem na wykonanie zadania pn. „Budowa budynku na potrzeby Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy przy ul. Słowackiego” (dalej jako „zadanie”), na podstawie decyzji Wojewody Łódzkiego z dnia 8 lutego 2019 r., znak: FB.I.3111.1.2019 (kwota: 250 000,00 zł) oraz z dnia 15 lipca 2019 r., znak: FB-I.3111.2.171.2019 (kwota: 1 969 788,00 zł).

Okres objęty kontrolą: 1 stycznia 2019 r. – 31 grudnia 2019 r.

Prowadzenie i rozwój infrastruktury środowiskowych domów samopomocy (ŚDS) jest zadaniem z zakresu administracji rządowej, zleconym gminom stosownie do treści art. 18 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2023 r. poz. 901 ze zm.).

VI. Ustalenia:

1) w zakresie wyboru wykonawców:

W związku z realizacją zadania udzielono dwóch zamówień publicznych:

- 1) na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi – zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”);
- 2) na wykonanie robót budowlanych – w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ad. 1. Pełnienie nadzoru inwestorskiego:

Zamówienie było wynikiem postępowania w formie zapytania cenowego, zamieszczonego (ogłoszonego) w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Miejskiego w Łęczycy¹. W odpowiedzi na to zapytanie, do zamawiającego wpłynęło pięć ofert. Kierując się przyjętymi kryteriami oceny, za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez Rafała Zawrzykraję, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą *Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Rafał Zawrzykraj*.

W dniu 22 sierpnia 2019 r., zgodnie z art. 4 pkt 8 Pzp, zawarta została umowa nr IR 271.1.578.2019, pomiędzy Miastem Łęczycą a Rafałem Zawrzykrajem, prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą *Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Rafał*

¹ Taki rodzaj postępowania, mającego doprowadzić do zawarcia umowy, uznać należy za rodzaj przetargu, o którym mowa w art. 70¹-70⁵ Kc. Z uwagi na to, że zapytanie skierowano do nieoznaczonego grona potencjalnych wykonawców, był to przetarg nieograniczony, do którego jednak – ze względu na próg bagatelności – nie miały zastosowania przepisy Pzp. Zob. J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 70¹, nb 4.

*Zawrzykraj*². Wynagrodzenie wykonawcy ustalono – stosownie do złożonej oferty – na kwotę 7 500,00 zł brutto (6 097,56 zł netto + VAT: 1 402,44 zł).

Nie wnosi się uwag.

Ad. 2. Wykonanie robót budowlanych:

1. Zamówienie polegające na budowie budynku, w którym miał się mieścić Środowiskowy Dom Samopomocy w Łęczycy, udzielane było w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania. Kontroli poddano ostatnią część zamówienia; pozostałe etapy zostały zrealizowane w latach wcześniejszych.
2. Wartość kontrolowanej części zamówienia oszacowano na kwotę 1 559 040,59 zł; szacunkowa wartość całego zamówienia to 3 611 229,93 zł³.
3. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) w dniu 19 lipca 2019 r. pod numerem 576272-N-2019. Termin składania ofert zamawiający wyznaczył na dzień 5 sierpnia 2019 r. o godz. 10⁰⁰.
4. Do upływu terminu, do zamawiającego wpłynęła 1 oferta, złożona przez BMB Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k.
5. Jednym z warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez zamawiającego, było posiadanie doświadczenia zawodowego w postaci należytej realizacji minimum jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa/przebudowa/remont budynku kubaturowego o wartości co najmniej 350 000,00 zł. Wykonawca, który złożył ofertę, nie przedstawił dokumentów, z których wynikałoby, że samodzielnie spełnia ten warunek; do oferty załączony został wykaz z robotami wykonanymi przez podmiot trzeci, a mianowicie *Global Systems Marcin Balcerzak*. Wykonawca złożył oświadczenie, że w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego polega na zasobach *Global Systems Marcin Balcerzak*, wskazując zarazem, że polega na tych zasobach w zakresie **robót wykończeniowych zewnętrznych**. Jednocześnie w formularzu oferty wykonawca zadeklarował, że powierzy podwykonawcy wykonanie części zamówienia obejmującej prace wykończeniowe zewnętrzne. Do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego (*Global Systems Marcin Balcerzak*), że podmiot ten weźmie udział w realizacji części zamówienia, tj. że wykona roboty budowlane stanowiące prace wykończeniowe zewnętrzne.

² Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 70³ § 3 zd. 1 Kc „[d]o ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej”. Jeżeli więc zamawiający planuje zawrzeć ze zwycięskim wykonawcą umowę w formie pisemnej, powinien zastrzec to w ogłoszeniu (zapytaniu/zaproszeniu do złożenia oferty). W przeciwnym razie umowa jest już zawarta w chwili doręczenia zwycięzcy zawiadomienia o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

³ Szacując wartość zamówienia, zamawiający – zgodnie z treścią protokołu postępowania – nie uwzględnił dyspozycji art. 32 ust. 4 Pzp, a więc nie kierował się łączną wartością poszczególnych części zamówienia. Pozostawało to jednak bez wpływu na stosowanie przepisów ustawy, ponieważ przyjęta wartość zamówienia (tj. 1 559 040,59 zł) przekraczała krajowy próg bagatelności (art. 4 pkt 8 Pzp), a łączna wartość poszczególnych części (tj. 3 611 229,93 zł) lokowała się poniżej progu europejskiego (art. 11 ust. 8 Pzp).

6. W dniu 21 sierpnia 2019 r. zawarta została umowa nr 272.2.7.2019, pomiędzy Miastem Łęczyca a BMB Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k.⁴ Wynagrodzenie wykonawcy (w formie ryczałtowej) ustalono na kwotę 2 152 500,00 zł brutto (1 750 000,00 zł netto + VAT: 402 500,00 zł).
7. W umowie przewidziano odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w ramach kar umownych.
8. Przed zawarciem umowy z zamawiającym, wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie pieniądza (dwa przelewy na rachunek bankowy zamawiającego + zaliczenie wpłaconego wadium na poczet zabezpieczenia). W trakcie realizacji zamówienia doszło do zmiany formy zabezpieczenia – z pieniądza na gwarancję ubezpieczeniową. W ślad za tym, wykonawca przekazał ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek, z okresem ważności od 10 października 2019 r. do 6 grudnia 2024 r. Na mocy aneksu nr 1, okres ważności gwarancji został przedłużony do dnia 16 grudnia 2024 r. Zgodnie z treścią gwarancji, aby beneficjent mógł z niej skorzystać, określone należności muszą powstać w okresie ważności gwarancji.
9. W dniu 23 sierpnia 2019 r. zamawiający opublikował w BZP ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (510176802-N-2019).
10. W trakcie realizacji zamówienia – zgodnie wyjaśnieniem beneficjenta – wykonawca zrezygnował z udziału podwykonawcy. Pełny zakres zamówienia został zrealizowany samodzielnie przez wykonawcę.

Uwagi do zamówienia omówione zostały we wnioskach pokontrolnych.

2) w zakresie wydatkowania środków dotacji przez beneficjenta:

1. Zgodnie z decyzjami Wojewody Łódzkiego z dnia 8 lutego 2019 r., znak: FB.I.3111.1.2019 (kwota: 250 000,00 zł)⁵ oraz z dnia 15 lipca 2019 r., znak: FB-I.3111.2.171.2019 (kwota: 1 969 788,00 zł)⁶, beneficjentowi przyznano dotację celową w łącznej kwocie 2 219 788,00 zł, z przeznaczeniem na kontrolowane zadanie.
2. Rzeczywisty koszt realizacji zadania, ustalony na podstawie dokumentów załączonych do wniosków o wypłatę dotacji, wynosi 2 160 000,00 zł i został w całości sfinansowany ze środków budżetu państwa; kwota 59 788,00 zł pozostała niewykorzystana.

⁴ W umowie w sposób nieprecyzyjny określono, że wykonawca reprezentowany jest przez „Marcina Balcerzaka – Wiceprezesa”. Wykonawcą była jednak spółka komandytowa, która – jako rodzaj spółki osobowej, w odróżnieniu od spółek kapitałowych – nie posiada organów, a co za tym idzie – w jej strukturze nie może funkcjonować prezes bądź wiceprezes (zarządu). W spółkach osobowych działają wspólnicy, za sprawą których dochodzi do powstania tych spółek (wspólnicy zawierają umowę spółki). W przypadku spółek komandytowych, wspólnicy dzielą się na komandytariuszy (ich odpowiedzialność za zobowiązania jest ograniczona do wysokości sumy komandytowej) i komplementariuszy (odpowiadają za zobowiązania bez ograniczeń); do reprezentacji uprawnieni są, co do zasady, wyłącznie komplementariusze (art. 117 Ksh). Wspólnikiem w spółce komandytowej może być również – i tak jest u wykonawcy – osoba prawna (np. inna spółka kapitałowa). Jeżeli osoba prawna jest komplementariuszem, wówczas reprezentuje ona spółkę komandytową poprzez swoje (tzn. tej osoby prawnej) organy.

Przenosząc powyższe uwagi na sytuację wykonawcy, z którym zawierano umowę, należy wskazać, że stroną umowy było BMB Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k., a więc spółka komandytowa, w której komplementariuszem było BMB Budownictwo Sp. z o. o. Prawidłowy zapis co do strony i jej reprezentacji powinien zatem brzmieć następująco (w istotnym zakresie, nieuwzględniającym adresu, numeru rejestracji w KRS i innych oznaczeń): a BMB Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, reprezentowaną przez BMB Budownictwo Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, za którą działa Marcin Balcerzak – Wiceprezes.

⁵ Budżet państwa na rok 2019, część 85/10.

⁶ Rezerwa celowa budżetu państwa, część 83, pozycja 25.

3. Dotacja w kwocie 2 160 000,00 zł została przekazana na rachunek bankowy Miasta Łęczycy w czterech transzach, z czego ostatnia w dniu 23 grudnia 2019 r.; beneficjent nie występował o wypłatę dotacji w pozostałej części.
4. Zapłata za zrealizowane zadanie nastąpiła w dniach: 30 października 2019 r. (roboty budowlane), 2 grudnia 2019 r. (roboty budowlane), 20 grudnia 2019 r. (roboty budowlane) i 24 grudnia 2019 r. (roboty budowlane oraz nadzór inwestorski). Wszystkie wydatki zostały poniesione przed końcem roku budżetowego.
5. Poniesione wydatki dotyczą operacji faktycznie wykonanych, a płatności na rzecz wykonawców zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i terminowy.

