



Warszawa, dnia

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.194.2021.JB

KND/210/21/DKZP

Pan

w odpowiedzi na pismo z dnia 19 września 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 20 września 2022 r., znak: **IG.271.11.2019**) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach*, przeprowadzonego przez Gminę Miasto Pionki – Urząd Miasta Pionki uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”);
2. art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji:
 - a) naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004;
 - b) naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004;
 - c) naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004;
 - d) naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004;
3. art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004.

wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 września 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.30.2022.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MARCBUD pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny;
2. art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, a w konsekwencji:

- a) naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
 - b) naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego aniżeli 35 dni;
 - c) naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 10-dniowego terminu od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
 - d) naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
3. art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania.

Pismem z dnia 19 września 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

Ad. 1.

Za całkowicie bezzasadny uznać należy zarzut naruszenia przez Gminę (Zamawiającego) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu powyższego wskazać należy, że przedmiotowe postępowanie dotyczyło wykonania zagospodarowania i odnowy terenów zielonych w krajobrazie miejskim. Na przedmiot postępowania składały się zarówno roboty budowlane (na które uzyskano stosowne pozwolenie na budowę) oraz usługi. Skumulowanie w ramach jednego postępowania świadczeń wykonawcy, polegających na realizacji robót budowlanych oraz usług (co nie jest przecież sytuacją nadzwyczajną, w wręcz powszechną np. przy wznoszeniu obiektów użyteczności publicznej) nie wynikało wyłącznie z przyjętego przez Zamawiającego sposobu postępowania, ale z tego, że z punktu widzenia Zamawiającego celem świadczenia, które zrealizować miał Wykonawca, było kompleksowe zagospodarowanie terenu wraz z odnową zieleni miejskiej. Oba wymienione elementy stanowiły jeden cel – odnowienie zagospodarowania terenu. Żaden z tych dwóch elementów nie mógłby istnieć samodzielnie i stanowić odrębnego celu (pozbawione jakiegokolwiek sensu byłoby wykonanie robót budowlanych bez następczej odnowy zieleni, podobnie jak odnowa zieleni bez wykonania niezbędnych robót budowlanych). Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem zawartym w uzasadnieniu wyniku kontroli doraźnej (które legło u podstaw błędnych jej wniosków), jakoby w okolicznościach przedmiotowego postępowania „była możliwość wykonania jednej usługi bez wykonania innej, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, co daje z kolei podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju czynności”. Taki błędny wniosek wyprowadzono przywołując – nieadekwatne i nie przystające do przedmiotowego stanu faktycznego - stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2076/20. Nie może bowiem budzić jakichkolwiek wątpliwości, że przedmiotowe postępowanie dotyczyło świadczenia kompleksowego.

Temat „świadczenia kompleksowego” w kontekście stawki podatku VAT był wielokrotnie przedmiotem rozważań sądów administracyjnych, w tym Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2016 roku, sygn. akt I FSK 344/15, który wskazał, m. in. że koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) wypracowana została w orzecznictwie TSUE. Co do zasady bowiem, dla celów podatku VAT, co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie TSUE, każde świadczenie powinno

być uznawane jako odrębne i niezależne (vide np. wyroki z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 Aktiebolaget NN, z 19 listopada 2009 r. w sprawie C-461/08 Don Bosco Onroerend Goed, dostępne na stronie <http://curia.europa.eu>). W pewnych jednak okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie i odpowiednio prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne (vide np. wyrok TSUE z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Part Sernice). Z takimi sytuacjami mamy do czynienia nie tylko w przypadku, gdy jedno lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe za świadczenia dodatkowe, traktowane z punktu widzenia podatkowego tak jak świadczenie główne, ale przede wszystkim gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (vide wyroki TSUE z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04, Levob Yezekeringen i OV Bank i z 2 grudnia 2010 r. w sprawie C-276/09 Everything Everywhere).

