



Warszawa,

2022 roku

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.34.2022.PW
KND/34/22/DKZP

Prezes Zarządu
Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi”
ul. Braniewska 12/f 14-520 Pieniężno

W odpowiedzi na pismo z dnia 6 czerwca 2022 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 maja 2022 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie udzielonego przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi”, bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwaną dalej „ustawąPzp2004”, zamówienia publicznego na ułożenie nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie, uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko dotyczące naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 polegające na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004, przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi”, mającą status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 maja 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.34.2022.PW.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004, przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi”, mającą status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

W odniesieniu do ww. naruszeń stwierdzonych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 maja 2022 r.*, Zamawiający wskazał we wniesionych zastrzeżeniach, że: *nie przyjmuje w żadnym aspekcie* ustaleń kontroli podtrzymując stanowisko wyrażone w piśmie skierowanym do UZP z dnia 12 maja 2022 r.

Jednocześnie Wnoszący zastrzeżenia podniósł, że: *gdyby przyjąć (...), że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” jest zamawiającym w rozumieniu ustawy PZP, a tym samym, że jest zobowiązana do jej stosowania (...), to w dalszym ciągu nie był zobowiązany do stosowania przepisów Pzp ze względu*

na wartość szacunkową zamówienia, która w opinii Zamawiającego nie przekraczała progu stosowania ustawy określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004.

Zdaniem bowiem Zamawiającego, mimo że faktura została wystawiona przez Przedsiębiorstwo X na kwotę 278 500,00 zł netto, to *łącna kwota ujęta na fakturze za realizację określonych usług nie oznacza, że szacunkowa wartość zamówienia (a w analizowanym przypadku wielu zamówień) jest wartością jednego przedmiotu zamówienia.* Zamawiający twierdzi, że: *odrębne reguły dotyczą wystawiania faktury w oparciu o przepisy ogólnie pojętego prawa podatkowego, a inne reguły stosuje się do szacowania wartości zamówienia.* Zamawiający wskazał przy tym, że: *jeśli podatnik świadczył usługę budowlaną (robotę w nomenklaturze PZP) lub budowlano-montażową, jako czynność zasadniczą i docelową, brak jest podstaw by wyodrębnić na wystawionej fakturze (fakturach) wartości poszczególnych elementów składających się na nią. W tej sytuacji przedmiotem sprzedaży będzie kompleksowa usługa, i wykonanie tej czynności winno być jednoznacznie odzwierciedlone na fakturze. W konsekwencji odpowiadając na pytanie co do możliwości łącznego zafakturowania zakupionych materiałów oraz robocizny, i dalej w kwestii obowiązku rozdzielenia wartości tych elementów na fakturze – możliwe jest łączne fakturowanie kompleksowych usług.*

W tym kontekście Zamawiający podniósł, że: *zgoła odmiennie przedstawia się sytuacja szacowania wartości zamówienia, uznając, że jednym zamówieniem jest takie które spełnia trzy tożsamości tj przedmiotu, czasu i wykonawcy, które to muszą wystąpić łącznie, aby można było uznać, że zamawiający ma do czynienia z jednym zamówieniem, którego wartość szacunkowa jest łączna. W analizowanej sytuacji zlecenie obejmowało:*

- 1) Wykonanie nawierzchni; 127 000,00 zł.
- 2) Usługę nadzoru 70 000,00 zł
- 3) Usługi transportowe 81 500, 00 zł.

połączone ze sobą jedynie miejscem jakim był teren budowy natomiast bez tworzenia integralnej całości tychże czynności. Powyższe z kolei oznacza, że przy szacowaniu powyższych zamówień nie sposób uznać iż obejmują one ten sam przedmiot wobec tego odpada przesłanka tożsamości przedmiotowej. Jako, że odrębnie każde z tych zamówień nie przekraczało równowartości 30 tys. EURO, Kontrolowany nie był zobowiązany do stosowania przepisów PZP.

