

Sygn. akt: KIO/KD 18/22

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 5 lipca 2022 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 czerwca 2022 r. (wpływ w dniu 6 czerwca 2022 r.)  
zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” ul. Braniewska 12 F, 14-520 Pieniężno (dalej „Zamawiający”)

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (dalej także „Informacja”)  
z dnia 25 maja 2022 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.34.2022.PW, KND/34/22/DKZP)

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Marek Bienias</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
	<b>Anna Wojciechowska</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

W dniu 4 marca 2022 r. nastąpiło wszczęcie kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku kontroli doraźnej ustalono, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” zakupiła w dniu 12 maja 2020 r. usługę **ułożenia nawierzchni z maszyn transportem w miejscowości Żugienie** z pominięciem przepisów ustawy Pzp2004. Zgodnie z fakturą wystawioną Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Orniecie wartość przedmiotowych robót budowlanych wynosiła 278 500,00 zł netto (342 555,00 zł brutto).

Powyższy zakup był związany z udzielonym Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” przez Gminę Pieniężno zamówieniem na *Remont drogi gminnej 113008N w miejscowości Żugienie* w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 (tzw. „in-house”).

W dniu 25 października 2019 r. Gmina Pieniężno zamieściła w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (nr 550229756-N-2019) w sprawie zamówienia na *Remont drogi gminnej 113008N w miejscowości Żugienie*.

W pkt III.3 ww. ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącym uzasadnienie wyboru trybu, wskazano, że *wszystkie warunki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 zostały spełnione ponieważ: Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na „REMONT DROGI GMINNEJ NR 113008N W MIEJSCOWOŚCI ŻUGIENIE” Spółdzielni Socjalnej „SĄSIEDZI”, ul. Braniewska 12F, 14-520 Pieniężno. Spółdzielnia Socjalna „SĄSIEDZI” jest osobą prawną, nad którą Gmina Pieniężno sprawuje kontrolę i posiada dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółdzielni. Kierownik Zamawiającego pełni funkcję przewodniczącego zgromadzenia członków założycieli spółdzielni. Zgodnie z przyjętym planem poprzedzanym przeprowadzaną analizą, spółdzielnia socjalna „SĄSIEDZI: wykonywać będzie ponad 90% zadań powierzanych przez gminę Pieniężno, na dzień dzisiejszy jest to 100% wykonywanych zadań. W związku z powyższym Zamawiający jest uprawniony do zawarcia umowy po przeprowadzeniu postępowania prowadzanego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.*

Wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego w wysokości 1 751 974,51 zł, co stanowi równowartość 406 330,336 euro.

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim, udzielone Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” zamówienie 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 AC16W16 z dowozem,*
12. *Wykonanie warstwy ścieralnej gr. 8 cm 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*

Zakres prac wykonanych przez Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych Sp. z o.o. w ramach przedmiotowego zadania zleconego przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi” dotyczył pkt 12 kosztorysu inwestorskiego, tj. wykonania warstwy ścieralnej gr. 8 cm z SMA16.

Zgodnie z protokołem z negocjacji, które odbyły się w dniu 4 grudnia 2019 r. pomiędzy Gminą Pięno a Spółdzielnią Socjalną „Sąsiedzi”, w zakresie przedmiotu zamówienia: Wykonawca zadeklarował wykonanie zakresu przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców. Zamawiający sprawując kontrolę nad wykonawcą zna

*potencjał sprzętowy Spółdzielni Socjalnej Sąsiedzi. Spółdzielnia w ramach realizacji zadania zakupi usługę sprzętem do ułożenia nawierzchni, gdyż takiego sprzętu nie posiada. W zakresie ceny: W wyniku postępowania Wykonawca zadeklarował wykonanie zadania za kwotę brutto - 2 154 928,65 zł.*

Umowa w sprawie zamówienia została zawarta pomiędzy Gminą Pieniężno a Spółdzielnią Socjalną „Sąsiedzi” w dniu 4 grudnia 2019 r.

