

Sygn. akt: KIO/KD 9/23

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 26 kwietnia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 27 marca 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Burmistrza Gminy Miasta Pionki, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 16 marca 2023 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.35.2022.JB) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – Park Miejski Błonia w Pionkach – część II,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Członkowie: Przemysław Dzierżędzki

Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes Urzędu” przeprowadził kontrolę doraźną postępowania udzielenie zamówienia publicznego pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: „ustawa Pzp” poprzez niezastosowanie do udzielania zamówienia przepisów dotyczących głównego przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Zamawiający – Gmina Miasto Pionki w toku postępowania o udzielenie zamówienia na Zagospodarowanie i odnowę terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część, przeprowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, wszczętego w dniu 31 sierpnia 2021 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy MARCBUD M. B., dalej: „Marcbud”, a następnie zawarł z tym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego nr IG.272.81.2021 w dniu 28 września 2021 r.

W toku kontroli ustalono, iż Zamawiający zaklasyfikował dane zamówienie pod względem rodzajowym jako roboty budowlane. Powyższe wynika w szczególności z treści pkt 4.1.3. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 31 sierpnia 2021 r., nr 2021/BZP 00164918/01. Stwierdzono także, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia stosował przepisy ustawy Pzp dotyczące robót budowlanych, co potwierdza m.in. fakt umieszczenia w treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) postanowień dotyczących wykonawców oraz podwykonawców odpowiadających dyspozycji przepisu art. 464 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z treścią art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

W toku kontroli ustalono, iż przedmiotowe zamówienie obejmowało co najmniej dwa rodzaje zamówień, tj. usługi oraz roboty budowlane, co wynika w szczególności z treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Rozdziale II SWZ. Tym samym dla ustalenia reżimu prawnego właściwego dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia niezbędne było odwołanie się do dyspozycji przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującej stosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących głównego przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście Prezes Urzędu podkreślił, iż ustalenie głównego przedmiotu zamówienia następuje co do zasady w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy. Jednocześnie uznał, iż przy ustalaniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów, tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 184-185.

Analiza stanu faktycznego sprawy dała podstawę do uznania, iż w rzeczywistości główny przedmiot zamówienia stanowiły usługi, bowiem właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego 2

na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni (Rozdział II pkt 6 SWZ), które to zadanie miało charakter

usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych, określonej w art. 7 pkt 21 ustawy Pzp. Wynikało to bezpośrednio z treści opisu przedmiotu zamówienia, w ramach którego elementy o charakterze robót budowlanych pełniły rolę pomocniczą względem prac związanych z zagospodarowaniem i odnową zieleni sensu stricto i jako takie nie determinują istoty celu umowy. Nie budził wątpliwości fakt, iż realizacja konkretnych robót budowlanych wchodzących w zakres danego zamówienia samodzielnie jakkolwiek technicznie możliwa, w kontekście danego zamówienia warunkowana jest istnieniem związku z usługami stanowiącymi zasadniczy cel zamówienia.

Prezes Urzędu zaznaczył także, 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). W kontekście wzmiankowanego art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, wartościowy udział danego rodzaju zamówienia nie mógł mieć znaczenia przesądzającego dla oceny charakteru danego zamówienia jako całości, a w konsekwencji – dla ustalenia przepisów, które znalazły zastosowanie do jego udzielenia. W tym zakresie stwierdzono, iż do udzielenia zamówienia będącego przedmiotem kontroli powinny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące usług.

Jednocześnie Prezes Urzędu wskazał, 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 z dnia 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), stwierdzając m.in., że „w okolicznościach kontrolowanego zamówienia publicznego, które jak wskazuje analiza opisu przedmiotu zamówienia niewątpliwie miało charakter wielorodajowy, Zamawiający działając zgodnie z dyspozycją art. 5c ust. 1 ustawy Pzp 2004 obowiązany był zastosować do udzielenia zamówienia przepisy właściwe dla rodzaju zamówienia jaki stanowią usługi odpowiadające głównemu przedmiotowi.”

Analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w treści uchwały z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. KIO/KD 36/22 w odniesieniu do prowadzonego przez

Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia pn. Zagospodarowanie i odnowa 3

terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach, wskazując między innymi, iż 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.