Odnosząc się do wyżej przedstawionych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej uprzejmie informuję, co następuje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w zastrzeżeniach nie zakwestionował ustaleń faktycznych dokonanych w toku kontroli doraźnej. Nie jest zatem sporne udzielenie w dniu 4 grudnia 2019 r. Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” przez Gminę Pieniężno zamówienia publicznego na *Remont drogi gminnej 113008N w miejscowości Żugienie* w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Wnosząca zastrzeżenia Spółdzielnia Społeczna „Sąsiedzi” z siedzibą w Pieniężnie nie kwestionuje również, że udzielił Wykonawcy X w ramach realizacji ww. zamówienia wewnętrznego w dniu 12 maja 2020 r. zamówienia w zakresie ułożenia nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie bez stosowania przepisów ustawy Pzp2004 na łączną kwotę 278 500,00 zł netto (342 555,00 zł brutto), czego dowodem z dokumentu jest faktura wystawiona przez Wykonawcę X.

Zamawiający nie podważa również stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym podzlecenie niektórych elementów zamówienia publicznego, nie stanowiących kluczowych części zamówienia, udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 ustawy Pzp2004, które mają charakter pomocniczy lub nie świadczą o istocie tego zamówienia jest dopuszczalne, jednakże takie podzlecenie może mieć miejsce, co do zasady, jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie – Prawo zamówień publicznych, co nie miało miejsca w kontrolowanej sprawie.

UZP stoi na stanowisku, że jeżeli danego zamówienia wewnętrznego (jego kluczowych części) osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom - to ze swojej istoty zamówienie przestaje mieć charakter zamówienia wewnętrznego. Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza bowiem, że zamówienie wewnętrzne staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów ustawy Pzp.

Zamówienie publiczne na Remont drogi gminnej nr 113008N w miejscowości Żugienie udzielone Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” przez Gminę Pieniężno w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, nie zostało podzleczone przez Spółdzielnię firmie zewnętrznej w całości, tylko w części dotyczącej wykonania warstwy ścieralnej, której wartość (342 555,00 zł brutto) stanowiła 16% wartości całego zamówienia, na które, zgodnie z kosztorysem inwestorskim, składało się wiele elementów, o łącznej cenie 2 154 960,00 zł brutto.

W toku prowadzenia postępowania wyjaśniającego, poprzedzającego wszczęcie kontroli doraźnej, nie znaleziono podstaw, aby uznać podzlecenie przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi” ułożenia nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie za niedopuszczalne. Gmina Pieniężno w dokumentacji postępowania nie określiła kluczowych części zamówienia. Co istotne, cena za wykonanie zamówienia polegającego na ułożeniu nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie była relatywnie niska na tle ceny całego zamówienia udzielonego przez Gminę Pieniężno. Niemniej kwota jaka wynika z ww. faktury może świadczyć, że wartość szacunkowa zamówienia przekraczała próg stosowania przepisów ustawy Pzp2004.

W odniesieniu do statusu zamawiającego, na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający, mimo nieprzyjęcia ustaleń kontroli doraźnej Prezesa Urzędu w żadnym aspekcie, nie odniósł się bezpośrednio do poszczególnych twierdzeń zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz nie przedstawił w zastrzeżeniach argumentów przeciwko twierdzeniu, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” posiada status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 r.

W tym miejscu należy zastrzec, że w toku kontroli doraźnej zostały wzięte pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego udzielone pismem z dnia 12 maja 2022 r. Analiza zgromadzonego w sprawie

materiału, w szczególności przekazanej dokumentacji, prowadzi jednakże do odmiennych wniosków, które nakazują uznać, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” posiada status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 r.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż określone w pkt 1, 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

- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że – po pierwsze – zgodnie z art. 11 § 1 Prawa spółdzielczego Spółdzielnia nabywa osobowość prawną z chwilą wpisania jej do Krajowego Rejestru Sądowego. Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego, jak i z treści § 4 pkt 1 jej statutu wynika, że posiada osobowość prawną.