3) sprawdzenie ujęcia przyznanej dotacji celowej w budżecie Miasta Łęczycy, w tym zabezpieczenia środków na realizację zobowiązań:

1. Uchwałą nr V/32/2019 Rady Miejskiej w Łęczycy z dnia 8 stycznia 2019 r. w sprawie uchwalenia budżetu Miasta Łęczycy na rok 2019, dotacja w kwocie 250 000,00 zł została ujęta w budżecie zarówno po stronie dochodów, jak i wydatków.
2. Zarządzeniem nr 120.147.2019 Burmistrza Miasta Łęczycy z dnia 19 lipca 2019 r., zwiększono dochody budżetu o kwotę 1 969 788,00 zł, stanowiącą dotację w części pochodzącej z rezerwy celowej budżetu państwa. O taką samą kwotę zwiększono również wydatki budżetu.
3. Po zmianie dokonanej w dniu 19 lipca 2019 r., na zadanie przewidziano w budżecie wydatki w łącznej kwocie 2 219 788,00 zł.
4. Zaciągnięte przez beneficjenta zobowiązania na realizację zadania miały pokrycie w ustalonej w uchwale budżetowej kwocie wydatków.

4) sprawdzenie prowadzenia przez beneficjenta wyodrębnionej ewidencji księgowej:

1. Zgodnie z art. 152 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, jednostki, którym została udzielona dotacja, są zobowiązane do prowadzenia wyodrębnionej ewidencji księgowej środków otrzymanych z dotacji (dochodów) oraz wydatków dokonywanych z tych środków.
2. Dla przedmiotowego zadania, ewidencja księgowa prowadzona była na poziomie jednostki budżetowej — Urzędu Miejskiego w Łęczycy. Po stronie dochodów kontrolowany udostępnił kartotekę budżetową dla klasyfikacji dochodów 852-85203-6310 za okres 2019 r. z informacją o numerze dowodu, datą księgowania, kwotą środków i numerze konta, na które została zaksięgowana (901-11- dochody budżetowe - subwencje, dotacje). Do materiałów załączono kartotekę konta analitycznego 901-11, w którym pod pozycjami 245, 246, 282, 309 i 311 zaksięgowano wpływ dotacji na realizację kontrolowanego zadania.
3. Kontrolowany przedstawił także kartotekę budżetową dla klasyfikacji wydatków 852-85203-6050 - 1 - Budowa budynku na potrzeby ŚDS w Łęczycy przy ul. Słowackiego - zlecone za okres 2019 r. Kartoteka zawiera informację o numerze dowodu, dacie księgowania, kwocie środków i numerze konta, na które została zaksięgowana (810-060 - dotacje budżetowe, płatności z budżetu środków europejskich - Budowa budynku na potrzeby ŚDS w Łęczycy przy ul. Słowackiego; 130-02 - rachunek bieżący Urzędu - wydatki).
4. W ramach dotacji budżetowej przekazano środki w kwocie łącznej 2 160 000,00 zł, co znalazło odzwierciedlenie w zapisach konta analitycznego 810-060 w postaci pięciu zapisów księgowych (nr dokumentu 1595/1, 1829/8, 2077/10, 2127/1, 2127/2) w okresie od 30 października do 24 grudnia 2019 r. Zapisy te znalazły się na koncie 080-024 - Środki trwałe w budowie (inwestycje) - Budowa budynku na potrzeby ŚDS w Łęczycy

przy ul. Słowackiego i stanowiły podstawę do wystawienia dokumentu OT 21/2019 „Budowa na potrzeby ŚDS w Łęczycy...” - podwyższenie wartości na kwotę przekazanej dotacji w wysokości 2 160 000,00 zł.

5. Sposób prowadzenia ewidencji księgowej pozwala na wyodrębnienie środków otrzymanych z dotacji i określenie na co zostały one przeznaczone, co wypełnia wymogi określone w ustawie o finansach publicznych.

5) sprawdzenie kwalifikowalności podatku VAT:

1. Zgodnie z § 16 ust. 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 grudnia 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu i trybu finansowania inwestycji z budżetu państwa (Dz. U. Nr 238, poz. 1579), „jeżeli inwestor odliczył od podatku należnego kwotę podatku od towarów i usług zawartą w nakładach poniesionych na realizację inwestycji lub otrzymał jej zwrot, to kwotę tę zwraca na rachunek dochodów budżetu państwa, w wysokości proporcjonalnej do kwoty uzyskanej dotacji na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji”.
2. Beneficjent wyjaśnił, że usługi z zakresu pomocy społecznej świadczone przez ŚDS, będący domem dziennego pobytu, objęte są zwolnieniem z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 22 ustawy o VAT.
3. Od dnia 30 maja 2021 r., na mocy rozwiązań wprowadzonych ustawą z dnia 15 kwietnia 2021 r. o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. poz. 803), korzystanie z usług świadczonych w ośrodkach wsparcia osobom z zaburzeniami psychicznymi, niebędących usługami całodobowymi oraz korzystanie z usług klubów samopomocy dla osób z zaburzeniami psychicznymi, jest nieodpłatne.
4. Czynności zwolnione z VAT, podobnie jak te w ogóle nieopodatkowane z racji swej nieodpłatności⁷, nie tworzą możliwości odliczenia podatku naliczonego w fakturach wystawionych przez wykonawców zadania. Dzieje się tak, ponieważ brak jest wówczas czynności faktycznie opodatkowanych (tj. brak podatku należnego po stronie beneficjenta), co wyklucza odzyskanie zapłaconego podatku VAT. W konsekwencji, podatek ten jest dla beneficjenta kosztem kwalifikowalnym.

6) sprawdzenie prawidłowości realizacji projektu pod względem rzeczowym:

1. Kontrolowane zadanie realizowane było etapami. W roku 2015 Miasto Łęczycza wykonało dokumentację techniczną, uzyskało pozwolenie na budowę, a także wykonało roboty polegające na przygotowaniu terenu pod budowę – za kwotę 177 844,89 zł.

⁷ Odpłatność jest tradycyjnie rozumiana jako sytuacja, w której w związku z daną czynnością „obie strony mają uzyskać pewną korzyść majątkową”. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2017, s. 234. Do celów opodatkowania VAT wymagania pod tym względem są jednak większe; nie wystarczy samo to, że usługodawca świadczy *jakąś* usługę (korzyść niepieniężna po stronie usługobiorcy), za którą otrzymuje *jakieś* wynagrodzenie od usługobiorcy (korzyść pieniężna po stronie usługodawcy). Z odpłatnością przy VAT mamy do czynienia dopiero wtedy, gdy „wynagrodzenie otrzymane przez usługodawcę stanowi rzeczywistą równowartość usługi świadczony na rzecz usługobiorcy”. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 maja 2016 r., w sprawie C-520/14, Gemeente Borsele przeciwko Staatssecretaris van Financiën, pkt 24 i przywołane tam orzecznictwo. Kierując się tym rozumieniem, można uznać, że nawet przed 30 maja 2021 r., kiedy od uczestników ŚDS pobierano odpłatność miesięczną, była to nadal usługa nieodpłatna na potrzeby podatku VAT, gdyż odpłatność „nie [była], co do zasady, ustalana według kryteriów rynkowych”. Interpretacja ogólna nr PT1.8101.3.2019 Ministra Finansów z dnia 10 czerwca 2020 r. (Dz. Urz. Min. Fin. poz. 81).

W roku 2016 doprowadzono budynek do stanu surowego otwartego – za kwotę 1 243 530,00 zł. W roku 2018 budynek uzyskał stan surowy zamknięty, rozpoczęto roboty wykończeniowe – za kwotę 1 186 335,00 zł.

2. W roku 2019, zgodnie z programem inwestycji, planowano dokończyć roboty wykończeniowe (wewnętrzne i zewnętrzne), instalacje oraz wykonać architekturę wewnątrz. Koszt wykonania tej (ostatniej) części zadania, wraz z nadzorem inwestorskim, oszacowano na kwotę 2 219 787,73 zł. Ostatecznie Miasto otrzymało na ten cel dwie dotacje z budżetu państwa w łącznej kwocie 2 219 788,00 zł (250 000,00 zł + 1 969 788,00 zł).
3. Szczegółowy zakres zadania (kontrolowanego etapu) opisany został w przedmiarach i obejmował:
 - a) roboty w branży budowlanej: stolarka okienna i drzwiowa zewnętrzna, roboty wykończeniowe zewnętrzne (tynki), podłogi i posadzki, roboty wykończeniowe wewnętrzne (gruntowanie podłogi, tynki, okładziny, sufity podwieszane, izolacje, malowanie), stolarka drzwiowa wewnętrzna, montaż armatury (umywalki, ustępy, pisuary, brodziki, zlewy gospodarcze);
 - b) roboty w branży sanitarnej: dolne źródło pompy ciepła, instalacje źródła ciepła, pompy ciepła, c. o. i c. t., instalacje wod.-kan., instalacje wentylacji;
 - c) roboty w branży elektrycznej: rozdzielnice elektryczne, trasy kablowe, wewnętrzna linia zasilająca, osprzęt elektroinstalacyjny, montaż opraw oświetleniowych, instalacja ekwipotencjalna i odgromowa, sieci zewnętrzne, prace pomiarowe, instalacja niskoprądowa (w tym system domofonowy i przyzywowy);
 - d) wyposażenie następujących pomieszczeń: świetlica, jadalnia, pracownia kulinarna, spiżarnia, sekretariat, gabinet dyrektora, gabinet księgowej, archiwum, gabinet pracownika socjalnego, gabinet psychologa, pomieszczenie socjalne, pomieszczenie terapeutów, sala doświadczenia świata, pracownia komputerowa, pracownia zajęć praktycznych, pralnia, pracownia terapii zajęciowej, komunikacja, WC, natryski, sala do ćwiczeń.
4. Roboty budowlane realizowano na podstawie pozwolenia na budowę udzielonego decyzją Starosty Łęczyckiego nr 345/2015 z dnia 7 grudnia 2015 r. (AB.6740.356.2015.ISz).
5. W 2019 r. roboty budowlane wykonywało BMB Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k., na podstawie umowy nr 272.2.7.2019, zawartej z Miastem w dniu 21 sierpnia 2019 r. Wykonawca zobowiązał się wykonać zadanie w terminie do dnia 6 grudnia 2019 r.
6. Z treści zapisów w dzienniku budowy wynika, że roboty (w ramach kontrolowanego etapu) rozpoczęły się w dniu 21 sierpnia 2019 r.; zgłoszenie przez kierownika budowy wszystkich robót do odbioru końcowego nastąpiło w dniu 25 listopada 2019 r. W dniu 28 listopada 2019 r. inspektor nadzoru inwestorskiego potwierdził zakończenie robót budowlanych.
7. Kierownik budowy złożył w dniu 2 grudnia 2019 r. oświadczenie na podstawie art. 57 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym, warunkami pozwolenia na budowę i przepisami. Zgodnie z treścią oświadczenia, w toku wykonywania robót budowlanych nie wprowadzono zmian w stosunku do projektu budowlanego i warunków pozwolenia na budowę.
8. Protokolarnego odbioru końcowego robót budowlanych dokonano w dniu 17 grudnia 2019 r.; nie stwierdzono żadnych usterek.
9. W dniu 6 grudnia 2019 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Łęczycy decyzją nr 42/2019 udzielił pozwolenia na użytkowanie budynku Środowiskowego Domu Samopomocy wraz z zagospodarowaniem terenu na nieruchomości położonej w Łęczycy przy ul. Słowackiego, nr ewid. działek: 834/25 i 834/26. Wydanie decyzji poprzedziła obowiązkowa kontrola obiektu, która potwierdziła, że budynek wykonano

