

Sygn. akt: KIO/KD 36/22

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 9 stycznia 2023 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 7 grudnia 2022 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Burmistrza Gminy Miasta Pionki**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 25 listopada 2022 r. (znak: KND/211/21/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach*,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**  
Członkowie : **Przemysław Dzierzędzki**  
**Emilia Garbala**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp2004), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wspólnie ubiegających

- się o udzielenie zamówienia wykonawców P.H.U. Sylwer T. S. oraz R.A.M. BUJAK P.B. FUBIT, 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, 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 15-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.

Ad 1

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 12.3 SIWZ cena podana w ofercie za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową i musi zawierać wszystkie zobowiązania oraz wszystkie koszty związane z terminowym, pełnym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Cena podana w ofercie za przedmiot zamówienia musi zawierać zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, w tym podatek VAT. Ponadto wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe określenie stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie określił stawki podatku VAT dla zadań wchodzących w zakres zamówienia.

W treści pkt 1 oferty Konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości 1 968 000,00 zł, wskazując, że wynagrodzenie powyższe jest naliczone łącznie z podatkiem VAT w wysokości 23%.

W rozdz. III SIWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, wskazując m.in.:

(...) 2. W ramach przedmiotowego zamierzenia przewiduje się realizację m.in. następujących zadań:

- 1) budowa nowych ciągów pieszych z nawierzchni przepuszczalnej,
- 2) parking przeznaczony dla samochodów osób korzystających z realizowanej inwestycji z nawierzchni przepuszczalnej,
- 3) plac zabaw z ogrodzeniem,
- 4) urządzenia sprawnościowe (streetworkout),
- 5) elementy małej architektury: kosze na śmieci pojedyncze, kosze na śmieci z segregacją, ławki parkowe, leżaki parkowe, stoły piknikowe, tablice informacyjne, stojaki dla rowerów,
- 6) altana ażurowa z pawilonem gastronomicznym oraz toaletą,
- 7) gospodarka zielenią, nasadzenia roślinne, zakładanie trawnika,
- 8) sieci elektryczne wewnętrzne zasilania oświetlenia terenu, toalety oraz punktu gastronomicznego,
- 9) instalacje sanitarne pawilonu gastronomicznego i toalety dla pracowników,
- 10) przyłącze wodociągowe i kanalizacyjne dla toalety oraz punktu gastronomicznego,
- 11) wykonanie monitoringu wizyjnego parku (prace nie ujęte w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót).

3. W celu zabezpieczenia wizyjnego parku przy ul. 15 Stycznia (Błonie) w Pionkach należy wykonać:

- 1) montaż 2 szt. kamer obrotowych, o rozdzielczości 2MP, z widocznością w nocy 50m. Kamery muszą być kompatybilne z zainstalowanym systemem: Avigilon Control Center serwer ver. 5.0. w centrum Monitoringu Miejskiego w Pionkach,
- 2) budowę linku radiowego w technologii 5GHz od kamer do anten radiowych przy Centrum Monitoringu (w tym anteny radiowe do zamontowania) oraz budowę kabla FTP kat. min. 5e, wraz z zabezpieczeniem przeciw-przebieciowym do serwerowi.

4. Ukształtowanie terenu, roboty ziemne

Ukształtowanie terenu pozostaje bez większych zmian. Zmiana ukształtowania polega na mikroniwelacji związanej z budową nawierzchni - nasypy skarp do maksymalnie 20-30cm przy nowo założonych nawierzchniach. Nasypy wykonywać z ziemi urodzajnej. Na terenie opracowania projektuje się także niewielkie górki do wysokości 1,5-2,0m (plac zabaw). Poza tym na całym terenie opracowania przewiduje się lokalne wyrównanie terenu poprzez

zasypywanie istniejących lokalnie niewielkich obniżeń terenu oraz wymianę warstwy urodzajnej pod trawniki użytkowe.

## 5. Zieleń

- 1) wycinka istniejących drzew przeznaczonych do likwidacji – zgodnie z tabelą inwentaryzacji zieleni ujętą w Projekcie budowlano-wykonawczym Zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” - obiekt III Park Miejski Błonia przy ul. Niepodległości w Pionkach (Projekt zagospodarowania terenu, nawierzchnie, zieleni i mała architektura) – załącznik nr 3 do SIWZ,
- 2) wprowadzenie nowych zróżnicowanych nasadzeń o charakterze naturalistycznym, wzbogacających i różnicujących obecnie występujące na terenie ubogie zbiorowiska roślinne, przewiduje się zastosowanie różnych gatunków roślin rodzimych, odpornych na czasowe przesuszanie i podtapianie. W ramach tych prac planuje się nowe nasadzenia: drzewa liściaste, krzewy wysokie, krzewy średnio wysokie i niskie, rośliny okrywowe, rozmieszczenie nowych trawników rekreacyjnych, łąki kwietne.
- 3) dbanie o roślinność i nasadzenia zieleni w czasie wstępnego okresu wegetacji do czasu ostatecznego odbioru wykonanych prac dot. zieleni (do 60 dni od czasu końcowego odbioru wykonanych prac). W tym czasie wykonawca będzie ponosił wszystkie koszty związane z pielęgnacją zieleni, w tym koszty zużycia wody do podlewania roślinności.

Jak wynika z treści załączników nr 3-12 do SIWZ, stanowiących zgodnie z pkt 8 Rozdziału III SIWZ elementy szczegółowego opisu oraz zakresu robót budowlanych i innych prac obejmujących wykonanie przedmiotu zamówienia, w zakres zamówienia wchodzi m.in. działania takie jak:

- wykonanie nawierzchni pieszej mineralno-żwicznej,
- wykonanie nawierzchni pieszo-jezdnej z kostki betonowej typu ECO (w tym parking przeznaczony dla samochodów osób korzystających z realizowanej inwestycji), nawierzchnia drewniana – taras drewniany,
- wykonanie placu zabaw z ogrodzeniem,
- zainstalowanie urządzeń sprawnościowych (streetworkout),
- zainstalowanie elementów małej architektury: kosze na śmieci pojedyncze, kosze na śmieci z segregacją, ławki parkowe, leżaki parkowe, stoły piknikowe, tablice informacyjne, stojaki dla rowerów,

- wykonanie altany ażurowej z pawilonem gastronomicznym oraz toaletą dla pracowników punktu gastronomicznego,
- gospodarka zielenią, nasadzenia roślinne, zakładanie trawnika,
- wykonanie sieci elektrycznych zasilania oświetlenia terenu, toalety oraz punktu gastronomicznego, instalacji sanitarnych pawilonu gastronomicznego i toalet dla pracowników,
- wykonanie przyłącza wodociągowego i kanalizacyjnego dla toalety oraz punktu gastronomicznego.