W ocenie Prezesa Urzędu uznać należało, iż powyższe konkluzje znajdują zastosowanie także w odniesieniu do stanu faktycznego w ramach sprawy będącej przedmiotem obecnie prowadzonej kontroli o sygn. KND/35/22/DKZP, jak wynika bowiem z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Rozdziale II SWZ, zadanie dotyczy zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w parku miejskim.

Jednocześnie Prezes Urzędu stwierdził, iż wobec faktu ustalenia wartości zamówienia na kwotę 821 485,24 zł netto, tj. na poziomie niższym aniżeli wartość progu unijnego właściwego dla robót budowlanych, określonego w I pkt 1 załącznika do obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 11, dalej: „Obwieszczenie”), tj. 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł, jak również właściwego dla usług, określonego w I pkt 3 załącznika do Obwieszczenia, tj. 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł, niezależnie od kwalifikacji głównego przedmiotu zamówienia jako usług czy też robót budowlanych, do przeprowadzenia danego postępowania o udzielenie zamówienia znajdowałyby zastosowanie przepisy właściwe dla postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne. Przewidziane w ramach ustawy Pzp zróżnicowanie proceduralne sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na rodzaj zamówienia (usługi/roboty budowlane) w ramach tożsamego reżimu stosowania przepisów ustawy Pzp (zamówienie o wartości mniejszej niż progi unijne) nie daje podstaw do uznania, że przedmiotowe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Pismem z 27 marca 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, podnosząc następującą argumentację:

W przekonaniu Zamawiającego, zarzut naruszenia przez Gminę Miasta Pionki, w dalszej części jako „Gmina”, „Zamawiający” lub „Beneficjent”, przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych należało uznać za

bezzasadny. W punkcie wyjścia zauważyć bowiem należało, iż zamówienie publiczne pod nazwą „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach” część II,

którego dotyczyła niniejsza sprawa, stanowiło element szerszego projektu pn. „Zielone Pionki — Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim” współfinansowanego ze środków zewnętrznych. Szczegółowe zasady realizacji przedmiotowego zadania oraz warunki udzielania grantu regulowała umowa o dofinansowanie nr POIS.02.05.00-000192/16-00, zawarta pomiędzy Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, dalej „NFOŚiGW” lub „Instytucja Wdrażająca” oraz Gminą Miasta Pionki, podpisany 20 kwietnia 2018 r. przez poprzedniego Burmistrza Miasta Pionki. Zarówno we wniosku o udzielenie grantu, jak również w samej umowie o dofinansowanie zadanie stanowiące przedmiot niniejszego postępowania od początku zostało zakwalifikowane jako polegające na realizacji robót budowlanych. Stosownie do postanowień kontraktu łączącego Gminę z NFOŚiGW miała ona zrealizować zadanie m.in. zgodnie z „opisem projektu” stanowiącym załącznik nr 7 do umowy o dofinansowanie (por. § 4 ust. 4 pkt 2 umowy). § 4 Zasady realizacji Projektu pkt 4 przewidywał, że Beneficjent zobowiązuje się zrealizować Projekt zgodnie z pkt 2) Opiszem projektu, stanowiącym załącznik do Umowy, określającym m. in. zakres rzeczowy Projektu. Dokument ten został merytorycznie zatwierdzony przez NFOŚiGW oraz ówczesne władze Gminy jako strony umowy i stanowił jej integralną część – w istocie determinując zakres projektu objętego dofinansowaniem oraz jego szczegółowy przedmiot. W ramach opisu projektu jednoznacznie określono, iż przedmiotem „Zadania 4 (Rewitalizacja Parku Miejskiego Błonia przy ul. Niepodległości)”, odpowiadającego przedmiotowo zamówieniu objętemu kontrolą, są roboty budowlane. Burmistrz Miasta Pionki wykonywał projekt zgodnie z postanowieniami zawartej uprzednio umowy o dofinansowanie oraz założeniami, jakie przyjęto w związku z wystąpieniem o udzielenie grantu.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, w przedmiotowym kontekście niezrozumiałe było aktualne stanowisko NFOŚiGW, które z kolei stanowiło podstawę wszczęcia kontroli przez Prezesa UZP, a zgodnie z którym zadanie objęte kontrolą traktować należało jako mające za przedmiot usługi a nie roboty budowlane, gdyż jego głównym celem była realizacja inwestycji związanej z nasadzeniem zieleni. Powyższy pogląd pozostawał jednoznacznie niezgodny z ww. postanowieniami umowy o dofinansowanie, stanowił także przejaw braku konsekwencji ze strony NFOŚiGW, co w dalszej kolejności przekładał się poniekąd na stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji z kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r. Zamawiający podkreślił, iż podczas realizacji projektu i dokonywanych rozliczeń, NFOŚiGW jako instytucja nadzorująca zadanie nigdy nie kwestionowała faktu, iż w ramach projektu realizowane są roboty budowlane, a nie usługi. Podczas wielokrotnych kontroli projektu oraz zawieranych aneksów za każdym razem NFOŚiGW przyjmował bez zastrzeżeń fakt, iż ww. zadanie polega na wykonywaniu robót budowlanych.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że gdyby NFOŚiGW uznał, że umowa o dofinansowanie jest wykonywana z naruszeniem przepisów prawa lub postanowień kontraktowych, to oczywistym było, iż instytucja ta zobligowana byłaby do wezwania Beneficjenta do przywrócenia stanu zgodnego z obowiązującym stanem prawnym lub szczegółowym stosunkiem kontraktowym łączącym strony. Co znamienne w tym kontekście, okoliczności podnoszone aktualnie przez NFOŚiGW były znane tej instytucji od początku realizacji projektu, gdyż wynikały wprost z wniosku o dofinansowanie, zawartej umowy o dofinansowanie oraz dalszej dokumentacji przekazywanej jej na bieżąco w ramach nadzoru nad projektem, a nie np. z ustaleń dokonanych w trakcie kontroli w terenie.