Po drugie, z treści § 5 pkt 1 statutu Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” wynika, że celem powstania Spółdzielni jest aktywizacja zawodowa poszczególnych grup osób, w tym m.in. osób zagrożonych wykluczeniem społecznym, osób o niskich kwalifikacjach zawodowych oraz bezrobotnych. W statucie, w § 5 pkt 2, wskazano również wprost, że Spółdzielnia realizuje cele w zakresie pożytku publicznego, a w szczególności reintegracji społecznej i reintegracji zawodowej, a także prowadzi działalność społeczną i oświatowo-kulturalną na rzecz swoich członków, pracowników oraz środowiska lokalnego, a także działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z dnia 24 kwietnia 2003 r.

Po trzecie, w dokumencie, pn. *Prognoza handlowa dla Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi”*, opisano charakterystykę przedsiębiorstwa, z której wynika, że podstawowymi celami działalności Spółdzielni są: prowadzenie stołówki na terenie gminy Lełkowo oraz realizacja zadań komunalnych na terenie gmin Pieniężno i Lełkowo, do których należy całoroczne utrzymanie czystości i porządku, utrzymanie terenów zielonych, zarządzanie cmentarzami komunalnymi oraz konserwacja dróg gminnych i powiatowych, co znajduje potwierdzenie w liście zadań wykonanych przez Spółdzielnię w 2019 i 2020 r, a więc zarówno w okresie poprzedzającym udzielenie zamówienia na usługę ułożenia nawierzchni z masy wraz z transportem w miejscowości Żugienie jak i w czasie jego udzielania, tj. w dniu 12 maja 2020 r. Lista zadań wykonanych przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi” w 2019 r. wskazuje, że 99% działalności Spółdzielni dotyczyło zadań własnych Gminy Pieniężno, a tylko 1% działalności dotyczyło działalności świadczonej dla osób prywatnych oraz firm niezwiązanych

z sektorem publicznym. Z kolei w 2020 r. 98% działalności Spółdzielni stanowiły zadania wykonywane na rzecz Gminy Pieniężno i Gminy Lelkowo, a 2% dotyczyło pozostałej działalności świadczonych na rzecz osób prywatnych.

Przy czym nadmienić należy, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców, m.in. odbiór, transport i gospodarowanie odpadami, utrzymanie czystości czy konserwacja dróg należy do zadań własnych Gminy Pieniężno i Gminy Lelkowo.

Po czwarte, w odniesieniu do przesłanek określonych w lit. a – d art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, które nie wymagają kumulatywnego spełnienia, należy wskazać, że Gmina Pieniężno oraz Gmina Lelkowo, od momentu utworzenia Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” do czasu obecnego, są jedynymi udziałowcami Spółdzielni - posiadają po 50 procent udziałów – co w ujęciu łącznym stanowi 100 procent udziałów, zgodnie z uchwałą nr 1 z dnia 3 lipca 2019 r. o powołaniu Spółdzielni Socjalnej oraz wyjaśnieniami Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” z dnia 9 listopada 2021 r. A zatem za spełnioną należy uznać co najmniej przesłankę określoną w art. 3 ust.1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp2004.

Po piąte, zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi”¹: Spółdzielnia jest Przedsiębiorstwem Społecznym - czyli organizacją prowadzącą działalność gospodarczą, która wyznacza sobie cele ściśle społeczne. Przedsiębiorstwa społeczne inwestują wypracowane nadwyżki zależnie od wyznaczonych sobie celów w działalność lub we wspólnotę lokalną, zamiast kierować się potrzebą osiągnięcia maksymalnego zysku na rzecz właścicieli. Właściciele (samorządy) nie mogą pobierać dywidend i zysków z działalności spółdzielni. Spółdzielnia może korzystać z preferencji podatkowych – należny podatek dochodowy może być pomniejszony o wydatki poniesione na reintegrację społeczną, zawodową oraz wsparcie środowisk lokalnych.

Również treść statutu Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” w części opisującej zasady finansowe Spółdzielni (§ 74 statutu) prowadzi do wniosku, że instytucja ta nie jest nastawiona na osiągnięcie zysku – ewentualne nadwyżki bilansowe przeznaczane są bowiem na zwiększenie funduszu zasobowego, cele o których mowa w art. 2 ust. 2 i 3 ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz fundusz wzajemnościowy, przy czym nadwyżka bilansowa nie może podlegać podziałowi pomiędzy członków Spółdzielni, w szczególności nie może być przeznaczona na zwiększenie funduszu udziałowego, jak również nie może być przeznaczona na oprocentowanie udziałów.