Przenosząc rozważania Naczelnego Sądu Administracyjnego na grunt przedmiotowych okoliczności wskazać należy, że z punktu widzenia Zamawiającego celem świadczenia, które miał wykonać Wykonawca było kompleksowe zagospodarowanie terenów. Tak też określono to zadanie w przetargu zorganizowanym przez Zamawiającego. To, że na zadanie to składają się określone przez strony umowy czynności, które co do zasady dla celów podatku VAT mogą stanowić odrębne świadczenia i pod względem statystycznym klasyfikowane są jako odrębne usługi nie oznacza, że w tym konkretnym przypadku nie można mówić o świadczeniu kompleksowym. Uwzględniając charakter poszczególnych czynności, wszystkie one łącznie służą jednemu celowi – zagospodarowaniu terenu, uznać należy, że przedmiotowe świadczenie ma charakter świadczenia kompleksowego. Niewykonanie jednej z poszczególnych czynności spowoduje przecież, że cel zadania nie zostanie osiągnięty. Dodatkowym argumentem świadczącym o tym, że przedmiotowe świadczenie ma charakter świadczenia kompleksowego jest sposób ustalenia wynagrodzenia w sposób ryczałtowy.

W analogiczny sposób do powyższych kwestii odniósł się Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w Interpretacji indywidualnej z dnia 14 lutego 2022 roku, UNP 1572783, 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2.JJ:

„Jeżeli w ramach umowy realizowane są różne czynności, ale są one powiązane i stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym to należy uznać je za jedną czynność kompleksową (...) Zasadnym wydaje się, że usługi zagospodarowania zieleni stanowią czynności uzupełniające w stosunku do usługi robót budowlanych. Poszczególne czynności w zakresie zagospodarowania terenów zieleni przyczyniają się do wykonania świadczenia głównego, lecz nie są celem samym w sobie. Czynności te, choć stanowią część całej Inwestycji, to ich charakter i efekt końcowy decydują o tym, że wpisują się one w usługi budowlane”.

Z niezrozumiałych względów powyższe stanowisko Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej zostało uznane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za nieistotne. Co więcej, uzasadnienie Informacji o wyniku kontroli zawiera w tym zakresie sformułowanie nieprawdziwe!

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził bowiem – niezgodnie z prawdą – jakoby wskazana powyżej analiza była wyłącznie założeniem przyjętym przez samego Zamawiającego i nie była przedmiotem oceny dokonanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Z całą stanowczością wskazać zatem należy, że Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej dokonał

merytorycznej oceny argumentacji wskazanej we wniosku i uznał, że stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w powyższym zakresie jest prawidłowe! (vide: strona 5 Interpretacji indywidualnej).

Nie kwestionując kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznać jednak należy, że organem właściwym do oceny prawidłowości stosowania stawek podatku VAT jest przede wszystkim Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej. Podkreślić zatem należy, że zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy o Krajowej administracji skarbowej do zadań dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej należy w szczególności prowadzenie spraw dotyczących interpretacji indywidualnych przepisów prawa podatkowego, a także prowadzenie działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie przepisów prawa podatkowego.

Jak zatem wynika z powyższego, to Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej jest upoważniony przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa do oceny działań podatników w zakresie stosowania m. in. stawek podatku VAT. Uznać zatem należy, że przedmiotowa Interpretacja indywidualna potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości, że przyjęcie przez Wykonawcę podstawowej stawki podatku VAT na całość świadczenia było działaniem zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa.

Dla porządku zauważyć również należy, że Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej wydał Interpretację indywidualną 0111-KDIB3-2.4012.566.2018.1.AZ w analogicznych okolicznościach na wniosek Gminy Świętochłowice, w której również potwierdził przedstawione powyżej stanowisko (w załączeniu).

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że WSZYSCY oferenci potraktowali powyższe prace jako roboty budowlane i przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT (23%) dla całego zamówienia.