Oceniając powyższy stan faktyczny Prezes Urzędu wskazał, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności (uchwała Sądu Najwyższego, sygn. III CZP 52/11).

Prezes Urzędu zaznaczył, że pomimo zakwalifikowania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotowego zamówienia jako robót budowlanych, analiza zakresu zamówienia daje podstawę do uznania, że obejmuje on zadania spełniające definicję robót budowlanych, jak również niemieszczące się w tej kategorii, tj. co najmniej zadania, o których mowa w treści Rozdziału III pkt 5 SIWZ, dotyczące usług zagospodarowania zieleni, które zostały wymienione w poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w brzmieniu aktualnym na dzień upływu terminu składania ofert. Jak wynika z treści art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy VAT, stawka podatku wynosi 23% z zastrzeżeniem wskazanych w art. 41 ust. 1 ustawy VAT sytuacji. Z kolei zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy VAT, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy VAT, stawka podatku wynosi 8%.

Prezes Urzędu powołał się na pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 23 września 2019 r. (sygn. 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM), w którym wskazano, że obniżona do 8% stawka podatku ma zastosowanie wyłącznie do czynności związanych z realizacją zadania dotyczącego zagospodarowania terenów zielonych, natomiast pozostałe czynności związane np. z robotami budowlanymi, zakupem i montażem małej architektury wyłączone są z możliwości stosowania stawki obniżonej.

Zdaniem Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa w powinna uwzględniać zróżnicowanie stawek podatku VAT z uwagi na odmienną klasyfikację podatkową poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia. Tymczasem Konsorcjum zastosowało jedną stawkę podatku VAT na poziomie 23% dla wszystkich zadań wchodzących w zakres zamówienia. Kontrolujący zaznaczył, że w późniejszym postępowaniu pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część”, w którym również przewidziano zadania klasyfikowane jako roboty budowlane, a także zadania klasyfikowane jako usługi zagospodarowania zieleni, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, zawierającą stawki podatku VAT 8% oraz 23%.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej samodzielnego ustalania przez wykonawców stawki podatku VAT Prezes Urzędu wskazał, że nie zwalnia to Zamawiającego z obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek tego podatku z uwagi na możliwość zaistnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. W szczególności nie mogą stanowić o wyłączeniu danego obowiązku Zamawiającego zastrzeżenia w treści SIWZ, informujące o odpowiedzialności wykonawcy za właściwe określenie stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Za nieprzekonującą uznano argumentację Zamawiającego wskazującą na brak możliwości wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem zieleni wchodzących w zakres zamówienia z uwagi na stanowienie przez nie niewielkiej części zamówienia oraz niecelowość takiego działania ze względów funkcjonalnych. Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający wyraźnie wyodrębnił w SIWZ zadania polegające na wykonaniu robót budowlanych od zadań o charakterze usługi zagospodarowania zieleni, analogicznie wyodrębnienia takiego dokonało Konsorcjum w treści załączonego do oferty kosztorysu ofertowego. Roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia stanowią czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności związane stricte z zagospodarowaniem zieleni, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług.

Prezes Urzędu nie podzielił stanowiska Zamawiającego, że z uwagi na zastosowanie jednolitej stawki VAT na poziomie 23%, nawet w przypadku gdyby w części mogła znaleźć zastosowanie stawka obniżona, nie może prowadzić to do odrzucenia oferty Konsorcjum, gdyż przy zastosowaniu stawki obniżonej cena oferty byłaby niższa, co ostatecznie nie zmieniłoby kolejności w rankingu ofert. Prezes Urzędu wskazał, że ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjając zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na

zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej.

Zdaniem Kontrolującego, nie może zostać uznana za przesądzającą o prawidłowości zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23% Interpretacja indywidualna z 14 lutego 2022 r. przekazana Zamawiającemu przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej pismem znak: 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2.JJ, biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotem rozstrzygnięcia ww. organu była kwestia prawa do odliczenia VAT z faktur związanych z realizacją projektu, a nie kwestia prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku. Przedstawione w treści pisma Zamawiającego skierowanego do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 8 lutego 2022 r. twierdzenie następującej treści: *W konsekwencji w odniesieniu do usług realizowanych w ramach Projektu należy wskazać, że w analizowanej sprawie dominujące znaczenie mają usługi budowlane, które decydują o tym, że świadczenia należy kwalifikować jako usługi kompleksowe o charakterze budowlanym, natomiast czynności związane z pielęgnacją istniejącej zieleni, urządzeniem nowych elementów zieleni i nasadzeń stanowiły elementy składowe (czynności pomocnicze), stanowiło jedynie założenie przyjęte przez samego Zamawiającego i nie było przedmiotem oceny dokonanej przez ten organ. Jak wynika z treści opisu stanu faktycznego w przedmiotowym piśmie Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, Zamawiający zwrócił się z pytaniem dotyczącym całego projektu pn. „Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa zieleni w krajobrazie miejskim”, obejmującym także zadanie „Rewitalizacja Parku Miejskiego Błonia – część II”, odpowiadające zamówieniu będącemu przedmiotem postępowania pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część”, w którym Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy zawierającą dwie stawki podatku VAT na poziomie 8% i 23%, co potwierdza niestosowalność ww. interpretacji dla celów oceny prawidłowości doboru stawek podatku VAT dla poszczególnych zadań.*

Zdaniem Prezesa Urzędu, co najmniej w zakresie usług zagospodarowania zieleni stanowiących element przedmiotu zamówienia w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli, wykonawcy powinni zaoferować cenę brutto z podatkiem VAT ustalonym na poziomie 8%.

Prezes Urzędu zaznaczył, że zbliżony stan faktyczny w związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem 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, wchodzącym w zakres projektu pn. Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16 razem z postępowaniem będącym przedmiotem niniejszej

kontroli, tj. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach, stanowił przedmiot analizy w toku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu o sygn. KND/210/21/DKZP. W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MARCBUD M. B. pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, które zostały zaopiniowane przez Krajową Izbę Odwoławczą jako niezastępujące na uwzględnienie, zgodnie z treścią uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2022 r., sygn. KIO/KD 28/22. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in., że Prezes Urzędu prawidłowo stwierdził, że sposób obliczenia ceny przez wykonawcę MARCBUD M. B. był błędny. Wykonawca ten wskazał w treści oferty stawkę VAT 23 % w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Tymczasem brak jest podstaw do uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym – co najmniej w odniesieniu do usług zagospodarowania zieleni, do których znajduje zastosowanie 8% stawka podatku VAT.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, a naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający zawarł umowę z Konsorcjum, które złożyło ofertę podlegającą odrzuceniu.