Zgodnie z wyjaśnieniami Spółdzielni oraz uchwałami Walnego Zgromadzenia Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” - nr 2/2020 z dnia 10 sierpnia 2020 r. oraz nr 2/2021 z dnia 2 sierpnia 2021 r., nadwyżki bilansowe wypracowane w latach 2019 i 2020 zostały faktycznie przekazane na fundusz zasobowy oraz na cele, o których mowa w § 5 Statutu Spółdzielni Socjalnej Sąsiedzi, tj. cele społeczne o charakterze powszechnym.

Jednocześnie, jak wynika z ww. dokumentów Spółdzielnia w momencie udzielania kontrolowanego zamówienia nie ponosiła strat wynikających z prowadzenia działalności, przy czym zgodnie z § 74 pkt 3 statutu, działalność Spółdzielni może zostać wsparta ze środków budżetu państwa lub środków budżetu jednostki samorządu terytorialnego na zasadach określonych w ustawie o spółdzielniach socjalnych.

Należy również podkreślić, że z zestawienia wykonanych przez spółdzielnię zadań w latach 2019 oraz 2020, zawartego w Prognozie handlowej dla Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi”, wynika, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” w roku poprzedzającym udzielenie kontrolowanego zamówienia (2019 r.) jak i w roku, w którym udzielenie tego zamówienia miało miejsce (2020 r.), 98-99% działalności opierała na realizacji zadań zleczanych jej przez Gminę Pieniężno w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, tzw. „in-house” lub wykonywała na rzecz Gminy Pieniężno oraz Gminy Lelkowo zamówienia objęte wyłączeniem stosowania ustawy Pzp2004 ze względu na zbyt niską wartość zamówienia. Zatem, działalność świadczona dla pozostałych podmiotów wyniosła jedynie 1% wszystkich zadań w roku 2019 i 2% wszystkich zadań w roku 2020. Wobec powyższego należy uznać, że Spółdzielnia nie działa w zwykłych warunkach rynkowych.

Jak już wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w świetle wyżej przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych, nie ulega wątpliwości, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego – Spółdzielnia nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat z tytułu prowadzenia działalności.

Zgodnie z powyższymi ustaleniami Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” z siedzibą w Pieniężnie jest instytucją ukierunkowaną na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jedynymi udziałowcami są Gmina Pieniężno oraz Gmina Lelkowo. Z tych względów należy ją zakwalifikować do kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp2004, tj. podmiotów prawa publicznego, a zatem zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp2004 przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych.

Legalna definicja zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp2004, stanowi, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Powyższe oznacza, iż zawarcie określonej umowy jest udzieleniem zamówienia publicznego, w przypadku gdy spełnione zostaną następujące podstawowe warunki, tj.:

- a) stronami umowy są zamawiający i wykonawca w rozumieniu przepisów ustawy,
- b) umowa ma charakter odpłatny,
- c) przedmiot umowy to usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Jak wyżej wykazano Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” w Pieniężnie była zobowiązana do stosowania przepisów ustawy Pzp2004 na podstawie przepisów art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

Przedsiębiorstwo X które w dniu 12 maja 2020 r. wystawiło Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” fakturę za realizację robót budowlanych w zakresie ułożenia nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie, posiadało w sprawie status wykonawcy, w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp2004.

Jak ustalono w toku kontroli, Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” oraz Wykonawca X nie zawarli umowy pisemnej. Wykonawca X przyjął zlecenie Spółdzielni w zakresie wykonania robót budowlanych i je

wykonał, czemu Zamawiający Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” nie zaprzecza, a czego dowód stanowi faktura VAT z dnia 12 maja 2020 r.

Jak dokumentuje faktura VAT z dnia 12 maja 2020 r. przedmiotem zamówienia była realizacja zamówienia w zakresie *ułożenia nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie* na łączną kwotę 278 500,00 zł netto (342 555,00 zł brutto).