W kontekście powyższych okoliczności uzupełniająco wskazać również należy, że wartość robót budowlanych w odniesieniu do wartości całego przedmiotowego zamówienia stanowiła ok. 70%. Taka proporcja kosztów dodatkowo przesądza o prawidłowości zakwalifikowania przedmiotowego świadczenia, jako świadczenia kompleksowego”, do którego uprawniony m było zastosowanie jednej – podstawowej – stawki podatku VAT.

Jedynie na marginesie powyższych okoliczności podkreślić należy, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia najkorzystniejszej oferty nawet przy hipotetycznym przyjęciu, że stawka podatku VAT wskazana przez Wykonawcę w ofercie nie była prawidłowa w zakresie usług związanych z odnową zieleni. W dotychczasowym orzecznictwie zarysowały się bowiem dwa podejścia do kwestii możliwości odrzucenia oferty z powodu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jednym z nich jest stanowisko zdecydowanie kwestionujące takie uprawnienie Zamawiającego:

„Wykonawca, który zaproponował cenę z błędnie określoną stawką podatku VAT nie będzie mógł żądać ceny wyższej. W przypadku podania nieprawidłowej, niższej stawki podatku VAT poniesie stratę, gdyż będzie musiał dopłacić różnicę w podatku VAT.

Należy również wskazać, iż weryfikacja stawek VAT oraz czuwanie nad ich prawidłowością nie należy do wymiaru sprawiedliwości, lecz do organów podatkowych, które w określonym stanie faktycznym mogą dokonać stosownych czynności.” - wyrok Sądu Okręgowego w Sądzie Okręgowego w Gliwicach, sygn. akt X Ga 284/11/za,

„Art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., który stanowi o konieczności odrzucania oferty zawierającej błędy w obliczaniu ceny. nie odnosi się do przypadku podania w cenie ofertowej jako jej elementu,

nieprawidłowej w świetle przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług stawki podatkowej." – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4.01.2011 r., KIO 2746/10,

„Niewłaściwe wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny oraz nie może w konsekwencji skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p." – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2010 r., KIO/UZP 1779/10,

„W ocenie Izby błąd w obliczeniu ceny należy odnosić do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń... etc...), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki VAT." – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20.07.2010 r., KIO/UZP 1427/10; KIO/UZP 1430/10,

„Izba wyraża opinię, że błędne wskazanie stawki podatku od towarów i usług, jakkolwiek niewątpliwie wpływa na cenę w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach – a tak, z mocy art. 2 pkt 1, należy rozumieć pojęcie ceny na gruncie ustawy – to nie stanowi błędu w obliczeniu w ścisłym tego słowa znaczeniu. Jest ono bowiem raczej wynikiem błędu co do prawa, będącego następstwem nieznamośności regulacji prawa podatkowego obowiązującego w tym zakresie." – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.07.2010 r., KIO/UZP 1476/10,

„Przepis art. 89 ust. 1 p.z.p., który określa zamknięty katalog okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, nie ustanawia *expressis verbis* jako podstawy jej odrzucenia zastosowania do obliczenia ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług." – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13.08.2010 r., KIO/UZP 1620/10.

Jak zatem wskazano powyżej, zastosowanie przez Wykonawcę podstawowej stawki podatku VAT do całości zamówienia było działaniem prawidłowym, a to z uwagi na fakt, iż miało ono charakter świadczenia kompleksowego. Prawidłowość takiego działania z obowiązującymi przepisami prawa potwierdził również organ uprawniony do dokonywania oceny przedstawionych stanów faktycznych przez podatników, tj. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 14 lutego 2022 roku wydanej dla Gminy Miasta Pionki, nr UNP 1572783, 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2. JJ:

Niezależnie od powyższego, nawet przy hipotetycznym założeniu, że stawka podatku VAT została błędnie wskazana przez Wykonawcę, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia powyższych wątpliwości pozostaje również fakt, że nawet przy zastosowaniu przez Wykonawcę 8% stawki podatku VAT na usługi związane z odnową zieleni, to jego oferta pozostałaby ofertą najkorzystniejszą. Nie doszło zatem do naruszenia zasad konkurencji.