Ad 2

W toku kontroli ustalono, że Zamawiający zaklasyfikował zamówienie pod względem rodzajowym jako roboty budowlane (pkt II.2 ogłoszenia o zamówieniu z 30 grudnia 2020 r. nr 775022-N-2020). W związku z powyższym stwierdzono, że Zamawiający prowadził dane postępowanie o udzielenie zamówienia według zasad przewidzianych dla zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004 z uwagi na fakt, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego na 2.524.083,99 zł (591 217,29 euro) nie osiągnęła kwoty określonej w treści §1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, tj. kwoty 5 350 000 euro.

Prezes Urzędu powołał się na przepis art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, zgodnie z którym 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 toku kontroli ustalono, że przedmiotowe zamówienie obejmowało co najmniej dwa rodzaje zamówień, tj. dostawy oraz roboty budowlane, co wynika w szczególności z treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w rozdz. III SIWZ. Tym samym uznać należy, że dla ustalenia reżimu prawnego właściwego dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia niezbędne jest odwołanie się do dyspozycji przepisu art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, nakazującej stosowanie przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada głównemu przedmiotowi zamówienia.

Prezes Urzędu podniósł, że ustalenie głównego przedmiotu zamówienia następuje co do zasady w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnych, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy. Przy ustalaniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów.

W ocenie Prezesa Urzędu główny przedmiot zamówienia stanowiły usługi, gdyż właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni (rozdz. 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. Nie zmienia powyższej konkluzji twierdzenie o samodzielności bytu robót budowlanych w ramach danego zamówienia, podniesione także w Ad 1) niniejszej kontroli, gdyż czym innym jest odrębność rodzajowa z uwagi na ocenę zastosowanych stawek podatku VAT, gdzie możliwe jest rozdzielenie poszczególnych czynności, wynikające m.in. ze szczegółowego ich określenia w treści projektu budowlano-wykonawczego, czym innym zaś konieczność ustalenia jednego głównego przedmiotu zamówienia z uwagi na dyspozycję art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 w sytuacji, jeśli Zamawiający zdecydował o udzieleniu jednego zamówienia wielorodzajowego. Wniosku tego nie zmienia fakt uzyskania przez Zamawiającego decyzji starosty zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę, istotą zamówień tzw. mieszanych, których dotyczy regulacja art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, jest bowiem łączenie zamówień spośród co najmniej dwóch rodzajów, co oznacza, że jakkolwiek w skład zamówienia mogą wchodzić roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane (co może wiązać się z koniecznością spełnienia

określonych obowiązków warunkowanych odrębnymi przepisami prawa administracyjnego, o tyle powyższe jest irrelewantne dla oceny charakteru zamówienia z uwagi na stosowanie właściwego reżimu prawnego ustawy Pzp dla samego postępowania o udzielenie zamówienia. Prezes urzędu zaznaczył, że w toku kontroli 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, że 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).

Zdaniem Prezesa Urzędu, 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.

Kontrolujący zaznaczył, że zbliżony stan faktyczny w związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem 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, stanowił przedmiot analizy dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2022 r., sygn. KIO/KD 28/22, w której Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego względem wykazanego naruszenia art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, wskazując m.in., że zamówienie miało charakter wielorodzajowy, a Zamawiający działając zgodnie z dyspozycją art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2 obowiązany był zastosować do udzielenia zamówienia przepisy właściwe dla rodzaju zamówienia jaki stanowią usługi odpowiadające głównemu przedmiotowi.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, Zamawiający naruszył art. 5c ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania z uwagi na wynikające z niego konsekwencje w postaci kolejnych naruszeń określonych poniżej.

Ad 2 lit. a

Prezes Urzędu wskazał, że skoro wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego przekroczyła kwotę 214 000 euro, to stosownie do treści art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004 Zamawiający zobligowany był do przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, czego zaniechał. Powyższe naruszenie mogło mieć

wpływ na wynik postępowania, brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej mógł bowiem mieć istotny wpływ na liczbę wykonawców, którzy posiadali wiedzę o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji – mógł mieć wpływ na konkurencyjność w postępowaniu.

Ad 2 lit. b

Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający określił termin składania ofert na dzień 18 stycznia 2021 r., który to termin został przedłużony do dnia 22 stycznia 2021 r. Jednocześnie z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, należy przyjąć, że termin składania ofert należy w odniesieniu do danego postępowania liczyć od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, co nastąpiło 30 grudnia 2020 r. Oznacza to, że termin składania ofert został określony jako krótszy, aniżeli 35 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym uznać należy, że poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego aniżeli 35 dni, Zamawiający naruszył art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004. Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż krótszy aniżeli wymagany termin składania ofert mógł mieć wpływ na decyzję potencjalnych wykonawców o przygotowaniu i złożeniu oferty w postępowaniu.

Ad 2 lit. c

W toku kontroli ustalono, że Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty drogą pocztową 10 lutego 2021 r., a umowę w sprawie zamówienia publicznego zawarto 22 lutego 2022 r. Tym samym poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 15-dniowego terminu od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający naruszył art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, co nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad 2 lit. d

W wyniku kontroli ustalono, że Zamawiający zaniechał przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zamieszczając to ogłoszenie wyłącznie w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr 510418397-N-2021 z dnia 23 lutego 2021 r.). Poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Zamawiający naruszył art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004, co nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad 3

W toku kontroli ustalono, że Zamawiający oprócz postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli tj. postępowania pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach, przeprowadził w 2020 r. m.in. postępowanie o udzielenie zamówienia wchodzące w zakres projektu pn. Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16 pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt IV Plac Konstytucji 3 Maja w Pionkach, nr ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP): 508221-N-2020 z dnia 31 stycznia 2020 r. zakończone wyborem wykonawcy oraz udzieleniem zamówienia stosownie do treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego w BZP pod numerem 510044685-N-2020 z dnia 11 marca 2020 r. Stwierdzono także, że w zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego planie postępowań o udzielenie zamówień przewidzianych do przeprowadzenia w 2020 r., oba postępowania zostały uwzględnione odpowiednio pod numerami 4 oraz 6 tabeli. Jednocześnie na podstawie treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli, jak również uwzględniając treść dokumentu pn. „Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia publicznego” oraz treść pisma Zamawiającego z 21 czerwca 2022 r. przekazanego do Urzędu w toku kontroli doraźnej o sygn. KND/210/21/DKZP, stwierdzono, że Zamawiający nie uznał, że udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, a w konsekwencji nie sumował wartości zamówień stanowiących przedmiot wskazanych postępowań. Ponadto stwierdzono, że wartość zamówienia pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach, została ustalona na 2 524 083,99 zł, zaś wartość zamówienia pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt IV Plac Konstytucji 3 Maja w Pionkach została ustalona na 670 316,06 zł.