Mimo tego, że kwestia dotycząca braku obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp2004 z uwagi na to, że na ułożenie nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie składały się 3 odrębne zamówienia, tj.: wykonanie nawierzchni, usługa nadzoru oraz usługi transportowe, których wartość z osobna nie przekracza progu stosowania ustawy Pzp2004, została podniesiona przez Zamawiającego dopiero w zastrzeżeniach, należy stwierdzić, że w kontrolowanej sprawie nie było podstaw do zastosowania wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, a tym samym do szacowania wartości tych zamówień odrębnie.

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim, zamówienie wewnętrzne udzielone przez Gminę Pieniężno Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” zawierało następujące elementy rozliczeniowe:

1. *Wyznaczenie oraz pomiary w okresie trwania robót,*
2. *Mechaniczne karczowanie zagajników i krzewów o zagęszczeniu średnim,*
3. *Roboty ziemne (wykopy) z profilowaniem skarp i dna (grunt kat. III) z wywozem,*
4. *Wykonanie ławy fundamentowej żwirowej po przepust pod drogą,*
5. *Ułożenie przepustu z rur HDPE o średnicy 50 cm pod drogą,*
6. *Zasypanie przepustu pod drogą warstwami z zagęszczeniem, pozyskaniem i dowozem materiału,*
7. *Odbudowa wlotu i wylotu przepustu pod drogą z kamienia na zaprawie betonowej,*
8. *Profilowanie i zagęszczenie podłoża,*
9. *Podbudowa z kruszywa łamanego 0/31,5 ze skały litej stabilizowanego mechan gr. 10 cm,*
10. *Oczyszczenie nawierzchni przed ułożeniem w-wy ścieralnej,*
11. *Ułożenie w-wy wyrównawczej śr gr. 4 cm z betonu asfaltowego AC 16W16 z dowozem,*
12. *Wykonanie warstwy ścieralnej gr. 8cm z SMA 16,*
13. *Uzupełnienie poboczy śr gr. 10 cm z kruszywa łamanego 0/31,5 ze skały litej stabiliz mechaniczn,*
14. *Ułożenie przepustu z rur HDP o średnicy 30 cm pod zjazdami łącznie z wykonaniem ławy żwirowej i zasypaniem z pozyskaniem materiału,*

15. Oczyszczenie rowów przydrożnych z namułu z profilowaniem dna i skarp,

16. Oczyszczenie z namułu istniejących przepustów pod drogą i zjazdami.

Ułożenie nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie, opisane na fakturze, mieściło się w jednolitej pozycji nr 12 kosztorysu inwestorskiego - *Wykonanie warstwy ścieralnej gr. 8 cm z SMA 16.*

W toku postępowania wyjaśniającego Urząd zwracał się do Zamawiającego w piśmie z dnia 27 października 2021 r. o przesłanie faktur lub innych dokumentów wystawionych w związku z realizacją ww. zamówienia. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający przesłał do Urzędu jedynie fakturę wskazaną w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, z której wynika, że ułożenie nawierzchni z masy wraz z transportem w miejscowości Żugienie było traktowane oraz rozliczane jako jedna robota budowlana.

Podkreślić należy, że również do zastrzeżeń od wyniku kontroli, Zamawiający nie dołączył żadnych dokumentów potwierdzających wskazany w zastrzeżeniach sposób ustalenia wartości kontrolowanego zamówienia. Na fakturze stanowiącej jedyny dokument związany z udzieleniem zamówienia widnieje natomiast jedna kwota za realizację całości zamówienia w wysokości 278 500,00 zł netto (65 233,18 euro), a więc znacznie przekraczająca próg stosowania ustawy Pzp2004, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004

W myśl art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę.

Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Definicja zawarta w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp2004 dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia na roboty budowlane kładzie nacisk na funkcjonalne znaczenie robót budowlanych. Chodzi zatem

o to, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego jako rzeczy spełniającej ogół funkcji techniczno-użytkowych, do których jest przeznaczona.