Ad 2

Jak wynika z uzasadnienia Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych błędnie przyjął, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający był zobowiązany do stosowania do całego zamówienia przepisów dotyczących udzielania zamówień na usługi.

Po raz kolejny podkreślić zatem należy, że wartość robót budowlanych w odniesieniu do wartości całego przedmiotowego zamówienia stanowiła ok. 70%, która to wartość w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie została zakwestionowana. Taka proporcja kosztów przesądza o zasadności przyjęcia, że głównym przedmiotem zamówienia były roboty budowlane.

Z niezrozumiałych przyczyn, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał natomiast, iż zamówienie polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zielonych ma charakter usługowy. Wyprowadzenie takiego wniosku – jak wynika z uzasadnienia Informacji o wyniku kontroli doraźnej – wyłącznie z nazwy projektu, tj. „odnowy terenów zielonych” musi zostać uznana za wyjątkową nadinterpretację. Głównym elementem przedmiotowego zamówienia było przecież „zagospodarowanie terenów zielonych”, co w praktyce oznaczało budowę parku miejskiego "od podstaw", razem z całą niezbędną infrastrukturą (roboty rozbiórkowe starej infrastruktury, budowa nowych ciągów komunikacyjnych, budowa oświetlenia terenu, budowa monitoringu, budowa nowych elementów małej architektury, budowa placu zabaw wraz z ogrodzeniem, budowa pomnika z ławką na kształt płyty winylowej), co musiało się wiązać z wykonaniem – w zdecydowanej większości – robót budowlanych. Ograniczenie interpretacji wyłącznie od uznania, że w ramach zamówienia trzeba było nasadzić dużo zieleni razi swoją lakonicznością i pobieżnością.

Podkreślić należy, że urządzenie terenów zielonych jest procesem złożonym i nie sprowadza się jedynie do fizycznego włożenia rośliny w grunt lub rozrzucenia ziaren na gruncie (np. trawy). W tym procesie samo włożenie rośliny w grunt lub zasianie ziaren to czynność końcowa i stosunkowo mało pracochłonna w stosunku do czynności poprzedzających. Rozbiórki istniejących chodników betonowych, czyszczenie i przygotowanie terenu, załadunek i transport ziemi, niwelacja terenu do projektowanych wysokości oraz odpowiednie przygotowanie podłoża to czynności wymagające odpowiednich umiejętności, pracy ciężkiego sprzętu budowlanego i doświadczenia przy realizacji zagospodarowania terenów zielonych, które to czynności są typowymi robotami budowlanymi ziemnymi i mają decydujące znaczenie przy końcowych efektach nasadzeń zieleni i zagospodarowania terenów zieleni.

Przeprowadzając prawidłową – opartą o zasady logicznego rozumowania – ocenę wszystkich części składowych przedmiotowego zamówienia uznać należy, że konieczność uzyskania pozwolenia na budowę na prace, stanowiące około 70% wartości całego zamówienia, musi przesądzać o tym, że udzielenie przedmiotowego zamówienia należało oprzeć o przepisy regulujące udzielanie zamówień na roboty budowlane.

Przyjmując, na podstawie prawidłowej oceny wszystkich elementów przedmiotowego zamówienia, że winno się ono toczyć na podstawie przepisów dotyczących udzielania zamówień na roboty budowlane, zarzuty z pkt. 2 a), b), c) d) oraz pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej stają się bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje:

Ad 1)