Zakończenie kontroli nastąpiło w dniu 25.05.2022 r. Protokołem Kontroli Doraźnej (UZP/DKZP/KND/34/22), gdzie oznaczono rodzaj zamówienia: usługi, przedmiot zamówienia: ułożenie nawierzchni z masy z transportem z miejscowości Żugienie, tryb postępowania: brak stosowania ustawy Pzp2004, wartość zamówienia: 278 500,00 zł, co stanowi równowartość 65 233,18 euro, data udzielenia zamówienia: 12.05.2022 r., wszczęcie kontroli: na wniosek, środki UE: nie (Protokół w aktach sprawy).

Kontrolujący pod koniec Protokołu Kontroli Doraźnej stwierdza: „Reasumując, należy stwierdzić, iż 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 Lełkowo (100 procent udziałów). 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”.

Jednocześnie w dniu 25 maja 2022 r. Kontrolujący wydał Informację o wyniku kontroli doraźnej KND/34/22/DKZP. W jej pkt II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, stwierdza się:

**Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej, na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz.1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp2004”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie 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 dniu 04.06.2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Prezesa UZP z dnia 25 maja 2022 r. (otrzymanej informacji o wyniku kontroli doraźnej) stwierdził, że „*nie przyjmuje w żadnym aspekcie ustaleń kontroli podtrzymując stanowisko wyrażone w piśmie skierowanym do UZP z dnia 12 maja 2022 r.*”.

Jednocześnie Zamawiający w zastrzeżeniach 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 Zamawiającego, mimo że faktura została wystawiona przez Przedsiębiorstwo Roboty Drogowo – Budowlanych sp. z o.o. w Orniecie 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 stwierdził, 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 dla PRDB 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.*

Pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu – na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy PZP – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i zważyła:**

Zamawiający nie podważa stanowiska Prezesa 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.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 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.

Mając powyższe na uwadze, Izba wskazuje, że zamówienie publiczne na *Remont drogi gminnej nr 113008N w miejscowości Żugienie* udzielone Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” przez Gminę Pięno 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. Dodatkowo należy podkreślić, że Gmina Pięno nie określiła kluczowych części zamówienia.

Izba podkreśla, że Zamawiający 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.

Izba zważa, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp2004:

1. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.
2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie zaś do 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 powyższe na uwadze, zgodnie z art. 11 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawa spółdzielczego (Dz.U. z 2021 r. poz. 648), Spółdzielnia nabywa osobowość prawną z chwilą wpisania jej do Krajowego Rejestru Sądowego. Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego oraz z treści § 4 ust.1 Statutu Spółdzielni Socjalna

„Sąsiedzi” wynika, że posiada osobowość prawną i działa przez swoje organy w sposób przewidziany przepisami prawa oraz postanowieniami statutu.

Nadto z treści § 5 ust. 1-3 Statutu Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” wynika, że:

1. *Celem Spółdzielni jest przywrócenie (reintegracja) na rynek pracy jej członków, pracowników spółdzielni socjalnej poprzez prowadzenie wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o osobistą pracę członków, osób zagrożonych wykluczeniem społecznym, osób których kwalifikacje zawodowe mogą być niewystarczające dla samodzielnego poruszania się po rynku pracy oraz umożliwienie osobom bezrobotnym aktywizację zawodową.*
2. *Spółdzielnia realizuje cele w zakresie pożytku publicznego a w szczególności reintegracji społecznej i reintegracji zawodowej. (...).*
3. *Spółdzielnia 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., tj.:*
  - 1) *Pomocy społecznej, w tym pomocy rodzinom i osobom w trudnej sytuacji życiowej oraz wyrównania szans tych rodzin i osób; (...).*

W dokumencie, pn. *Prognoza handlowa dla Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi”*, opisano charakterystykę przedsiębiorstwa, z której wynika, że podstawowymi celami działalności Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” są prowadzenie stołówki na terenie gminy Lelkowo oraz realizacja zadań komunalnych na terenie gmin Pieniężno i Lelkowo, 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.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, że lista zadań wykonanych przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi” w 2019 r. wskazuje, że 99% działalności Spółdzielni dotyczyło zadań własnych Gminy Pieniężno, a tylko 1% działalności dotyczył 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 świadczonej na rzecz osób prywatnych.