Prezes Urzędu powołał się na treść art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004 oraz na opinię Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”, wskazał, że 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.

Prezes Urzędu stwierdził, że w odniesieniu do tożsamości czasowej nie budzi wątpliwości fakt, że zamówienia te mogły być udzielone w jednym czasie z uwagi na przewidzenie terminu ich wszczęcia przez Zamawiającego w planie postępowań na ten sam rok. Jednocześnie w toku kontroli ustalono, że na dzień wszczęcia pierwszego z postępowań (31 stycznia 2020 r.) Zamawiający dysponował dokumentacją projektowo-kosztorysową, pozwalającą na ustalenie wartości zamówienia dla obu zamówień.

W odniesieniu do tożsamości podmiotowej Prezes Urzędu stwierdził, że w obu analizowanych postępowaniach oferty zostały złożone przez wykonawców Sorted Sp. z o.o. oraz MARCBUD M.B., co daje podstawę do uznania, że istniała możliwość wykonania wszystkich zamówień przez jednego wykonawcę.

W odniesieniu zaś do tożsamości przedmiotowej Prezes Urzędu wskazał, że zakres przedmiotowy obu zamówień obejmował zadania polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni obejmujące zarówno zadania o charakterze robót budowlanych, jak również obejmujące zagospodarowanie zieleni sensu stricto, w tym nasadzenia zieleni. Daje to podstawę do uznania, że w sensie przedmiotowym i funkcjonalnym analizowane zamówienia spełniają względem siebie kryterium tożsamości przedmiotowej. Nie zmienia tego twierdzenia fakt odmiennej lokalizacji wykonywanych zadań, bowiem odległość geograficzna nie jest przesądzająca dla oceny, czy dane zadanie wchodzi w zakres innego, większego zamówienia, czy jest względem innych zamówień autonomiczne.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że 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 art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004, a naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z 7 grudnia 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, podnosząc następującą argumentację:

Ad 1

Zamawiający podkreślił, że na przedmiot postępowania składały się zarówno roboty budowlane (na które uzyskano stosowne pozwolenie na budowę) oraz usługi, a z punktu widzenia Zamawiającego celem świadczenia 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). Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, 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.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo TSUE oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, w którym wskazuje się, że 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. 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.

Zamawiający podniósł, że uwzględniając charakter poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia, wszystkie one łącznie służą jednemu celowi – zagospodarowaniu terenu, zatem przedmiotowe świadczenie ma charakter świadczenia kompleksowego. Niewykonanie jednej z poszczególnych czynności spowoduje, że cel zadania nie zostanie osiągnięty. Dodatkowym argumentem świadczącym o tym, że przedmiotowe świadczenie ma charakter świadczenia kompleksowego jest ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Zamawiający powołał się na stanowisko Dyrektora Krajowej 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.* Zamawiający podniósł, że 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, że wskazana powyżej analiza była wyłącznie założeniem przyjętym przez samego Zamawiającego i nie była przedmiotem oceny dokonanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Zamawiający podkreślił, że Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej dokonał merytorycznej oceny argumentacji wskazanej we wniosku i uznał, że stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w powyższym zakresie jest prawidłowe. Podniósł, że nie kwestionując kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznać należy, że organem właściwym do oceny prawidłowości stosowania stawek podatku VAT jest przede wszystkim Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej.

Zamawiający zaznaczył, że Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej wydał Interpretację indywidualną w analogicznych okolicznościach na wniosek Gminy Świętochłowice, w której również potwierdził przedstawione powyżej stanowisko. Co istotne, również na etapie rozliczenia podatkowego, właściwe organy administracji skarbowej nie zakwestionowały prawidłowości przyjętej stawki VAT przez wykonawcę. Co więcej Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej będący podmiotem wyspecjalizowanym w kontroli i walidowaniu projektów realizowanych ze środków krajowych i unijnych, mając wgląd do wszystkich dokumentów pozytywnie opiniował czynności podejmowane w ramach realizacji kontrolowanych projektów.

Zamawiający stwierdził, że definicja „świadczenia kompleksowego” ze względu na brak jednoznacznej definicji legalnej w ramach przepisów podatkowych prawa unijnego oraz krajowego z natury rzeczy stanowi skomplikowany i budzący wątpliwości interpretacyjne konstrukt normatywny. W związku z powyższym, co najmniej zastanawiający jest tak jednoznaczny pogląd organu kontrolującego na kwestię wysokości stawki VAT, jaką należało zastosować w sprawie, w szczególności w sytuacji gdy właściwe do interpretowania i stosowania przepisów prawa podatkowego organy nie dostrzegły nieprawidłowości legalnych w zakresie rozliczenia kontrolowanych zamówień. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczające możliwość zostawiania przez Wykonawcę, niejako z ostrożności stawki podstawowej

Na marginesie Zamawiający podniósł, że 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.

Ad 2

Zamawiający wyjaśnił, że zakwalifikował przedmiotowe zamówienie jako roboty budowlane, ponieważ celem projektu była budowa parku miejskiego wraz z całą infrastrukturą, a przedmiotem zamówienia w zdecydowanie przeważającej części były roboty budowlane. Podkreślił, że w ramach przedmiotowego zamierzenia były przewidziane do realizacji następujące zadania:

- 1) budowa nowych ciągów pieszych z nawierzchni przepuszczalnej,
- 2) parking przeznaczony dla samochodów osób korzystających z realizowanej inwestycji z nawierzchni przepuszczalnej,
- 3) plac zabaw z ogrodzeniem,
- 4) urządzenia sprawnościowe (streetworkout),
- 5) elementy małej architektury: kosze na śmieci pojedyncze, kosze na śmieci z segregacją, ławki parkowe, leżaki parkowe, stoły piknikowe, tablice informacyjne, stojaki dla rowerów,
- 6) altana ażurowa z pawilonem gastronomicznym oraz toaletą,
- 7) gospodarka zielenią, nasadzenia roślinne, zakładanie trawnika,
- 8) sieci elektryczne wewnętrzne zasilania oświetlenia terenu, toalety oraz punktu gastronomicznego,
- 9) instalacje sanitarne pawilonu gastronomicznego i toalety,
- 10) przyłącze wodociągowe i kanalizacyjne dla toalety oraz punktu gastronomicznego.
- 11) wykonanie monitoringu wizyjnego parku (prace nie ujęte w dokumentacji projektowej przedmiarze robót).