zgodnie z pozwoleniem na budowę, z zastrzeżeniem braku zjazdu, miejsc parkingowych oraz przyłącza do sieci energetycznej (budynek był zasilany z tymczasowego przyłącza wykonanego na czas budowy).

W związku z powyższym, w sentencji decyzji o pozwoleniu na użytkowanie organ nadzoru budowlanego nałożył na inwestora obowiązek wykonania brakujących (a przewidzianych w projekcie budowlanym) elementów w terminie do 30 kwietnia 2020 r.

Pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Łęczycy potwierdził wykonanie przez inwestora obowiązków wynikających z pozwolenia na użytkowanie.

10. W dniu 26 czerwca 2023 r. zespół kontrolerów przeprowadził oględziny nieruchomości, na której zlokalizowany jest budynek Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy; w czynności wziął udział dyrektor ŚDS oraz pracownicy Urzędu Miejskiego w Łęczycy. W trakcie oględzin sprawdzeniu podlegały prace wykonane w 2019 r. oraz wybrane elementy wyposażenia. Stwierdzono, że stan techniczny budynku jest wizualnie dobry (z zastrzeżeniem ustaleń zawartych w protokołach okresowych przeprowadzonych w myśl Prawa budowlanego), urządzenia są sprawne, budynek jest odpowiednio wyposażony i przystosowany do potrzeb osób niepełnosprawnych za pośrednictwem bocznej strefy wejściowej, która umożliwia dostanie się do wnętrza budynku z poziomego terenu. W obiekcie znajdują się pomieszczenia higieniczno-sanitarne przystosowane do potrzeb osób niepełnosprawnych, a na drogach komunikacji ogólnej nie ma progów.

Z przeprowadzonych oględzin sporządzony został protokół, który włączono do akt kontroli.

7) sprawdzenie sposobu użytkowania obiektu w kontekście jego przeznaczenia i obowiązujących przepisów:

1. Budynek Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy przy ul. Słowackiego 25 posiada książkę obiektu budowlanego i poddawany jest okresowym kontrolom stanu technicznego, wynikającym z art. 62 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego. Ostatnia kontrola przeprowadzona została w kwietniu 2023 r. Stwierdzono wówczas niedostateczny stan techniczny pokrycia dachowego z uwagi na liczne nierówności powierzchni i nieprawidłowe spadki, osiadanie izolacji termicznej, purchle i pofałdowania świadczące o zawilgoceniu warstw pod pokryciem, liczne odspojenia warstwy wierzchniej papy na zgrzewach; zalecono poprawienie profilowania połączeń dachowych, usunięcie odspojonych fragmentów papy, uzupełnienie powstałych ubytków, poprawienie zgrzew poszczególnych arkuszy i przesmarowanie łączenia uszczelniaczem dekarским bitumicznym. Ponadto, jedynie dostateczny był stan obróbek blacharskich dachu – występowały uszkodzenia mechaniczne, zagięcia i zadolenia, poluzowane wkręty mocujące blachę oraz ubytki powłoki ochronnej; zalecono, m.in., wymianę uszkodzonych elementów i poprawienie mocowania blach. Mimo powyższych usterek, osoby przeprowadzające kontrolę oceniły, że budynek jest w należyłym stanie technicznym i nadaje się do użytkowania; nie ma zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi, środowiska ani mienia. Na potrzeby niniejszej kontroli beneficjent wyjaśnił, że zalecenia dotyczące stanu technicznego ŚDS w zakresie pokrycia dachowego i obróbek blacharskich dachu „zostaną wykonane zgodnie z terminem do końca roku 2023”, przed zamontowaniem na dachu budynku instalacji fotowoltaicznej.
2. ŚDS posiada instrukcję bezpieczeństwa pożarowego, sporządzoną w listopadzie 2019 r. Aktualizację instrukcji wykonano w kwietniu 2023 r. Stanowi to uchybienie § 6 ust. 7

rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 czerwca 2010 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów (Dz. U. z 2023 r. poz. 822), zgodnie z którym instrukcję należy poddawać „okresowej aktualizacji, co najmniej raz na 2 lata, a także po takich zmianach sposobu użytkowania obiektu lub procesu technologicznego, które wpływają na zmianę warunków ochrony przeciwpożarowej”.

Na dzień przeprowadzenia oględzin instrukcja jest aktualna. W trakcie oględzin kontrolerom okazano losowo wybrane oświadczenie pracownika o zapoznaniu się z aktualną instrukcją. Treść instrukcji wymaga jednak korekty w zakresie podmiotu, do którego jest ona skierowana (s. 24⁸, 41⁹ i 50¹⁰).

3. Na potrzeby niniejszej kontroli Dyrektor Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy stwierdził (zob. pismo z dnia 19 kwietnia 2023 r., znak: ŚDS.071.24.2023), że ŚDS spełnia wszystkie standardy określone rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 9 grudnia 2010 r. w sprawie środowiskowych domów samopomocy (Dz. U. z 2020 r. poz. 249 ze zm.).

8) inne dokumenty poddane kontroli:

1. Środowiskowy Dom Samopomocy w Łęczycy został utworzony na mocy uchwały nr 343/L/98 Rady Miasta Łęczycy z dnia 30 kwietnia 1998 r.
2. Uchwałą nr XXIV/156/12 z dnia 25 października 2012 r. Rada Miejska w Łęczycy przyjęła aktualnie obowiązujący statut ŚDS w Łęczycy. Ponadto, na mocy uchwały nr XXVIII/166/2020 Rady Miejskiej w Łęczycy z dnia 26 marca 2020 r., statut ŚDS został zmieniony w zakresie siedziby jednostki, która mieścić się ma w Łęczycy, przy ulicy Juliusza Słowackiego 25. Pod tym adresem wybudowany został budynek w ramach kontrolowanego zadania.
3. W ŚDS funkcjonuje regulamin organizacyjny, który został uzgodniony z Wojewodą Łódzkim (zob. pismo z dnia 13 stycznia 2021 r., znak: ZRPS-III.9421.3.2021), a także zatwierdzony przez Burmistrza Miasta Łęczycy (zob. zarządzenie nr 120.11.2021 z dnia 18 stycznia 2021 r.).
4. Na mocy porozumienia z dnia 1 marca 2020 r., zawartego pomiędzy Miastem Łęczycy (jako właścicielem) a Środowiskowym Domem Samopomocy w Łęczycy, nieruchomość zabudowana, położona przy ulicy Juliusza Słowackiego w Łęczycy, na działce oznaczonej numerem 834/25, została oddana w bezpłatne użytkowanie ŚDS do dnia 1 marca 2040 r., z przeznaczeniem na cele i zadania statutowe. W § 12 porozumienia zapisano, że w sprawach nieuregulowanych porozumieniem „zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego”. Nie wydano decyzji o trwałym zarządzie.

VII. Wnioski pokontrolne:

1. Zgodnie z ustawą o finansach publicznych, dotacja podlega zwrotowi, jeżeli środki zostaną „wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem”¹¹ albo „pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości”¹².

W związku z powyższym ustalono, że:

⁸ Błędne przywołanie Zajazdu Senator.

⁹ Błędne przywołanie Sali Bankietowej „VENEZIA”.

¹⁰ Błędne przywołanie Restauracji „ŚRFODOWISKOWY DOM SAMOPOMOCY”.

¹¹ Art. 169 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansach publicznych.

¹² Art. 169 ust. 1 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

- a) Beneficjent otrzymał dotację w wysokości zgodnej z decyzjami Wojewody Łódzkiego. Przyznana dotacja nie przekracza kosztów zadania, które znajdują pokrycie w fakturach wystawionych przez wykonawców – nie doszło do pobrania dotacji w nadmiernej wysokości.
- b) Powszechnie obowiązujące przepisy prawa upoważniają beneficjenta do przyjęcia dotacji udzielonej na podstawie decyzji Wojewody Łódzkiego. Zadanie zgłoszone przez beneficjenta, w tym wydatki wykazane we wnioskach o wypłatę dotacji, zalicza się do zleconych z zakresu administracji rządowej, których źródłem finansowania jest budżet państwa – dotacja nie została nienależnie pobrana.
- c) Zakres wykonanych robót budowlanych i zakupionego wyposażenia są zgodne z wnioskiem, który był podstawą przyznania dotacji. Roboty wykonano zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, co potwierdza pozwolenie na użytkowanie wydane przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łęczycy – dotacja nie została wykorzystana niezgodnie z przeznaczeniem.