W odniesieniu do przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a – d ustawy Pzp2004, które nie wymagają kumulatywnego spełnienia, należy wskazać, że Gmina Pięńno 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., tym samym za spełnioną należy uznać co najmniej przesłankę określoną w art. 3 ust.1 pkt 3 lit. b ustawy Pzp2004.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w § 70 Statutu Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” wynika, że Spółdzielnia prowadzi działalność gospodarczą na zasadach rachunku ekonomicznego przy zapewnieniu korzyści swoim członkom. Rokiem obrachunkowym jest rok kalendarzowy.

Nadto Izba zwraca uwagę na § 74 Statutu Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” zgodnie z którym:

1. *Nadwyżka bilansowa podlega podziałowi na podstawie uchwały Walnego Zgromadzenia i jest przeznaczana na:*
  - 1) *zwiększenie funduszu zasobowego - nie mniej niż 20%;*
  - 2) *cele, o których mowa w art. 2 ust. 2 i 3 ustawy o spółdzielniach socjalnych - nie mniej niż 30%;*
  - 3) *fundusz wzajemnościowy.*
2. *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.*
3. *Działalność Spółdzielni może zostać wsparta ze środków budżetu państwa lub środków budżetu jednostki samorządu terytorialnego na zasadach określonych w ustawie o spółdzielniach socjalnych.*

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo przeanalizował powyższy zapis § 74 Statutu Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” dochodząc do wniosku, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” nie jest nastawiona na osiągnięcie zysku.

Zgodnie z wyjaśnieniami Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi” z dnia 12 maja 2022 r. oraz uchwałami Walnego Zgromadzenia Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi”: nr 2/2020 z dnia 10 sierpnia 2020 r. w sprawie podziału nadwyżki bilansowej Spółdzielni Socjalnej Sąsiedzi za 2019 rok oraz nr 2/2021 z dnia 2 sierpnia 2021 r. w sprawie podziału nadwyżki bilansowej

Spółdzielni Socjalnej Sąsiedzi za 2020 rok, nadwyżki bilansowe wypracowane w latach 2019 i 2020 zostały przekazane na fundusz zasobowy oraz na cele, o których mowa w § 5 Statutu Spółdzielni Socjalnej Sąsiedzi.

Z ww. dokumentów wynika także, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” w momencie udzielania zamówienia nie ponosiła strat wynikających z prowadzenia działalności, przy czym zgodnie z § 74 ust. 3 statutu Spółdzielni, działalność Spółdzielni może zostać wsparta ze środków budżetu państwa lub środków budżetu jednostki samorządu terytorialnego na zasadach określonych w ustawie o spółdzielniach socjalnych.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo przeanalizował zestawienia wykonanych przez Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi” zadań w latach 2019 oraz 2020, zawartego w *Prognozie handlowej dla Spółdzielni Socjalnej „Sąsiedzi”*, dochodząc do wniosku, 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.

Tym samym, działalność świadczona dla pozostałych podmiotów wyniosła jedynie 1% wszystkich zadań w roku 2019 i 2% wszystkich zadań w roku 2020. Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, że Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” nie działa w zwykłych warunkach rynkowych.

Izba zważa, 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 trzy odrębne zamówienia, tj.: wykonanie nawierzchni, usługa nadzoru oraz usługi transportowe, których wartość z osobna nie przekraczała progu stosowania ustawy Pzp2004, została podniesiona przez Zamawiającego (Spółdzielnię Socjalną „Sąsiedzi”) dopiero w zastrzeżeniach.