Zamawiający stwierdził, że pomimo nominalnego ujęcia zadania jako obejmującego zagospodarowanie terenów zielonych, jego celem było stworzenie miejskiej infrastruktury rekreacyjnej, której zasadniczy komponent ilościowy oraz kosztowy stanowiły roboty budowlane. Wykonanie zadania nie stanowiło jedynie prostego prawienia jakości istniejącej



przestrzeni obejmującej tereny zielone, lecz dotyczyło ono w zasadzie budowy od podstaw szerszego kompleksu infrastrukturalnego, na który składały się ciągi piesze, parking, plac zabaw, urządzenia sprawnościowe, budynek wraz z przyłączami, oświetlenie, czy też liczne elementy małej architektury. Element zadania obejmujący dokonanie nasadzeń zieleni, podlegający kwalifikacji jako usługi, posiadał relatywnie niewielki udział w całości prac, a resztę robót (w tym przygotowanie terenu pod nasadzenia) potraktowano jako roboty budowlane i to one stanowiły zasadniczą część zadania, na które został wykonany Projekt budowlany, na podstawie którego Gmina Miasta Pionki uzyskała decyzję o pozwoleniu na budowę.

Zamawiający zaznaczył, że w kosztorysie inwestorskim (branża budowlana), pozycje kosztorysowe od nr 12 do 72 to usługi związane z nasadzeniami zieleni, reszta to typowe prace budowlane w zakresie kształtowania terenów sportowych i rekreacyjnych oraz w zakresie zagospodarowania terenu, budowy infrastruktury, budowy elementów małej architektury i budowy pawilonu. Wartość usług związana z nasadzeniami zieleni, wg kosztorysu inwestorskiego, to 775.208,39 zł, co stanowi 31,55% wartości wszystkich prac, a roboty budowlane to aż 69,45 %. Roboty budowlane w całym zamówieniu mają większy wartościowy i ilościowy udział niż usługi czy dostawy roślinności do wykonania usług nasadzenia (natomiast dostawy roślinności mają większy wartościowy udział niż usługi nasadzenia tej roślinności).

W odniesieniu do celu zamówienia Zamawiający podniósł, że celem tym było wykonanie nowej infrastruktury rekreacyjnej. Nasadzenia zieleni stanowiły jedynie element wykończenia parku, po przeprowadzeniu wcześniejszych prac budowlanych. W ramach realizacji przedmiotowego zamówienia realizowane były przede wszystkim roboty budowlane wskazane w sekcji F PKWiU z 2014 r. Głównym przedmiotem zamówienia były bowiem roboty budowlane w zakresie kształtowania terenu (43.12.11.0 objęte 23% stawka podatku VAT jako roboty budowlane), roboty ziemne (43.12.12 objęte 23% stawka podatku VAT jako roboty budowlane), prace instalacyjne (43.21.10 objęte 23% stawka podatku VAT jako roboty budowlane). Usługi związane wyłącznie z zagospodarowaniem terenów zieleni i niebędące jednocześnie robotami budowlanymi wskazanymi w sekcji F, stanowią jedynie niewielką część realizowanej inwestycji.

Odnosząc się do przekazanych przez NFOŚiGW Zamawiający podniósł, że zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie celem projektu nie są usługi nasadzenia zieleni lecz poprawa jakości środowiska miejskiego, prowadząca do poprawy jakości życia mieszkańców Pionek. W umowie o dofinansowanie również jednoznacznie określono, że przedmiotem prac są roboty budowlane. Taki zapis znajduje się w umowie pomiędzy gminą Miasto Pionki a NFOŚiGW. Ponadto NFOŚiGW jako instytucja nadzorująca zadanie nie zakwestionował

faktu, że w ramach zadania realizowane są roboty budowlane, a nie usługi. Podczas wielokrotnych kontroli projektu oraz aneksów za każdym razem NFOŚiGW przyjmował bez zastrzeżeń do wiadomości fakt, że w ramach projektu realizowane są kompleksowe roboty budowlane. Również w przekazanych przez NFOŚiGW informacjach pokontrolnych, które analizowały przedmiot zamówienia wieloaspektowo, uznawano rodzaj zamówień za roboty budowlane. Zamawiający załączył protokoły kontroli dla zadania Obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II wraz z aneksami, gdzie stwierdzono, że umowa nr IG.272.1.70.2019 z dnia 14.10.2019 r., jest zgodna z zakresem przedsięwzięcia określonym w umowie o dofinansowanie projektu. Protokoły kontroli aneksów dla zadania Obiekt III — Park Miejski Błonia w Pionkach również jednoznacznie wskazywały, że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane. W związku z tym Zamawiający wyraził zdziwienie, że zdaniem Prezesa Urzędu Zamawiający był zobowiązany do stosowania do całego zamówienia przepisów dotyczących udzielania zamówień na usługi.

W ocenie Zamawiającego Prezes Urzędu uznał, że zamówienie polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zielonych ma charakter usługowy, opierając się na nazwie projektu, co stanowi nadinterpretację. Zamawiający stwierdził, że ograniczenie interpretacji wyłącznie do uznania, że w ramach zamówienia trzeba było przede wszystkim dokonać nasadzeń zieleni jest zdecydowanym uproszczeniem i razi swoją lakonicznością. Podniósł, 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, 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.

Odnosząc się do przywołanego w informacji o wyniku kontroli komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający podniósł, że – jak podają jego autorzy – zgodnie z orzecznictwem TSUE główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnych, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy. Pojęcie „główny przedmiot zamówienia” należy więc utożsamiać z głównym przedmiotem (głównymi świadczeniami stron) i celem planowanej umowy. Zamawiający podniósł, że każdy

przypadek umowy wymaga indywidualnej kwalifikacji, gdyż czym innym jest przykładowo nasadzenie czy odnowa zieleni w istniejących parkach, np. Park Łazienki Królewskie, a czym innym zagospodarowanie terenów od podstaw, dla których przede wszystkim należy wykonać niezbędne roboty budowlane, (w tym prace rozbiórkowe, roboty ziemne, ciągi piesze, roboty wod.-kan., instalacyjne elektryczne, itp.). W przedmiotowej sprawie celem zadania było stworzeniu Parku Miejskiego od podstaw wraz z infrastrukturą towarzyszącą poprzez wykonanie robót budowlanych. Nasadzenia zieleni miały w tym przypadku charakter uzupełniający i nie można było ich wykonać bez wcześniejszego wykonania określonych robót budowlanych.