2. Stwierdzono naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, które miały wpływ na wynik kontrolowanego postępowania¹³.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tylko wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu¹⁴. Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyklucza się z tego postępowania¹⁵, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą¹⁶. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć – między innymi – zdolności zawodowej wykonawcy¹⁷, w tym jego doświadczenia w realizacji zamówień podobnych (jeśli chodzi o przedmiot) do zamówienia, które ma zostać udzielone. Ma to, w założeniu ustawodawcy, „umożliwi[ć] realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości”¹⁸, jako że względem podmiotu, który wykonywał już należycie określone roboty, usługi czy dostawy, można racjonalnie oczekiwać, że będzie w stanie uczynić to ponownie¹⁹.

Przepisy o zamówieniach publicznych nie wymagają, aby każdorazowo to wykonawca składający ofertę legitymował się doświadczeniem oczekiwanym przez zamawiającego. Dopuszcza się bowiem sytuację, w której wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polega na zdolnościach innych podmiotów²⁰. W przypadku robót budowlanych oraz usług zostało to jednak obwarowane szczególnym ograniczeniem: wykonawcy można przypisać zdolności (doświadczenie) „innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”²¹.

¹³ Przez wpływ na wynik postępowania należy rozumieć sytuację, w której naruszenie Pzp przez zamawiającego doprowadziło do udzielenia zamówienia innemu (niewłaściwemu) wykonawcy, zaniechania unieważnienia postępowania, które powinno zostać unieważnione, lub unieważnienia postępowania, które powinno zostać rozstrzygnięte poprzez wybór oferty najkorzystniejszej.

¹⁴ Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

¹⁵ Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

¹⁶ Art. 24 ust. 4 Pzp.

¹⁷ Art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp.

¹⁸ Art. 22d ust. 1 Pzp.

¹⁹ Por. M. Grabarczyk, *Dostateczna wiedza i doświadczenie jako warunek ubiegania się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 62 (Grabarczyk) („U podstaw prezentowanych regulacji ustawowych leży założenie . . . , że wykonawca, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zdolny jest wykonać dane zamówienie z należytą starannością”).

²⁰ Zob. art. 22a ust. 1 Pzp.

²¹ Art. 22a ust. 4 Pzp.

„Taka realizacja w praktyce musi oznaczać występowanie innego podmiotu jako podwykonawcy zamówienia publicznego”²².

Odnosząc powyższe uwagi do kontrolowanego postępowania należy stwierdzić, że podmiot trzeci, tj. *Global Systems Marcin Balcerzak*²³, spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, na podstawie przekazanego zamawiającemu wykazu robót budowlanych wraz z referencjami. Wykonawca wyraźnie jednak oświadczył, że polega na zasobach podmiotu trzeciego **wyłącznie w zakresie robót wykończeniowych zewnętrznych**, nie zaś w pełnym zakresie postawionego warunku, który zamawiający określił kompleksowo jako „budowa lub/i przebudowa, lub/i remont budynku kubaturowego”²⁴. Komplementarne względem tego oświadczenia wykonawcy było pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udziału przy wykonywaniu zamówienia wyłącznie w zakresie prac wykończeniowych zewnętrznych.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia, roboty (prace) wykończeniowe zewnętrzne stanowiły zaledwie ok. 2% wartości szacunkowej, a więc zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby przyjąć, że poleganie na czyichś zasobach w tak szczątkowym wymiarze jest równoznaczne ze spełnieniem przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, który wymagał wybudowania, przebudowania lub wyremontowania obiektu kubaturowego. Jeżeli wykonawca oświadczył, że powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego jedynie co do części warunku postawionego przez zamawiającego, powinien był w pozostałej części wykazać, że samodzielnie spełnia warunek, czego jednak nie uczynił.

Zresztą nawet podejście korzystne dla wykonawcy poprzez przypisanie mu w całości robót wykonanych przez podmiot trzeci, z (przynajmniej hipotetycznym) pominięciem oświadczenia wykonawcy ograniczającego poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, nie pozwoliłoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w świetle zobowiązania podmiotu trzeciego do udziału jedynie w części realizacji zamówienia obejmującej prace wykończeniowe zewnętrzne. Art. 22a ust. 4 Pzp sprzeciwia się bowiem wyraźnie sytuacji, w której wykonawca korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego w pełnym wymiarze, podczas gdy podmiot trzeci „będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia”²⁵.

Przypadek analogiczny do kontrolowanego postępowania rozpatrywany był przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) w sprawie o sygnaturze KIO 1221/20, zakończonej wyrokiem z dnia 20 lipca 2020 r. Przedmiot zamówienia obejmował tam przebudowę drogi, w ramach której należało, między innymi, wykonać frezowanie istniejącej nawierzchni bitumicznej, ułożyć nowe warstwy bitumiczne, oczyścić przydrożne rowy i przepusty, umocnić skarpy, wykonać utwardzone pobocza, wykonać chodniki wraz ze zjazdami, wykonać oznakowanie pionowe i poziome. Zamawiający wymagał od wykonawców ukończenia co najmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub remont drogi/ulicy. Ofertę złożył wykonawca, który powoływał się w całości na doświadczenie podmiotu trzeciego, wykazując że podmiot trzeci wybudował drogę powiatową na określonym odcinku. Podmiot trzeci zadeklarował przy tym swój udział w realizacji zamówienia jedynie w zakresie ułożenia warstw bitumicznych, a więc tylko co do jednej pozycji w ramach przedmiotu

²² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 22a, nb 8. Tak samo przyjmuje się na gruncie obecnie obowiązującej regulacji (art. 118 ust. 2 Pzp), której brzmienie jest tożsame. Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3761/21 („Wymóg ten oznacza, że podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez Zamawiającego”).

²³ Precyzyjniej: Marcin Balcerzak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą *GLOBAL SYSTEMS MARCIN BALCERZAK*.

²⁴ Zob. SIWZ, s. 14.

²⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 711/19.

zamówienia. Mimo tego, zamawiający przyjął ofertę wykonawcy i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Konkurencyjny o zamówienie wykonawca wniósł odwołanie. KIO stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 22a ust. 1, 2 i 4 Pzp, niewłaściwie uznając, że podmiot trzeci w sposób realny udostępnił wykonawcy swoje zdolności na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy podmiot ten zobowiązał się do wykonania wyłącznie części zamówienia, do realizacji którego jego zdolności były wymagane. Dodatkowo, KIO orzekła, że dokonując oceny oferty wykonawcy, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, albowiem powinien był go wykluczyć z postępowania. Analizując opisany powyżej stan faktyczny i wydane orzeczenie, widać uderzające wręcz podobieństwo do kontrolowanego postępowania. W kontrolowanym postępowaniu przedmiot zamówienia również obejmował szeroki zakres robót (wiele pozycji); w kontrolowanym postępowaniu zamawiający również postawił warunek udziału w postaci budowy, przebudowy lub remontu obiektu budowlanego²⁶; w kontrolowanym postępowaniu ofertę również złożył wykonawca powołujący się na doświadczenie podmiotu trzeciego; w kontrolowanym postępowaniu podmiot trzeci również zadeklarował udział jedynie w pewnej części zamówienia; w kontrolowanym postępowaniu zamawiający również przyjął ofertę wykonawcy i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Uwzględniając wszystkie te okoliczności, nie sposób dojść do odmiennych konkluzji niż poczynione przez KIO, a mianowicie, że w kontrolowanym postępowaniu również doszło do naruszenia Pzp.

Kontrolowany w swoich wyjaśnieniach kładzie szczególny nacisk na specyficzną konfigurację podmiotową, jaka wystąpiła w postępowaniu: otóż Marcin Balcerzak, który prowadzi działalność gospodarczą pod firmą *GLOBAL SYSTEMS MARCIN BALCERZAK* – a więc podmiot trzeci, na którego zasoby (doświadczenie) powoływał się wykonawca – jest jednocześnie komandytariuszem (wspólnikiem) wykonawcy²⁷. Z tego faktu kontrolowany wywodzi, że wykonawca mógł korzystać z zasobów (doświadczenia) podmiotu trzeciego niejako bez ograniczeń, przynajmniej od strony formalnej. Jest to jednak zapatrywanie błędne. Zacząć trzeba od tego, że w przypadku robót budowlanych wykonywanych przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną, doświadczenie nie zamyka się w osobie przedsiębiorcy, a wiązane powinno być raczej (również) z przedsiębiorstwem tej osoby, a więc ze „zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej”²⁸. Jest to konkluzja dość oczywista, biorąc pod uwagę, że robót budowlanych – z wyłączeniem zupełnie podstawowego (banalnego) zakresu – nie da się wykonać w pojedynkę i własnoręcznie. Wręcz przeciwnie – roboty, które wykazują potencjał do bycia przedmiotem zamówień publicznych (tym bardziej w razie budowy kubaturowych obiektów użyteczności publicznej), praktycznie każdorazowo wymagają zaangażowania fachowej kadry i odpowiedniego zaplecza sprzętowego²⁹. Prowadzi to do wniosku, że Marcin Balcerzak nie jest – i sam w sobie (w pojedynkę) być nie może – nośnikiem doświadczenia związanego z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą w aspekcie wykonywania robót budowlanych. Doświadczenie uznać należy, jak już zasygnalizowano powyżej, za wypadkową powiązań funkcjonalnych pomiędzy różnymi składnikami przedsiębiorstwa, w oparciu o które prowadzona jest określona działalność

²⁶ Nie ma żadnego znaczenia, że w sprawie rozpoznawanej przez KIO chodziło o drogę, a kontrolowane postępowanie dotyczy budynku (obiektu kubaturowego).

²⁷ Marcin Balcerzak jest również wspólnikiem (udziałowcem) komplementariusza wykonawcy i członkiem jego zarządu.

²⁸ Art. 55¹ Kc.

²⁹ „Załoga pozostaje najważniejszym elementem przedsiębiorstwa, bez którego nie mogłoby ono należycie funkcjonować”. M. Kępiński, J. Kępiński, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1-352*, Warszawa 2021, art. 55¹, nb 3. Ponadto, składnikiem przedsiębiorstwa w ścisłym znaczeniu są ruchomości, obejmujące rozmaite urządzenia, sprzęty, materiały, środki wytwórcze czy też pojazdy. *Id.*, nb 11.

przedsiębiorcy, z koniecznym uwzględnieniem wkładu (przymiotów) samego przedsiębiorcy jako osoby fizycznej³⁰.