Jeżeli zatem w tym samym czasie zamawiający udziela zamówień spełniających tożsamość przedmiotową (funkcjonalną), które mogą być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy ustalić zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp2004.

Należy zaznaczyć, że wskazane przez zamawiającego zamówienia zostały udzielone jednemu Wykonawcy – Przedsiębiorstwu Robót Drogowo-Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Ornece oraz w tym samym czasie, czego Zamawiający w zastrzeżeniach nie kwestionuje wystąpienia przesłanki tożsamości czasowej oraz podmiotowej.

W odniesieniu natomiast do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przesłanki tożsamości przedmiotowej (funkcjonalnej), należy wskazać, że wszelkie świadczenia objęte fakturą z dnia 12 maja 2020 r. służyły realizacji tego samego celu – wykonaniu nawierzchni. Zgodnie z wyjaśnieniami Gminy Pieniężno z dnia 11 sierpnia 2021 r. uzyskanymi w toku postępowania wyjaśniającego, zakres prac wykonanych przez Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych Sp. z o.o. w ramach zadania REMONT DROGI GMINNEJ NR 113008N W MIEJSCOWOŚCI ŻUGIENIE dotyczył pkt 12 kosztorysu inwestorskiego tj. wykonania warstwy ścieralnej gr 8 cm z SMA16. Zarówno „usługa nadzoru”, jak i „usługa transportowa”, samodzielnie nie stanowią odrębnego przedsięwzięcia, służą natomiast realizacji jednego celu, jakim było wykonanie nawierzchni z warstwy ścieralnej w miejscowości Żugienie. Dotyczy to w szczególności „usługi nadzoru”, którą zamawiający wskazał ogólnikowo, bez wykazania, że chodziło o realizację nadzoru budowlanego w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Nie można wskazanej przez zamawiającego „usługi nadzoru” utożsamiać ze sprawowaniem nadzoru budowlanego, zarówno z tego powodu, że nie zostało to wyszczególnione w fakturze, jak i dlatego, że nadzór budowlany musiałby się odnosić wyłącznie do „ułożenia nawierzchni z masy z transportem”. Przy założeniu, że nadzór był rzeczywiście elementem świadczenia objętego fakturą, należy uznać, że chodzi o nadzór w rozumieniu zarządczym, jako normalny element wykonywania zamówienia, istotny w szczególności przy wykonywaniu robót budowlanych.

W związku z powyższym nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że zamówienia te są połączone ze sobą **jedynie** miejscem jakim był teren budowy, natomiast bez tworzenia integralnej całości tychże czynności. Należy przy tym zauważyć, że sam Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że: *jeśli podatnik świadczył usługę budowlaną (robotę w nomenklaturze PZP) lub budowlano-montażową, jako czynność zasadniczą i docelową, brak jest podstaw by wyodrębnić na wystawionej fakturze (fakturach) wartości poszczególnych elementów składających się na nią.* Powyższym dodatkowo potwierdza, że poszczególne elementy wyodrębnione w zastrzeżeniach składają się na robotę budowlaną stanowiącą czynność zasadniczą i docelową.

W opinii Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych i prawnych kontrolowanej sprawy, z uwzględnieniem przyjętej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach argumentacji, zamówienie na **ułożenie nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie** stanowiło jedno zamówienie i jako jedno zamówienie zostało udzielone.

Dodatkowo wskazać należy, że jeżeli nawet przyjąć nieudowodnione twierdzenia Zamawiającego, że zamówienie objęte jedną fakturą obejmowało 3 odrębne zamówienia, tj. wykonanie nawierzchni, usługę nadzoru oraz usługi transportowe, to nie prowadzi to do zmiany ustaleń kontroli. W takiej sytuacji należało odnieść się do przepisów regulujących tzw. zamówienia mieszane (art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004), których zastosowanie i tak doprowadziłoby do wniosku o obowiązku zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp2004 do udzielenia kontrolowanego zamówienia.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 25 maja 2022 r. naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004, przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi”, mającą status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 5 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 18/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zasługują na uwzględnienie. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego pn.: ***ułożenie nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie.***