Ad 3

Zamawiający poinformował, że nie dokonał sumowania szacunkowych wartości zamówień w ramach projektu, ponieważ:

- 1) Zamówienia dotyczyły budowy pięciu niezależnych obiektów budowlanych (parki miejskie), znajdujących się w różnych punktach miasta Pionki, dla których opracowane zostały oddzielne Projekty budowlane i dla których dokonano oddzielnych zgłoszeń zamiaru wykonania robót budowlanych do Starostwa Powiatowego w Radomiu (w przypadku obiektu nr 3 – Park miejski Błonia w Pionkach została wydana Decyzja nr 2242.2020 z dnia 02.11.2020 r. (znak: BA.6740.1599.2020.ML) przez Starostę Radomskiego zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę);
- 2) Zamówienia udzielane były kolejno w latach 2018-2021, wg wcześniej wykonanych projektów budowlanych, które również były wykonywane kolejno w latach 2018-2020;
- 3) W momencie wszczynania postępowania o zamówienie publiczne dotyczące budowy danego parku, projekty budowlane na dalsze zadania nie były jeszcze zlecone do wykonania lub były w trakcie realizacji. Nie można było zatem określić zakresu prac do wykonania oraz wartości szacunkowej budowy kolejnego parku miejskiego;
- 4) Zamówienia publiczne na roboty budowlane i inne prace były realizowane wg harmonogramu uzgodnionego i zaakceptowanego przez NFOŚiGW w Warszawie – Instytucję Wdrażającą. Uzgodnienie i akceptacja harmonogramu dotyczyła również trybów udzielania zamówienia (przetarg nieograniczony) oraz rodzajów zamówienia (roboty budowlane i usługi).

Zamawiający podniósł, że nie było możliwości realizacji powyższych zamówień w jednym okresie czasowym. Fakt, że Zamawiający dysponował w omawianym okresie dokumentacją projektowo-kosztorysową nie determinuje o możliwości realizacji robót czy ogłoszeniem zamówienia publicznego. Warunkiem koniecznym chociażby z formalnego i praktycznego punktu widzenia było uzyskanie przez Zamawiającego pozwolenia na budowę

odnośnie Parku Miejskiego Błonia. Stosowna Decyzja zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę została wydana przez Starostę Radomskiego dnia 02.11.2020 r. (Decyzja nr 2242.2020 znak: BA.6740.1599.2020.MŁ), dlatego po jej uzyskaniu możliwe było ogłoszenie zamówienia (grudzień 2020 r.).

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń, podtrzymując stanowisko z informacji o wyniku kontroli oraz przedstawiając następującą argumentację:

Ad 1

Prezes Urzędu wskazał, że zadania klasyfikowane jako roboty budowlane nie posiadają bezpośredniego związku z zadaniami klasyfikowanymi jako usługi zagospodarowania zieleni jako element wyłącznie pomocniczy. Nawet 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. Elementy takie jak ciągi piesze z nawierzchni przepuszczalnej 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. Ponadto w ramach tego samego projektu finansowanego ze środków UE pn. „Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa zieleni w krajobrazie miejskim”, w zakresie „objektu 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach”, Zamawiający udzielił dwóch odrębnych zamówień – na roboty budowlane – bez zagospodarowania zieleni oraz na usługi zagospodarowania (nasadzenia) zieleni, co biorąc pod uwagę zbliżony charakter zamówień do zamówienia będącego przedmiotem kontroli potwierdza potencjalną możliwość rozdzielenia także usług i robót budowlanych w zakresie przedmiotowego zamówienia oraz brak więzi warunkującej ścisłą zależność pomiędzy nimi.

Prezes Urzędu zaznaczył, że Zamawiający nie odniósł się 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 M. B., zawierającej odrębne stawki podatku VAT 8% oraz 23%, pomimo zbliżonego stanu faktycznego.

W odniesieniu do treści Interpretacji indywidualnej z 14 lutego 2022 r. przekazanej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej Prezes Urzędu określił, że cytowany przez

Zamawiającego na str. 3 zastrzeżeń fragment został zawarty na jej str. 4 w sekcji „Państwa stanowisko w sprawie (stanowisko ostatecznie sformułowane w uzupełnieniu wniosku)” i obejmuje opis stanowiska wnioskodawcy. Zdaniem Prezesa Urzędu, nie sposób zrozumieć przyczyn, z uwagi na które Zamawiający dopuścił zróżnicowanie stawek podatkowych w odniesieniu do poszczególnych zadań wchodzących w skład projektu, gdyby w rzeczywistości przedstawione w treści interpretacji indywidualnej stanowisko Zamawiającego miało być rozumiane jako zaprzeczenie prawidłowości takiego zróżnicowania stawek podatkowych.

Prezes Urzędu podtrzymał 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 tej stawki, co w konsekwencji skutkuje zaistnieniem podstawy do odrzucenia oferty zawierającej tego rodzaju błąd. Wskazał, że nie ma znaczenia w tym względzie fakt, że 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, a kwestia wpływu błędu w obliczeniu ceny na pozycję oferty wykonawcy w rankingu ofert nie stanowi przesłanki zastosowania tej podstawy odrzucenia.

Ad 2

Prezes Urzędu podtrzymał argumenty przedstawione w Informacji o wyniku kontroli i wskazał, że argumentacja Zamawiającego opiera się ona zasadniczo na relacji wartości zadań o charakterze usługowym względem zadań o charakterze robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia. Podtrzymał w tym zakresie stanowisko, że 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. Zamawiający nie przedstawił w treści zastrzeżeń odrębnej argumentacji, nie dotyczącej kwestii ustalenia właściwego rodzaju zamówienia, w związku z czym uznać należy, że Zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych i prawnych bezpośrednio w zakresie tych naruszeń, niezależnie od kwestii zarzutu naruszenia art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004.