Konkluzja ta pozwala płynnie przejść do następnego zagadnienia, a mianowicie do relacji pomiędzy spółką a jej wspólnikiem, których natura wyklucza proste przełożenie „pozaspółkowej” działalności wspólnika na działalność samej spółki. Każda spółka handlowa (w tym oczywiście również spółka komandytowa) jest jednostką organizacyjną, posiadającą podmiotowość prawną odrębną od wspólników czy też udziałowców (akcjonariuszy). Nadto, osobowe spółki handlowe są zawsze przedsiębiorcami, co oznacza, że prowadzą działalność gospodarczą pod własną firmą³¹, w swoim własnym imieniu, wykorzystując do tego (przede wszystkim) swój własny majątek. Z kolei dla wspólnika (udziałowcy, akcjonariusza) sam fakt bycia wspólnikiem nie jest przejawem prowadzenia działalności gospodarczej³². Owszem, wspólnik może być przedsiębiorcą, ale jest to każdorazowo wynik jego działalności poza spółką. Ponieważ spółka prowadzi swoje własne przedsiębiorstwo, ewentualne przedsiębiorstwo wspólnika (o ile jest on przedsiębiorcą) zachowuje pełną odrębność i nie wchodzi w skład spółki, chyba że zostanie wniesione do spółki w formie aportu³³. W konsekwencji, doświadczenie powiązane z przedsiębiorstwem wspólnika nie przekłada się na doświadczenie spółki. Jeżeli więc spółka chciałaby skorzystać z doświadczenia przedsiębiorstwa wspólnika, konieczne staje się nawiązanie ze wspólnikiem (jako przedsiębiorcą) stosunku prawnego, niezależnego od stosunku członkostwa w samej spółce. Tylko po spełnieniu tego warunku można by przyjąć, że doszło do skutecznego „pożyczenia” zasobu w postaci doświadczenia dotyczącego wykonywania robót budowlanych, takich jak objęte warunkiem udziału w kontrolowanym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, błędem było uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełniał warunek dotyczący zdolności zawodowej. Doszło w ten sposób do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż z postępowania nie został wykluczony wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ BMB Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k. był jedynym wykonawcą w kontrolowanym postępowaniu (innej oferty nie złożono), a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, postępowanie powinno być zostać unieważnione, bez wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro do unieważnienia ostatecznie nie doszło (doszło natomiast do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy), zamawiający naruszył również art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp³⁴.

Naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, stosownie do art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia). Na podstawie dokumentów udostępnionych do kontroli i wyjaśnień kontrolowanego stwierdzić trzeba, że naruszenia, które były udziałem zamawiającego, wypaczyły wynik postępowania, ponieważ zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy, a w konsekwencji zaniechał także unieważnienia postępowania, do czego był zobligowany w ustalonych okolicznościach faktycznych. Świadczy to o zrealizowaniu znamion deliktu dyscyplinarnego.

³⁰ Por. Grabarczyk, s. 61 („wiedza i doświadczenie mogą być związane nie tylko z przedsiębiorstwem wykonawcy, ale również z samym przedsiębiorcą lub jego pracownikami”).

³¹ Por. art. 102 Ksh („Spółką komandytową jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą”).

³² Por. J. Lic, *Spółka jawna. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 22, nb 34 („wspólnicy spółek, które posiadają zdolność prawną, nie są przedsiębiorcami”; cechą wyróżniającą przedsiębiorcy jest bowiem „prowadzenie działalności samodzielnie, a nie w ramach spółki”).

³³ Zgodnie z wpisami do Krajowego Rejestru Sądowego, Marcin Balcerzak nie wniósł wkładu niepieniężnego ani jako komandytariusz wykonawcy, ani jako wspólnik komplementariusza wykonawcy.

³⁴ Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia (a więc jest to jego obowiązek), jeżeli – między innymi – „nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu”.

3. Faktyczna realizacja zamówienia (wykonywanie robót budowlanych) odbyła się niezgodnie z art. 36b ust. 2 Pzp, a także niezgodnie z postanowieniami umowy z wykonawcą w zakresie podwykonawstwa.

Jak już wyjaśniono w punkcie 2 wniosków pokontrolnych, powoływanie się przez wykonawcę na zdolności (zasoby) podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na roboty budowlane, jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy podmiot trzeci „zrealizuj[e] roboty budowlane . . . , do realizacji których te zdolności są wymagane”³⁵. W kontrolowanym postępowaniu wykonawca powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, zaś podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia w zakresie robót (prac) wykończeniowych zewnętrznych. W ofercie wykonawcy znalazła się deklaracja o podwykonawstwie w zakresie robót (prac) wykończeniowych zewnętrznych. W umowie zawartej z zamawiającym (§ 6 ust. 1), wykonawca zobowiązał się do wykonania robót (prac) wykończeniowych zewnętrznych siłami podwykonawców.

Na etapie realizacji zamówienia – zgodnie z wyjaśnieniem kontrolowanego – wykonawca „rezygnował z udziału podwykonawcy”. Ponieważ jednak podwykonawca miał wykonać roboty (prace) wykończeniowe zewnętrzne, a co najmniej w tym zakresie wykonawca powołał się w postępowaniu przetargowym na doświadczenie podmiotu trzeciego, doszło do aktywacji art. 36b ust. 2 Pzp, który umożliwia zmianę albo rezygnację z podwykonawcy jedynie wtedy, gdy wykonawca „wyka[że] zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia [warunki udziału w postępowaniu] w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania”. BMB Budownictwo Sp. z o. o. Sp. k. nie wykazało zamawiającemu, że samodzielnie spełniało warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, a mimo to zamawiający w praktyce zaakceptował rezygnację z podwykonawcy, a tym samym zaakceptował realizację zamówienia niezgodnie z prawem i niezgodnie z zawartą umową. Było to zachowanie nieprawidłowe.

Kontrolowany wyjaśnił, że chociaż doszło do rezygnacji z podwykonawcy, to podmiotem trzecim, na którego zasoby powoływał się wykonawca, był Marcin Balcerzak, który jednocześnie zawierał z zamawiającym umowę w imieniu wykonawcy i jako współnik „pożyczył” swoje doświadczenie spółce. W punkcie 2 wniosków pokontrolnych bardziej szczegółowo ustosunkowano się już do tej argumentacji, uznając ją za błędną. Przedsiębiorca, będący osobą fizyczną, a zarazem współnik w spółce handlowej, nie działa w tej spółce w charakterze przedsiębiorcy. Spółka prowadzi swoje własne przedsiębiorstwo; swoje własne przedsiębiorstwo, poza spółką, może prowadzić też współnik. Są to dwie odrębne od siebie działalności gospodarcze, prowadzone przez dwa odrębne od siebie podmioty prawa (z jednej strony tzw. osoba ustawowa, z drugiej strony osoba fizyczna lub prawna). Aby doszło do „pożyczenia” spółce zasobów przynależnych do przedsiębiorstwa współnika – takich jak doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych – konieczne jest nawiązanie pomiędzy spółką a współnikiem (jako przedsiębiorcą) stosunku prawnego niezależnego od stosunku członkostwa w samej spółce. Taki stosunek prawny tworzyłaby umowa o podwykonawstwo, dzięki której w realizację zamówienia zaangażowane zostałyby zasoby współnika w postaci jego przedsiębiorstwa. W kontrolowanym zamówieniu stosowna umowa nie została jednak zawarta, a przynajmniej nie zawarto jej w formie pisemnej, jak wymaga tego prawo³⁶. Wyjaśnienia kontrolowanego, z których wynika, że udział podwykonawcy był w zasadzie zbędny z uwagi na osobę współnika (komandytariusza), nie mogą zostać przyjęte w świetle art. 36b ust. 2 Pzp (rezygnacja z podwykonawcy jest możliwa, o ile wykonawca wykaże, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu) i powyższych wywodów.

³⁵ Art. 22a ust. 4 Pzp.

³⁶ Zob. art. 2 pkt 9b Pzp.

4. Wyrażając zgodę na zmianę formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy z pieniądza, którego ważność ze swej natury nie jest ograniczona czasem, na gwarancję ubezpieczeniową, która ważna jest (zazwyczaj) w precyzyjnie określonym przedziale czasu (data dzienna), zamawiający nie dopilnował, aby zabezpieczenie obejmowało cały okres wymagany od wykonawcy.

W dokumentach postępowania zamawiający zadeklarował pozostawienie 30% kwoty zabezpieczenia na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, co jest zgodne z art. 151 ust. 2 Pzp. W § 15 ust. 1 umowy z wykonawcą zapisano z kolei, że okres rękojmi wynosi 5 lat „od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego”³⁷. Skoro protokół odbioru końcowego podpisany (sporządzony) został w dniu 17 grudnia 2019 r., to – mając na względzie sposób liczenia terminu oznaczonego w latach, określony w art. 112 Kc – zabezpieczenie winno być przez wykonawcę ustanowione do dnia 17 grudnia 2024 r. włącznie. Termin oznaczony w latach kończy się bowiem „z upływem dnia, który . . . datą odpowiada początkowemu dniowi terminu”. Jeśli zatem początek terminu 5-letniego przypada na 17 grudnia 2019 r., to jego koniec następuje w dniu 17 grudnia 2024 r. o godz. 24⁰⁰, gdyż decydujący jest upływ tego dnia³⁸.

Tymczasem gwarancja ubezpieczeniowa, złożona przez wykonawcę jako zabezpieczenie umowy zawartej z zamawiającym, po jej aneksowaniu w grudniu 2019 r., zawiera termin ważności, który – w zakresie dotyczącym wad i usterek ujawnionych po podpisaniu protokołu końcowego odbioru robót budowlanych – upływa w dniu 16 grudnia 2024 r. Gwarancja ubezpieczeniowa przestanie być zatem ważna zanim wygaśnie odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi za wady, co oznacza, że zabezpieczenie zostało ustanowione w sposób nieprawidłowy.