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w ramach przedmiotu zamówienia poddanego kontroli doraźnej Prezesa Urzędu, zadania klasyfikowane jako roboty budowlane nie posiadają bezpośredniego związku z zadaniami klasyfikowanymi jako usługi zagospodarowania zieleni jako element wyłącznie pomocniczy. Nawet bowiem w sytuacji, jeśli można mówić o pewnej funkcjonalnej synergii będącej konsekwencją wykonania danych zadań łącznie, o tyle co do istoty roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia należy uznać za czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług. Należy podkreślić, iż przedmiot zamówienia analizowany w niniejszej sprawie w zakresie w jakim obejmuje on zadania klasyfikowane jako roboty budowlane wraz z zadaniami klasyfikowanymi jako usługi

zagospodarowania zieleni w ramach jednego zamówienia ma charakter typowy, co daje możliwość odwołania się do zbliżonych stanów faktycznych stanowiących przedmiot analizy Krajowej Izby Odwoławczej względem wywiedzionych konkluzji prawnych. Z tego też względu za zasadne należy uznać przywołanie w treści Informacji o wyniku kontroli wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2076/20, w którym skład orzekający KIO wskazał na zachodzenie braku powiązania pomiędzy świadczeniami w zakresie zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, co daje z kolei podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju czynności. Analiza obu przypadków nie daje podstaw do stwierdzenia zasadniczych różnic w materii „kompleksowości”, z podkreśleniem faktu wyraźnego rozróżnienia przez Zamawiającego w treści opisu przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem kontroli doraźnej zadań polegających na realizacji usługi zagospodarowania zieleni od innych zadań, w tym obejmujących roboty budowlane. Należy podkreślić, iż elementy takie jak ciągi piesze z nawierzchni żwirowo-żywiczej bez wątplenia mogą zostać wykonane i funkcjonować zgodnie ze swoim przeznaczeniem samodzielnie względem m.in. prac pielęgnacyjnych dotyczących zieleni, niezależnie od faktu włączenia ich przez Zamawiającego do jednego zamówienia. Należy podkreślić, iż w ramach tego samego projektu finansowanego ze środków UE pn. „Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa zieleni w krajobrazie miejskim”, w zakresie „obiektu 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach”, Zamawiający udzielił dwóch odrębnych zamówień – na roboty budowlane – bez zagospodarowania zieleni (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 7 grudnia 2018 r., nr 500293529-N-2018) oraz na usługi zagospodarowania (nasadzenia) zieleni (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 9 maja 2019 r., nr 510089624-N-2019), co biorąc pod uwagę zbliżony charakter zamówień do zamówienia będącego przedmiotem kontroli potwierdza potencjalną możliwość rozdzielenia także usług i robót budowlanych w zakresie zamówienia na „wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach” oraz brak więzi warunkującej ścisłą zależność pomiędzy nimi, co m.in. w kontekście przywołanej w Informacji o wyniku kontroli treści pisma Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 września 2019 r. (sygn. 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM), daje podstawę do uznania obowiązku rozdzielenia stawek podatku VAT dla poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia.

Ponadto wskazać należy, iż Zamawiający nie odniósł się w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli do podniesionego w Informacji o wyniku kontroli argumentu dotyczącego faktu wyboru przez Zamawiającego w późniejszym postępowaniu prowadzonym w ramach danego projektu finansowanego ze środków UE, pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część” oferty wykonawcy Marcbud, zawierającej odrębne stawki podatku VAT 8% oraz 23%, pomimo zbliżonego stanu faktycznego (połączenie zadań klasyfikowanych jako roboty budowlane, a także zadań klasyfikowanych jako usługi zagospodarowania zieleni).

Jednocześnie w odniesieniu do kwestii interpretacji treści Interpretacji indywidualnej z dnia 14 lutego 2022 r. przekazanej Zamawiającemu przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej pismem znak: 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2.JJ należy podkreślić, iż cytowany przez Zamawiającego na str. 2 zastrzeżeń od wyniku kontroli fragment przedmiotowej Interpretacji indywidualnej został zawarty na jej str. 3 w sekcji „Państwa stanowisko w sprawie (stanowisko ostatecznie sformułowane w uzupełnieniu wniosku)”. Należy zauważyć, iż jak wynika z uzasadnienia Interpretacji indywidualnej (str. 6-9), odnosi się ona do kwestii braku prawa do odliczenia podatku VAT z faktur związanych z realizacją projektu z uwagi na niewykorzystywanie nabywanych towarów i usług do wykonywania