Ad 3

Prezes Urzędu wskazał, że przepis art. 13a ustawy Pzp2004 przewidywał obowiązek sporządzania planu postępowań o udzielenie zamówień, jakie zamawiający przewiduje przeprowadzić w danym roku finansowym, zatem to perspektywa roku finansowego co do zasady wyznacza zakres czasowy dla obowiązku łącznego szacowania wartości zamówień.

Tożsamość czasowa w tym znaczeniu nie może być rozumiana wąsko, tj. wyłącznie jako faktyczna możliwość wszczęcia kilku postępowań czy udzielenia kilku zamówień w tym samym dniu. Zamawiający nie zakwestionował, że przewidział przeprowadzenie postępowań pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach oraz pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt IV Plac Konstytucji 3 Maja w Pionkach na ten sam rok w planie postępowań. Tym samym argumentację dotyczącą uzyskania pozwolenia na budowę dotyczącego postępowania pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach już po zakończeniu postępowania pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt IV Plac Konstytucji 3 Maja w Pionkach należy uznać za bezprzedmiotową.

Zdaniem Prezesa Urzędu nie znajduje także uzasadnienia podniesiony przez Zamawiającego argument, że momencie wszczynania postępowania o zamówienie publiczne dotyczące budowy danego parku, projekty budowlane na dalsze zadania nie były jeszcze zlecone do wykonania lub były w trakcie realizacji. Zamawiający w momencie wszczęcia pierwszego z postępowań (31 stycznia 2020 r.) dysponował dokumentacją projektowo-kosztorysową, pozwalającą na ustalenie wartości zamówienia dla obu zamówień.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie jest sporny, istotą sporu jest ocena tego stanu faktycznego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp2004, obowiązującej w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby ocena dokonana przez Prezesa Urzędu jest prawidłowa. Nie powtarzając pełnej argumentacji przedstawionej w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, którą to argumentację Izba w całości podziela, tytułem uzupełnienia oraz podkreślenia niektórych aspektów Izba wskazuje, co następuje:

Ad 1

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że kwestię kwalifikowania oferty, której cena została obliczona z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, jako oferty

zawierającej błąd w obliczeniu ceny, jednoznacznie rozstrzygnęły uchwały Sądu Najwyższego w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP/53/11 z 20 października 2011 r. W uchwałach tych Sąd Najwyższy przesądził, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004). Tym samym, prawidłowość stawki VAT przyjętej do obliczenia ceny oferty podlega ocenie zamawiającego, a zastosowanie błędnej stawki podatkowej stanowi podstawę do odrzucenia oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, niezależnie od tego, czy ta błędna stawka jest stawką podstawową, czy preferencyjną. Wyjątkiem jest sytuacja, kiedy to zamawiający wskaże właściwą stawkę podatku VAT – wtedy zastosowanie do obliczenia ceny ofertowej innej stawki podlega ocenie pod kątem możliwości poprawienia omyłki w ofercie. Od czasu wydania powyższych uchwał stanowisko w nich wyrażone jest konsekwentnie uwzględniane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i nie wywołuje wątpliwości interpretacyjnych. Co istotne – podstawa do odrzucenia oferty zachodzi niezależnie od tego, czy nieprawidłowo zastosowana stawka jest stawką podstawową czy preferencyjną oraz czy błąd w tym zakresie wpłynął na ranking ofert.

Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w zastrzeżeniach zmierzała do wykazania, że przedmiotowe zamówienie stanowi tzw. usługę kompleksową, która powinna być opodatkowana jednolitą stawką podatku VAT. W ocenie Izby Prezes Urzędu słusznie zakwestionował tę tezę.

Nie ma wątpliwości co do tego, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno roboty budowlane, dla których właściwa jest stawka podstawowa, jak i usługi z zakresu zagospodarowania zieleni, które zostały wymienione w poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, do których – na mocy z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 tej ustawy – stosuje się stawkę 8%.

Oceniając kwestię powiązania usług dodatkowych z usługą główną, uzasadniającą objęcie ogółu świadczeń stawką właściwą dla świadczenia głównego, należy mieć na uwadze, że zasadą jest odrębne, samodzielne opodatkowanie poszczególnych usług. Jednakże w przypadku świadczenia szeregu usług związanych z sobą, tworzących obiektywną całość w ramach określonej transakcji gospodarczej, nie należy sztucznie ich rozdzielać dla celów podatkowych. Jeśli usługa nie stanowi celu samego w sobie, ale jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej, należy ją traktować jako usługę pomocniczą, opodatkowując ją według zasad właściwych dla usługi zasadniczej. Stanowisko takie jest prezentowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. wyrok TSUE z 27 października 2005 r. C-41/04). Skoro więc objęcie różnego rodzaju

świadczeń stawką VAT właściwą dla świadczenia głównego jest wyjątkiem od zasady, to nie może podlegać rozszerzającej wykładni.

Analiza przedmiotu zamówienia nie daje – zdaniem Izby – podstaw do stwierdzenia, że usługi zagospodarowania zieleni oraz roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia, są na tyle silnie związane, że ich rozdzielenie dla celów podatkowych byłoby sztuczne. Skoro celem zamierzenia inwestycyjnego jest zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim w postaci parku miejskiego, to nie można zgodzić się z tezą, że istotą zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, a zagospodarowanie zieleni jest jedynie usługą o charakterze pomocniczym, niezbędnym do lepszego wykorzystania efektu robót budowlanych – a tylko w takiej sytuacji możliwe byłoby zastosowanie stawki VAT właściwej dla robót budowlanych. Zdaniem Izby, nawet jeśli finalnie rezultat niniejszego zamówienia stanowi funkcjonalną całość, to usługi z zakresu zagospodarowania zieleni oraz roboty budowlane mogłyby być wykonywane samodzielnie, w innym przedziale czasowym czy przez innego wykonawcę, a zagospodarowania zieleni nie sposób uznać za świadczenie pomocnicze względem robót budowlanych. Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu, elementy takie, jak np. ciągi piesze z nawierzchni przepuszczalnej, 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.

W ocenie Izby, w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia prawidłowo oceniono treść i znaczenie dla przedmiotowej sprawy Interpretacji indywidualnej z 14 lutego 2022 r. przekazanej Zamawiającemu przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej pismem znak: 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2.JJ. Nie można pomijać, że przedmiotem tej interpretacji jest kwestia prawa do odliczenia VAT z faktur związanych z realizacją projektu, nie zaś kwestia prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku. Ponadto w odpowiedzi na zastrzeżenia prawidłowo wskazano, że cytowany przez Zamawiającego na str. 3 zastrzeżeń od wyniku kontroli fragment przedmiotowej interpretacji został zawarty w sekcji „Państwa stanowisko w sprawie (stanowisko ostatecznie sformułowane w uzupełnieniu wniosku)”, stanowi on więc przytoczenie stanowiska wnioskodawcy.