Izba wskazuje, że w toku postępowania wyjaśniającego Urząd zwracał się do Zamawiającego w piśmie z dnia 27 października 2021 r. o przestanie faktur lub innych dokumentów wystawionych w związku z realizacją zamówienia dotyczącego ułożenia nawierzchni z masy z transportem w miejscowości Żugienie (pozycja nr 12 kosztorysu inwestorskiego).

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.

Izba podkreśla, że do zastrzeżeń co do wyniku kontroli doraźnej, 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.

Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych pn. Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej czytamy: „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 mimo braku przedmiotowego podobieństwa 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 (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). 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”.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Izba stoi na stanowisku, że wskazane przez Zamawiającego zamówienia zostały udzielone jednemu Wykonawcy – Przedsiębiorstwu Robót Drogowo-Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Ornece (tożsamość podmiotowa) oraz

w tym samym czasie (tożsamość czasowa), czego Zamawiający w zastrzeżeniach nie kwestionował.

W odniesieniu natomiast do przesłanki tożsamości przedmiotowej (funkcjonalnej), należy wskazać, że wszelkie świadczenia objęte fakturą z dnia 12 maja 2020 r. służyły realizacji tego samego celu, czyli wykonaniu nawierzchni.

Zgodnie z wyjaśnieniami Gminy Pięno 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.

Izba stoi na stanowisku, że zarówno „usługa nadzoru”, jak i „usługa transportowa” wskazywana przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, samodzielnie nie stanowią odrębnego przedsięwzięcia, służą natomiast realizacji jednego celu, jakim było wykonanie nawierzchni z warstwy ścieralnej w miejscowości Żugienie.

Odnosnie zaś „usługi nadzoru” Izba popiera stanowisko Prezesa Urzędu, że nie można wskazanej przez Zamawiającego „usługi nadzoru” utożsamiać ze sprawowaniem nadzoru budowlanego w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, ze względu na to, że nie zostało to wyszczególnione w fakturze, jak i dlatego, że nadzór budowlany musiałby się odnosić wyłącznie do „*ułożenia nawierzchni z masy z transportem*”.

Izba zważa, że nawet jeśli uznać, że „usługa nadzoru” była elementem świadczenia objętego fakturą, to nadzór ten miał wyłącznie charakter zarządczy a nie charakter nadzoru budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego.

W związku z powyższym nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w zastrzeżeniach, 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. W tej sytuacji przedmiotem sprzedaży będzie kompleksowa usługa, i wykonanie tej czynności winno być jednoznacznie odzwierciedlone na fakturze”*.

Powyższe stwierdzenia Zamawiającego jedynie potwierdzają, że poszczególne elementy składające się na robotę budowlaną (wykonanie nawierzchni, usługa nadzoru, usługi transportowe) stanowią jedno zamówienie a nie odrębne zamówienia. Wartość tak określonego zamówienia należało więc ustalić zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp2004.

Dodatkowo zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo wywodzi, że nawet gdyby zamówienie objęte jedną fakturą obejmowało trzy odrębne zamówienia, tj. wykonanie nawierzchni, usługę nadzoru oraz usługi transportowe, to w takiej sytuacji Zamawiający (Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi”) powinien i tak zastosować przepisy regulujące tzw. *zamówienia mieszane* (art. 5 c ust. 1 ustawy Pzp2004).

Zgodnie bowiem z art. 5 c ust. 1 ustawy Pzp2004, jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.

W świetle przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych, zdaniem Izby, Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi” została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a nadto nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku, nie ponosi strat z tytułu prowadzenia działalności.

Tym samym w ocenie Izby, zastrzeżenia Zamawiającego (Spółdzielnia Socjalna „Sąsiedzi”) nie zasługują na uwzględnienie.

W związku z powyższym Izba stwierdza, że uzasadniony jest wynik przedmiotowej Kontroli Doraźnej, wskazującej na naruszenie 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.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....