Warto również w tym miejscu zauważyć, że w postanowieniach umowy traktujących o zabezpieczeniu jej należytego wykonania (§ 18) znajdują się odniesienia do zabezpieczenia roszczeń z tytułu gwarancji (zamiast rękojmi), której wykonawca udzielił zamawiającemu. Pozostaje to w sprzeczności z SIWZ, a nadto jest niezgodne z przywołanym już art. 151 ust. 2 Pzp. Owszem, przepis ten przewidywał kiedyś, że zabezpieczać można roszczenia z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości, jednak odniesienie do gwarancji jakości zostało celowo usunięte z ustawy w grudniu 2009 r.³⁹ Od tego czasu „z kwoty zabezpieczenia zatrzymanej na okres rękojmi za wady nie mogą być pokrywane roszczenia z tytułu udzielonej przez wykonawcę gwarancji jakości”⁴⁰. W związku z powyższym, w umowach zawieranych

³⁷ Odrębną kwestią jest to, czy początek odpowiedzialności z tytułu rękojmi powinien być rzeczywiście wiązany z protokolarnym odbiorem robót budowlanych. W modelu ustawowym decydująca jest tutaj chwila wydania rzeczy (zob. art. 568 § 1 w zw. z art. 656 § 1 i art. 638 § 1 Kc), co przy robotach oznacza – jak się wydaje – zgłoszenie gotowości do odbioru. W takim (ustawowym) ujęciu stwierdzenie wad przy odbiorze pozwala zamawiającemu na skorzystanie z rękojmi w celu ich usunięcia. Gdyby natomiast odpowiedzialność wykonawcy powstawała dopiero na późniejszym etapie, wady stwierdzone w trakcie odbioru, ale przed podpisaniem protokołu, nie byłyby objęte rękojmią, ponieważ do ich stwierdzenia dochodziłoby jeszcze zanim narodziła się odpowiedzialność wykonawcy. W sytuacji, gdy zamawiający nie może odmówić odbioru robót budowlanych, powołując się na wady nieistotne (zamiast wielu zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2021 r., sygn. V CSKP 14/21), powstałby problem reżimu, w którym wykonawca miałby usuwać takie wady po dokonaniu już odbioru.

³⁸ Zob. J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] P. Machnikowski (red.), *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 112, nb 3 („Ponieważ . . . terminy oznaczone w tygodniach, miesiącach bądź latach kończą się wraz z upływem ich ostatniego dnia, przyjmować należy, iż kończą się o godz. 24.00 takiego ostatniego dnia terminu”).

³⁹ Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, druk sejmowy nr 2154, Sejm VI kadencji.

⁴⁰ M. Jaworska, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 147, nb 5.

w reżimie zamówień publicznych nie powinno się było wiązać zabezpieczenia z roszczeniami gwarancyjnymi przysługującymi zamawiającemu.

5. W umowie z wykonawcą robót budowlanych przewidziane zostały kary umowne za opóźnienie w przekazaniu przez wykonawcę przedmiotu odbioru (§ 20 ust. 1 lit. a), za opóźnienie w usunięciu przez wykonawcę stwierdzonych wad i usterek (§ 20 ust. 1 lit. b), za opóźnienie w przedłożeniu dowodu przedłużenia zabezpieczenia (§ 20 ust. 1 lit. e) oraz za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcom (§ 20 ust. 1 lit. f). Kontrolowany wyjaśnił, że sformułowanie *za opóźnienie* „miało na celu umożliwienie naliczeni[a] kar umownych bez konieczności wykazywania Wykonawcy zawinionego działania”.

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że w reżimie odpowiedzialności kontraktowej (*ex contractu*), w ramach której mieści się odpowiedzialność z tytułu kar umownych, wierzyciela (tu: zamawiającego) nie obciąża obowiązek wykazywania zawinionego zachowania dłużnika, skutkującego naruszeniem zobowiązania⁴¹; to dłużnik (tu: wykonawca), chcąc uwolnić się od odpowiedzialności, musi wykazać, że naruszenie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które on odpowiedzialności nie ponosi. Mamy zatem do czynienia z domniemaniem winy dłużnika, które prowadzi do odwrócenia typowego ciężaru dowodu w tym zakresie: z wierzyciela w stronę dłużnika⁴². Zamawiający nie musiał więc wprowadzać w umowie odpowiedzialności *za opóźnienie* po to, aby nie wykazywać wykonawcy zawinionego zachowania, nie na nim bowiem – z mocy prawa⁴³ – spoczywał taki dowód. Co więcej, odpowiedzialność *za opóźnienie* można uznać za dopuszczalną jedynie w wyjątkowych przypadkach (inaczej mówiąc: jest, co do zasady, niedopuszczalna), ponieważ „pozostaje [ona] w sprzeczności z istotą kary konwencjonalnej, jako ustalonego *ex ante* zryczałtowanego odszkodowania powiązanego z kontraktową odpowiedzialnością dłużnika”⁴⁴. Zresztą, aby wprowadzić rzeczywistą odpowiedzialność dłużnika (wykonawcy) oderwaną od winy (tzn. aby dłużnik nie mógł się egzonerować⁴⁵ czy ekskulpować⁴⁶), gdy jest to szczególnie uzasadnione, nie wystarczy po prostu zamieścić w umowie sformułowania o odpowiedzialności za opóźnienie⁴⁷. W celu umownego rozszerzenia indemnizacji należałoby, w myśl art. 473 § 1 Kc, „ściśle oznaczyć zdarzenia, za które dłużnik ma ponosić odpowiedzialność, tak aby nie budził wątpliwości [jej] rozszerzony zakres”⁴⁸. Okoliczności rozszerzające odpowiedzialność dłużnika „muszą być w umowie wyraźnie określone”⁴⁹, „a wola stron w tym przedmiocie musi wynikać z umowy w sposób niewątpliwy”⁵⁰.

⁴¹ Inaczej wygląda to przy odpowiedzialności deliktowej, w której poszkodowany musi udowodnić, przynajmniej na gruncie art. 415 Kc, również winę sprawcy. Zob., m.in., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2013 r., sygn. V CSK 163/12 („Jeśli wymaga tego właściwa z uwagi na charakter odpowiedzialności podstawa, to obowiązkiem powoda jest też wykazanie, że bezprawne działanie lub zaniechanie pozwanego było przez niego zawinione”).

⁴² Zamiast wielu zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2002 r., sygn. V CKN 630/00.

⁴³ Zob. art. 471 Kc.

⁴⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. I ACa 263/17.

⁴⁵ Egzoneracja polega na „wykazani[u] okoliczności, za którą dłużnik nie odpowiada, ponieważ nie pozostaje ona w związku przyczynowym z jego zachowaniem się, jest natomiast wyłączną przyczyną szkody”. G. Domański, *Z problematyki podstawowych założeń odpowiedzialności cywilnej dłużnika (art. 471 k.c.)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1973, nr 2, s. 150-151.

⁴⁶ Ekskulpacja polega z kolei na wykazaniu przez dłużnika, „że dołożył należytej staranności w działaniu podjętym zgodnie z treścią obowiązku”. *Id.*, s. 151.

⁴⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 15 lutego 2019 r., sygn. I ACa 548/18 („Sam zapis, że kara należy się za opóźnienie jest . . . niewystarczający do przyjęcia, że strony rozszerzyły odpowiedzialność” dłużnika).

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 grudnia 2020 r., sygn. VII AGa 26/19.

⁴⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. I ACa 118/17.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. I ACa 112/17.

W obecnym stanie prawnym, tj. od 1 stycznia 2021 r., postanowienia o odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie są generalnie (względnie) zakazane przez Pzp jako abuzywne⁵¹. Wcześniej takiego zakazu w Pzp nie było, jednak – jak wyjaśniono powyżej – zamawiający i tak nie mógł swobodnie rozszerzać odpowiedzialności wykonawcy, gdyż sprzeciwiały się temu imperatywne przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym, wobec braku wyjątkowych okoliczności związanych z realizacją zamówienia, a w szczególności wobec konstrukcji umowy, która nie precyzuje w sposób wyraźny i niewątpliwy zdarzeń, za które wykonawca miałby odpowiadać niezależnie od winy, jak i – co nie mniej ważne – samego oderwania odpowiedzialności od winy, odpowiedzialność należało wiązać ze zwłoką wykonawcy. Umowne sformułowanie o odpowiedzialności za opóźnienie, jeśli nie jest to szczególnie uzasadnione i precyzyjnie (odpowiednio) opisane⁵², „może sprzyjać nieporozumieniom i niepotrzebnemu konfliktowaniu stron”⁵³. Ponadto, chociaż system zamówień publicznych został ustawowo zaprojektowany w taki sposób, że pierwszoplanową rolę odgrywa w nim zamawiający jako podmiot realizujący interes publiczny, uprzywilejowanie zamawiającego względem wykonawców nie może być nadmierne, w szczególności „nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu”⁵⁴. Ponieważ proces dochodzenia do zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą skutkuje (z założenia) zachwianiem równowagi kontraktowej, której nie da się przywrócić w drodze negocjacji⁵⁵, należy tym bardziej zwrócić uwagę na odpowiednie „wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego”⁵⁶. Jeżeli szala zostaje zbyt pochylona w kierunku zamawiającego, nie tylko pojawia się problem (ewentualnego) naruszenia zasady swobody umów⁵⁷, ale cierpi na tym konkurencyjność zamówienia, gdyż część wykonawców może nie być zainteresowana realizacją na niekorzystnych dla siebie warunkach, a ci wykonawcy, którzy jednak zdecydują się złożyć oferty, mogą podyktować wyższe ceny, aby skompensować zwiększone ryzyko kontraktowe⁵⁸.

6. Mając na względzie przepisy ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2023 r. poz. 344 ze zm.), stanąć trzeba na stanowisku, że „władanie

⁵¹ Zob. art. 433 pkt 1 nowej ustawy.

⁵² Ponownie podkreślić trzeba, że nie wystarczy wskazać w umowie, że wykonawca ma odpowiadać za opóźnienie. Podobnie jak to ma miejsce w art. 481 Kc, konieczne byłoby wyraźne zaznaczenie, że opóźnienie może być następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

⁵³ R. Szostak, *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2021, nr 8, s. 48.

⁵⁴ Urząd Zamówień Publicznych, *Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018, s. 3 (UZP).

⁵⁵ Postanowienia umowy nie są uzgadnianie między stronami; umowa ma charakter adhezyjny, tzn. zawierana jest według wzorca przygotowanego przez zamawiającego. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. II CSK 197/15.

⁵⁶ UZP, s. 3.