Podsumowując, w ocenie Izby Prezes Urzędu zasadnie stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców: P.H.U. Sylwer T. S. oraz R.A.M. BUJAK P.B. FUBIT.



Ad 2

Bezsporne jest, że na przedmiot zamówienia objęty kontrolą składają się zarówno roboty budowlane, jak i usługi. Jest to więc tzw. zamówienie mieszane, do którego należało zastosować – zgodnie z art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 – przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.

Zakwalifikowanie zamówienia do robót budowlanych albo usług związane jest z daleko idącymi skutkami, biorąc pod uwagę istotne zróżnicowanie tzw. progów unijnych dla poszczególnych rodzajów zamówień i związany z tym obowiązek (lub jego brak) prowadzenia postępowania w sposób właściwy dla zamówień przekraczających te progi, z wszystkimi tego konsekwencjami. W związku z tym zamawiający powinni wyjątkowo rozważyć dokonywać klasyfikacji zamówienia, błędna klasyfikacja może bowiem pociągać za sobą szereg naruszeń przepisów.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym określenie głównego przedmiotu zamówienia wymaga ustalenia, osiągnięciu jakiego celu dane zamówienie ma służyć. Decydujące znaczenie ma więc kryterium celu, nie zaś wartość poszczególnych rodzajów zamówienia mieszane. Stanowisko takie jest prezentowane również w orzecznictwie TSUE, który w sprawie o sygn. C-412/04 (Komisja vs Włochy) wskazał, że celem ustalenia, co stanowi główny przedmiot zamówienia mieszane, należy zbadać zasadnicze zobowiązania wykonawcy w ramach zamówienia i przeciwstawić je zobowiązaniom mającym jedynie charakter dodatkowy, poboczny. Wartość poszczególnych świadczeń występujących w ramach zamówienia jest jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę do celów tego ustalenia.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w zastrzeżeniach w znacznej mierze opiera się na twierdzeniu o mniejszej wartości usług z zakresu zagospodarowania zieleni niż robót budowlanych, co – w świetle przepisu art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 oraz poglądów wyrażanych w orzecznictwie – jest niewystarczające do zakwalifikowania zamówienia do kategorii robót budowlanych.

Również argumentacja Zamawiającego odwołująca się do istoty i celu przedmiotowego zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający stwierdził, że celem projektu była *budowa parku miejskiego*, czego jednak nie można utożsamiać z wykonaniem robót budowlanych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że istotę parku miejskiego stanowią tereny zielone i to stworzenie tych terenów jest głównym celem zamówienia. Z kolei cała infrastruktura będąca efektem robót budowlanych ma charakter dodatkowy, podnoszący walory i funkcjonalność terenów zielonych, nie stanowi jednak sama w sobie celu całego zadania.

Biorąc pod uwagę, że park miejski wymaga przede wszystkim zorganizowania terenów zielonych, to za główny cel zamówienia należy uznać wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zielonych, co znajduje potwierdzenie w SIWZ. O ile bowiem park mógłby istnieć przykładowo bez obiektów małej architektury (choć niewątpliwie ujemnie wpływałoby to na jego funkcjonalność), to nie sposób sobie wyobrazić parku bez zagospodarowanych terenów zielonych. Czynności z tym związane bez wątpienia nie stanowią robót budowlanych, ale usługi – i tak powinno zostać zakwalifikowane całe zamówienie.

Odnosząc się natomiast do przywoływanych zarówno przez Zamawiającego, jak i Kontrolującego, stanowisk Instytucji Wdrażającej (uzyskana w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu informacja, że głównym elementem i celem projektu jest usługa nasadzenia zieleni wraz z robotami koniecznymi do ich wykonania w ramach przygotowania terenu pod nasadzenia, a z drugiej strony wskazywane przez Zamawiającego niezakwestionowanie przez Instytucję Wdrażającą dokonanej klasyfikacji zamówienia) wskazać należy, że w każdym przypadku to zamawiający odpowiada za prowadzenie postępowania we właściwej procedurze, a kontrola przeprowadzana przez Prezesa Urzędu jest odrębna od kontroli Instytucji Wdrażającej i ma niezależny do niej zakres przedmiotowy. Tylko prawidłowość ocen dokonanych przez pierwszy z ww. organów kontrolnych podlega opiniowaniu przez Izbę.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, przez stosowanie do przedmiotowego zamówienia przepisów dotyczących robót budowlanych, czego konsekwencją było prowadzenie postępowania jak dla zamówienia nieprzekraczającego tzw. progów unijnych, a tym samym naruszenie kolejnych przepisów wskazanych w informacji o wyniku kontroli.

Ad 3

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona w przez Zamawiającego w zastrzeżeniach nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela powszechnie prezentowany w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że o konieczności łącznego szacowania wartości zamówień przesądzają takie okoliczności, jak: podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia, możliwość udzielenie lub realizacji zamówienia w tym samym czasie oraz możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wszystkie ww. przesłanki zaistniały w rozpoznawanej sprawie. Przedmiot zamówień był rodzajowo tożsamy (zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni), a to, że dotyczył różnych lokalizacji nie ma żadnego znaczenia dla oceny podobieństwa przedmiotowego i funkcjonalnego. Podobnie bez znaczenia z tego

punktu widzenia jest fakt dokonania odrębnych zgłoszeń i uzyskania odrębnych pozwoleń na budowę. O tożsamości czasowej świadczy fakt ujęcia postępowań pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach oraz pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt IV Plac Konstytucji 3 Maja w Pionkach na ten sam rok w planie postępowań oraz wszczęcie postępowań w tym samym roku. Jeśli chodzi natomiast o możliwość wykonania zamówień przez tego samego wykonawcę, to okoliczność ta nie była w zastrzeżeniach kwestionowana.

Za chybiony należy uznać argument, że wobec sukcesywnego zlecenia wykonania projektów budowlanych nie można było określić zakresu prac i wartości zadań, zauważyć bowiem należy, że Zamawiający w momencie wszczęcia pierwszego z postępowań (31 stycznia 2020 r.) dysponował dokumentacją projektowo-kosztorysową, pozwalającą na ustalenie wartości zamówienia dla obu zamówień.

Wobec powyższego Prezes Urzędu zasadnie stwierdził naruszenie przedstawione w punkcie 3 informacji o wyniku kontroli.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....