czynności opodatkowanych podatkiem od towarów i usług, a nie kwestii oceny prawidłowości doboru stawki/stawek podatkowych w odniesieniu do poszczególnych zadań.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego o braku możliwości odrzucenia oferty z uwagi na błędną stawkę VAT, należy podtrzymać przywołaną w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 7) argumentację wskazującą na wyrażony w nowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd o konieczności uznawania błędnie zastosowanej stawki podatku VAT za błąd w obliczeniu ceny niezależnie od wysokości tejże stawki, co w konsekwencji skutkuje zaistnieniem podstawy do odrzucenia oferty zawierającej tego rodzaju błąd. Podkreślić należy, iż nie ma znaczenia w tym względzie fakt, iż niezależnie od przyjętej stawki/stawek podatku VAT, dana oferta pozostałaby ofertą najkorzystniejszą, gdyż podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 ma charakter samoistny, przy czym kwestia wpływu błędu w obliczeniu ceny na pozycję oferty wykonawcy w rankingu ofert nie stanowi przesłanki zastosowania tej podstawy odrzucenia.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MARCBUD pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

Ad 2)

Odnosząc się do przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji w pierwszej kolejności należy wskazać, iż opiera się ona zasadniczo na relacji wartości zadań o charakterze usługowym względem zadań o charakterze robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia. W tym względzie należy podtrzymać zawartą w treści Informacji o wyniku kontroli konkluzję, zgodnie z którą w kontekście art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, wartościowy udział danego rodzaju zamówienia nie może mieć znaczenia przesądzającego dla oceny charakteru danego zamówienia jako całości, a w konsekwencji – dla ustalenia przepisów, które znajdują zastosowanie do jego udzielenia. Jak wskazano w treści Informacji o wyniku kontroli, właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na *wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni* (Rozdział III pkt 1 SIWZ), które to zadanie ma charakter usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych określonych w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp2004. Wynika to bezpośrednio z treści opisu przedmiotu zamówienia, w ramach którego elementy o charakterze robót budowlanych pełnią rolę pomocniczą względem prac związanych z zagospodarowaniem i odnową zieleni sensu stricto i jako takie nie determinują istoty celu umowy.

Należy zaznaczyć także, co zostało podkreślone w Informacji o wyniku kontroli, iż w toku kontroli Kontrolujący uzyskał informację z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniącego rolę Instytucji Wdrażającej dla projektu pn. *Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16*, stanowiącego źródło finansowania przedmiotowego zamówienia publicznego, iż *najważniejszą składową projektu musi być utworzenie terenów zieleni, co w głównej mierze wiąże się z nasadzeniami zieleni. [...] Głównym elementem i celem projektu jest usługa nasadzenia zieleni (wraz z robotami koniecznymi do ich wykonania w ramach przygotowania terenu pod nasadzenia).*

Należy podkreślić, iż Zamawiający nie przedstawił w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli względem naruszeń, o których mowa w pkt 2 lit. a-d Informacji o wyniku kontroli, odrębnej argumentacji nie dotyczącej kwestii ustalenia właściwego rodzaju zamówienia, w związku z czym uznać należy, iż Zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych i prawnych bezpośrednio w zakresie tych naruszeń.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, Zamawiający naruszył przepis art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji Zamawiający naruszył:

- a) art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- b) art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego aniżeli 35 dni;
- c) art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 10-dniowego terminu od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- d) art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Jednocześnie należy wskazać, iż naruszenie, o którym mowa w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli istnieje niezależnie od wykazania naruszenia, o którym mowa w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli. Zamawiający nie przedstawił jednakże odrębnej argumentacji kwestionującej zasadność wykazania naruszenia, o którym mowa w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania, Zamawiający naruszył przepis art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004.

Reasumując, podtrzymuję stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględniam zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 20 października 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 28/22) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia na *wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach*.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 28/22).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 28/22).