⁵⁷ Właściwym instrumentem oceny postanowień umownych w zamówieniach publicznych pozostaje art. 353¹ Kc, przy uwzględnieniu specyficznej natury zobowiązania zamówieniowego. Por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 marca 2022 r., sygn. XXIII Zs 146/21. W przepisie tym ustawodawca odsyła, m.in., do zasad współzycia społecznego, które obejmują także równość stron i słuszość kontraktową. Z naruszeniem wskazanych wartości będziemy mieli do czynienia, gdy umowa zostanie ukształtowana w sposób widocznie krzywdzący dla jednej strony, na skutek świadomego wykorzystania przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r., sygn. II CSK 528/10.

⁵⁸ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. XII Ga 314/11 („niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty”).

przez gminną . . . jednostkę budżetową nieruchomościami gminnymi . . . może przybrać tylko formę trwałego zarządu, a . . . jego ustanowienie jest obligatoryjne”⁵⁹.

W świetle powyższego, zawarcie pomiędzy Miastem Łęczycą a własną (miejską) jednostką organizacyjną (budżetową) w postaci ŚDS porozumienia w sprawie przekazania nieruchomości do użytkowania, do którego miałby znaleźć zastosowanie Kodeks cywilny, należy uznać za działanie nieprawidłowe. Już na wstępie trzeba zauważyć, że użytkowanie jest ograniczonym prawem rzeczowym⁶⁰, którego ustanowienie wymaga formy aktu notarialnego dla oświadczenia właściciela, który prawo to ustanawia⁶¹. Niedochowanie tej formy (omawiane porozumienie zawarto w „zwykłej” formie pisemnej) – będącej formą szczególną w rozumieniu prawa cywilnego – skutkuje nieważnością dokonanej czynności⁶².

Problem z zawartym porozumieniem jest jednak znacznie głębszej natury: wbrew temu, co zadeklarowano w porozumieniu (§ 12), na linii gmina – gminna jednostka organizacyjna nie ma możliwości odwołania się do (tj. zastosowania) Kodeksu cywilnego, ponieważ ten akt prawny reguluje jedynie „stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi”⁶³. Stosunek cywilnoprawny stanowi relację „między przynajmniej dwiema osobami, w któr[ej] zachowania jednej strony (działania lub zaniechania) wywołują reakcję innej strony (działanie lub zaniechanie) i podlegają kontroli norm społecznych”⁶⁴. Sama (co najmniej) dwustronność to jednak za mało, aby można było mówić o stosunku cywilnoprawnym; innym jego kluczowym elementem jest równorzędność stron (równość podmiotów), oznaczająca „nieistnieni[e] władczego podporządkowania jednej strony drugiej”⁶⁵. „Równorzędność stron stosunku cywilnoprawnego jest jego stałą i permanentną cechą, trwającą przez cały czas istnienia tego stosunku, od momentu powstania, aż do ustania”⁶⁶. W konsekwencji, stosunek z samym sobą, jako wyraźne odstępstwo od reguły, dopuszczalny jest „tylko w wyjątkowych sytuacjach i to o charakterze przejściowym lub całkowicie szczególnym”⁶⁷. **Dwustronność** (wielostronność) i **równorzędność** wymagana jest zwłaszcza przy zobowiązaniach, ponieważ „[n]ikt . . . nie może sam od siebie żądać spełnienia świadczenia. Zobowiązanie takie nie miałoby sensu”⁶⁸.

Przenosząc powyższe zasady na omawiane porozumienie, należy wskazać, że z całą pewnością jedną z jego stron jest Miasto Łęczycą, które – z mocy art. 2 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym – wyposażone zostało w osobowość prawną, a co za tym idzie, może być podmiotem praw i obowiązków (inaczej mówiąc: posiada zdolność prawną). Drugą stroną porozumienia miał być oczywiście ŚDS, który jednak – jako samorządowa (gminna) jednostka budżetowa – nie posiada podmiotowości prawnej, co wyklucza jego samodzielność w obrocie cywilnym. Samorządowe jednostki organizacyjne (jednostki budżetowe, zakłady budżetowe) w obszarze prawa cywilnego nie mogą działać we własnym imieniu ani na własny rachunek, korzystają natomiast z osobowości prawnej macierzystej jst. Inaczej rzecz ujmując, „działają one . . . w zastępstwie gminy”⁶⁹, powiatu czy województwa. W rezultacie, stosunki pomiędzy gminą a gminną jednostką organizacyjną mają na gruncie prawa cywilnego wymiar jednostronny, a nie dwustronny.

⁵⁹ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Małopolskiego z dnia 23 lutego 2017 r., WN-II.4130-1.6.2017.

⁶⁰ Zob. art. 244 § 1 Kc.

⁶¹ Zob. art. 245 § 2 *in fine* Kc.

⁶² Zob. art. 73 § 2 Kc.

⁶³ Art. 1 Kc.

⁶⁴ Z. Banaszczyk, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2012, t. 1, s. 936-937; cyt. za: T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 203.

⁶⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2001 r., sygn. IV CKN 1630/00.

⁶⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 stycznia 2007 r., sygn. P 5/05.

⁶⁷ T. Henclewski, *Instytucja konfuzji w polskim prawie cywilnym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 4, s. 53.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 1993 r., sygn. I ACz 200/93.

Przechodząc następnie (już tylko uzupełniająco) do aspektu równorzędności, trzeba zauważyć, że relacje na linii Miasto Łęczycza – ŚDS w Łęczycy nie posiadają takiego (równorzędnego) charakteru i to w sposób bezdyskusyjny, ponieważ kształtowane są na zasadzie kierownictwa wewnętrznego. Potwierdza to fakt podległości instytucjonalnej ŚDS względem Miasta (Miasto utworzyło ŚDS, nadzoruje go, może go również zlikwidować⁷⁰), jak i podległości osobistej dyrektora ŚDS względem Burmistrza Miasta Łęczycza (zgodnie z art. 33 ust. 5 ustawy o samorządzie gminnym, burmistrz „wykonuje uprawnienia zwierzchnika służbowego w stosunku do . . . kierowników gminnych jednostek organizacyjnych”, takich jak dyrektor ŚDS; do zadań burmistrza należy też – zgodnie z art. 30 ust. 2 pkt 5 ustawy o samorządzie gminnym – „zatrudnianie i zwalnianie kierowników gminnych jednostek organizacyjnych”). W tej sytuacji pomiędzy Miastem a ŚDS nie może być mowy o równorzędności, bez której z kolei dwa podmioty nie mogą nawiązać stosunku cywilnoprawnego.

Odmienne wnioski nie można wysnuć w oparciu o art. 18 ustawy o gospodarce nieruchomościami, który stanowi, że „[n]ieruchomości mogą być oddawane jednostkom organizacyjnym w trwały zarząd, najem i dzierżawę oraz użyczane na cele związane z ich działalnością”. Prawidłowa wykładnia tego przepisu musi uwzględniać wymiar systemowy, a więc jego interpretacja nie może odbywać się „w oderwaniu od całokształtu rozwiązań prawnych w danej dziedzinie”⁷¹, tj. w przypadku umów cywilnoprawnych (najem, dzierżawa, użyczenie) – w oderwaniu od Kodeksu cywilnego. Oznacza to, że postanowienia ustawy o gospodarce nieruchomościami w odniesieniu do umów należy odczytywać – o ile to tylko możliwe – w taki sposób, aby nie wywoływać konfliktu z omówionymi już zasadami prawa cywilnego, zgodnie z którymi kluczowymi cechami stosunku cywilnoprawnego są co najmniej dwustronność i równorzędność stron⁷². „Nakaz wykładni przepisów prawa zgodnie z zasadami prawnymi to jedna z najbardziej podstawowych reguł wykładni systemowej”⁷³, której celem jest zapewnienie uporządkowania prawa, tak aby „tworzyło spójny z prakseologicznego punktu widzenia system”⁷⁴.

Kierując się tymi przesłankami należy uznać, że „[n]ieruchomości mogą być oddawane jednostkom organizacyjnym w . . . najem i dzierżawę oraz użyczane” tylko na zewnątrz kręgu organizacyjnego danej osoby prawnej (jst lub Skarbu Państwa), a więc nieruchomości jst mogą być wynajmowane, wydzierżawiane czy użyczane jednostkom organizacyjnym Skarbu Państwa bądź utworzonym przez inne jst, natomiast nieruchomości Skarbu Państwa mogą być wynajmowane, wydzierżawiane czy użyczane jednostkom organizacyjnym jst⁷⁵. Nie ma bowiem wątpliwości, że pomiędzy Skarbem Państwa a jst czy też pomiędzy różnymi jst mogą być nawiązywane relacje cywilnoprawne, jako że są to odrębne osoby prawne, pomiędzy którymi nie istnieje żadna forma podległości. Z kolei wewnątrz kręgu organizacyjnego danej osoby prawnej (jst lub Skarbu Państwa) „należy uznać, iż jedyną czynnością szeroko rozumianego obrotu . . . z udziałem [własnej] jednostki organizacyjnej

⁷⁰ Choć prowadzenie ośrodka wsparcia dla osób z zaburzeniami psychicznymi jest zadaniem zleconym gminie z zakresu administracji rządowej, każda gmina nie musi sama prowadzić takiego ośrodka. Istnieje, przykładowo, możliwość powierzenia tego działania organizacji pozarządowej, zob. art. 25 ustawy o pomocy społecznej, albo zawarcia porozumienia z inną jednostką samorządu terytorialnego, która prowadzi taki ośrodek, zob. § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie środowiskowych domów samopomocy.

⁷¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 maja 2004 r., sygn. OSK 55/04.

⁷² Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 320 („zachodzący konflikt należy interpretacyjnie zlikwidować przez odrzucenie tych znaczeń interpretowanego zwrotu, które konflikt taki wywoływałyby”).

⁷³ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 110.

⁷⁴ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 stycznia 1995 r., sygn. W 14/94.

⁷⁵ Zob. J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 18, nb 1.

nie posiadającej osobowości prawnej jest ustanowienie na jej rzecz trwałego zarządu⁷⁶. Takie stanowisko znajduje dodatkowe potwierdzenie w art. 51 ust. 2 (w związku z art. 56) ustawy o gospodarce nieruchomościami, który wyraźnie wskazuje, że wyposażenie jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej „polega . . . na oddaniu [jej] nieruchomości w trwały zarząd⁷⁷, a także w orzecznictwie sądowym⁷⁸ i działalności innych organów kontrolnych⁷⁹.

Rekapitulując, Miasto Łęczycza nie powinno było zawierać porozumienia ze Środowiskowym Domem Samopomocy w Łęczycy w celu wyposażenia tej jednostki w mienie nieruchome, niezbędne do prowadzenia działalności statutowej, w formie bezpłatnego użytkowania. Zamiast tego, **nieruchomość należało przekazać ŚDS poprzez ustanowienie trwałego zarządu**, który jest „administracyjnym instrumentem służącym wykonywaniu przesunięć majątkowych w ramach jednostki samorządu terytorialnego jako osoby prawnej⁸⁰. Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami, „[t]rwały zarząd jest formą prawną władania nieruchomością przez jednostkę organizacyjną”. Przyznaje on jednostce szeroki zakres uprawnień do „korzystania z nieruchomości w celu prowadzenia działalności należącej do zakresu jej działania⁸¹, w tym do „wykonywania robót budowlanych, zgodnie z przepisami prawa budowlanego, za zgodą organu nadzorującego⁸².

VIII. Ocena skontrolowanej działalności:

Zgodnie z przyjętą metodyką kontroli, końcowa ocena dokonywana jest w oparciu o wskaźnik skali nieprawidłowości i stopień ich akceptowalności. Wyliczenia przeprowadzono w ramach następujących zagadnień cząstkowych:

Zagadnienie	Ocena cząstkowa	Uzasadnienie
Realizacja zadania zgodnie z wnioskiem o dotację.	0	brak uwag
Przeprowadzenie postępowania o wyborze wykonawcy zgodnie z przepisami prawa.	1	naruszenia mające wpływ na wynik postępowania
Realizacja zadania zgodnie z prawem budowlanym, przepisami techniczno-budowlanymi oraz środowiskowymi.	0	brak uwag
Realizacja zadania zgodnie z przepisami o finansach	1	naruszenie dyscypliny finansów publicznych

⁷⁶ A. Cisek, *Skutki reformy ustrojowej państwa w zakresie gospodarki nieruchomościami stanowiącymi własność jednostek samorządu terytorialnego*, „Rejent” 1999, nr 2, s. 191.

⁷⁷ W odróżnieniu od jednostek będących osobami prawnymi, które wyposaża się poprzez przeniesienie na ich rzecz prawa własności nieruchomości albo oddanie im nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste, użytkowanie (w tym użytkowanie nieodpłatne) lub użyczenie.

⁷⁸ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 19 lipca 2007 r., sygn. II SA/G1 439/07 („Jedyną formą szeroko rozumianego obrotu o jakim mowa w art. 18 ustawy [o gospodarce nieruchomościami] z udziałem jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej jest ustanowienie na jej rzecz trwałego zarządu”).

⁷⁹ Zob. uchwałę Regionalnej Izby Obrachunkowej w Opolu z dnia 7 marca 2012 r., LEX nr 1727124 („[N]ie można wywodzić, że samorządowym i państwowym jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej mogą być oddawane nieruchomości w najem, dzierżawę lub użyczenie w ramach tej samej osoby prawnej . . . Ani państwowa, ani samorządowa jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej nie ma zdolności prawnej i nie może być stroną umowy cywilnoprawnej. Taką jednostką może otrzymać nieruchomość we władanie od swojej ‘macierzystej’ osoby prawnej tylko w formie trwałego zarządu, a więc państwowa jednostka . . . tylko od Skarbu Państwa, a samorządowa . . . tylko od właściwej jednostki samorządu terytorialnego”).

⁸⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 19 lipca 2007 r.

⁸¹ Art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami.

⁸² Art. 43 ust. 2 pkt 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami.

publicznych.		
Realizacja i rozliczenie zadania na podstawie umów zawartych z wykonawcami i ogólnymi zasadami wynikającymi z Kodeksu cywilnego.	0,75	niezgodna z umową rezygnacja z podwykonawcy, brak zabezpieczenia na pełny okres odpowiedzialności z tytułu rękojmi, kary umowne za opóźnienie
Użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem i przepisami prawa.	0,25	brak trwałego zarządu na rzecz ŚDS, nieterminowa aktualizacja instrukcji bezpieczeństwa pożarowego

Wskaźnik skali nieprawidłowości wynosi:

$$(0*30+1*15+0*10+1*15+0,75*10+0,25*20) / (30+15+10+15+10+20) = \mathbf{0,43}$$

co oznacza stan **dostateczny**.

Uwzględniając powyższe wnioski, kontrolowaną działalność ocenia się pozytywnie z nieprawidłowościami⁸³.

Jako osoby odpowiedzialne za stwierdzone nieprawidłowości, zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o kontroli w administracji rządowej, wskazuje się Burmistrza Miasta Łęczycy, tj. Pana Pawła Kuleszę (za wyjątkiem wyboru wykonawcy), oraz Zastępcę Burmistrza Miasta Łęczycy, tj. Pana Wojciecha Czaplįja (w zakresie nieprawidłowego wyboru wykonawcy).

IX. Zalecenia:

- A) Należy rzetelnie prowadzić weryfikację spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. W postępowaniach na roboty budowlane lub usługi, gdy wykonawca wykazuje spełnienie warunku dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego, należy dopilnować, aby podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania robót budowlanych lub usług nie w wybranym przez siebie zakresie, a w pełnym zakresie, który konieczny był do wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego.
- B) Jeżeli wykonawca, na etapie realizacji zamówienia publicznego, zamierza zrezygnować z zaangażowania podwykonawcy, na którego zasoby powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, należy każdorazowo dopilnować, aby proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełniał warunki udziału w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, z którego wykonawca zamierza zrezygnować. W sytuacji, gdy wykonawca nie proponuje odpowiedniego podwykonawcy, a jednocześnie samodzielnie nie spełnia warunków udziału w zakończonym postępowaniu, zamówienie publiczne nie może być realizowane⁸⁴.
- C) Przyjmując od wykonawców zabezpieczenia należytego wykonania umów należy dopilnować, aby były one skutecznie ustanawiane na cały okres odpowiedzialności wykonawców, w którym mogą powstawać roszczenia podlegające zabezpieczeniu.
- D) W zawieranych umowach należy precyzyjnie oznaczać strony i sposób ich reprezentacji. W przypadku osobowych spółek handlowych należy zwrócić uwagę na brak w ich

⁸³ W regulaminie kontroli Łódzkiego Urzędu Wojewódzkiego w Łodzi przyjęto następującą skalę ocen: pozytywna, pozytywna z uchybieniami, pozytywna z nieprawidłowościami, negatywna.

⁸⁴ W przypadku zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych, gdy wykonawca postępuje w sposób sprzeczny z umową, zamawiający (inwestor) może wezwać go do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie – zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć dalsze wykonanie robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Zob. art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 Kc.

strukturach organów właściwych do reprezentacji⁸⁵; spółki takie reprezentowane są przez wspólników, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w komparycji umowy.

- E) W zawieranych umowach odpowiedzialność kontraktową, w tym z tytułu kar umownych, należy wiązać ze zwłoką wykonawców, a z opóźnieniem jedynie wyjątkowo, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Ustanawiając odpowiedzialność za opóźnienie należy formułować postanowienia, które w sposób jednoznaczny przewidują oderwanie odpowiedzialności od winy wykonawcy, a także ściśle oznaczać zdarzenia, za które wykonawca ma ponosić zaostrzoną odpowiedzialność.
- F) Należy dokonać przeglądu instrukcji bezpieczeństwa pożarowego dla Środowiskowego Domu Samopomocy w Łęczycy w celu skorygowania błędnych odniesień do innych podmiotów.
- G) Instrukcje bezpieczeństwa pożarowego należy poddawać okresowej aktualizacji w terminach przewidzianych w stosownym rozporządzeniu.
- H) Na nieruchomości, na której funkcjonuje Środowiskowy Dom Samopomocy w Łęczycy, należy ustanowić trwały zarząd na rzecz tej jednostki organizacyjnej. Trwały zarząd trzeba następnie ujawnić w księdze wieczystej⁸⁶.

X. Pouczenie:

- A) Od wystąpienia pokontrolnego nie przysługują środki odwoławcze (art. 48 ustawy o kontroli w administracji rządowej).
- B) Kierownik jednostki kontrolowanej winien poinformować kierownika jednostki kontrolującej (przy pomocy platformy ePUAP), w terminie 30 dni od dnia doręczenia niniejszego wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykonania zaleceń, wykorzystaniu wniosków lub przyczynach ich niewykorzystania albo o innym sposobie usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości.
- C) Niezwłocznie po otrzymaniu z sądu wieczystoksięgowego zawiadomienia o dokonanym wpisie w zakresie trwałego zarządu, o którym mowa w art. 626¹⁰ § 1 Kpc, elektroniczną kopię tego zawiadomienia należy przekazać (przy pomocy platformy ePUAP) do Wydziału Rodziny i Polityki Społecznej w Łódzkim Urzędzie Wojewódzkim w Łodzi.

Z up. WOJEWODY ŁÓDZKIEGO

Anetta Chlebicka
**Dyrektor Wydziału Rodziny i Polityki
Społecznej**

⁸⁵ Jedynie w spółkach partnerskich przewidziana została możliwość ustanowienia zarządu, który kwalifikowany jest jako organ, ewentualnie *quasi*-organ. Zob. M. Aślanowicz, [w:] M. Romanowski (red.), *System Prawa Prywatnego*, Warszawa 2023, t. 16B, s. 513; M. Topór, *Zarząd spółki partnerskiej – problemy obecnej regulacji*, [w:] M. Zych (red.), *Szczególne konstrukcje spółek w obrocie gospodarczym: swoboda w kształtowaniu stosunku spółki i grup spółek*, Kraków 2013, s. 13-14. Jeżeli zarząd nie został ustanowiony, a umowa spółki nie stanowi inaczej, spółkę partnerską ma prawo reprezentować każdy partner (wspólnik) samodzielnie.

⁸⁶ Zob. § 38 ust. 3 i § 41 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz. U. z 2001 r. Nr 102, poz. 1122 ze zm.); § 33 pkt 3 lit. d-g rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie teleinformatycznym (Dz. U. z 2016 r. poz. 312 ze zm.).