Niezrozumiałym dla Zamawiającego było, iż NFOŚiGW oceniając wniosek o dofinansowanie, w tym biorąc pod uwagę jego funkcjonalne założenia, nie miał wątpliwości co do tego, że przedmiotem zadania jest szerzej rozumiane zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim, w związku z czym ogół prac należało zakwalifikować jako roboty budowlane, co znalazło odzwierciedlenie w zawartej umowie o dofinansowanie, natomiast po czasie, i pomimo braku zmiany stanu faktycznego i prawnego instytucja ta dokonała zupełnie odmiennej oceny w tożsamym zakresie, która to ocena stanowiła z kolei w znacznym stopniu podstawę stanowiska Prezesa UZP wyrażonego w informacji z kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r.

W tym kontekście Zamawiający dodatkowo podkreślił, iż zarówno NFOŚiGW, jak też Prezes UZP (w kontekście oceny innych etapów rozpatrywanego projektu) odmówili Gminie udostępnienia treści ekspertyzy przygotowanej na zlecenie NFOŚiGW, jak też pisma, w którym instytucja ta wskazuje Prezesowi UZP, iż głównym przedmiotem zadania objętego kontrolą było nasadzenie zieleni, tj. usługi, a nie jak było to konsekwentnie przyjmowane uprzednio szerzej rozumiane zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim, które należało kwalifikować jako roboty budowlane. Powyższe, w ocenie Zamawiającego, naruszało standardy proceduralne w zakresie umożliwienia jej rzetelnego odniesienia się do przebiegu kontroli i ustaleń powziętych w jej wyniku, w szczególności w sytuacji, gdy może ona skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Beneficjenta. Wobec powyższego Zamawiający wnosil o udostępnienie jej ww. dokumentów. Zamawiający zauważył, iż przeprowadził on swoistą kwerendę w ramach projektów realizowanych przy współudziale NFOŚiGW, a dotyczących również zagospodarowania zieleni dla działania 2.5 Poprawa jakości środowiska miejskiego, 2. typ projektów: Rozwój terenów zieleni w miastach i ich obszarach funkcjonalnych (na tle dostępnych danych ze stron internetowych). Z analizy powyższej wynikało, iż na ogólną liczbę 169 zadań realizowanych przez Beneficjentów w ramach przedmiotowego działania, co najmniej 87, czyli większość z nich, została zakwalifikowana jako zamówienia obejmujące roboty budowlane. Usługi występowały tylko w 12 przypadkach, natomiast w przypadku pozostałych z opublikowanych dokumentów nie ustalono, jaki rodzaj zamówienia zastosowano. Co istotne znaczna część 6

z projektów realizowanych przez Beneficjentów jako zamówienia o roboty budowlane obejmowało przedmiotowo tożsamy lub bardzo zbliżony zakres prac, jak w przypadku zadania objętego kontrolą, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wielu z nich zadania związane z nasadzeniami zieleni (kwalifikowanymi statystycznie jako usługi) stanowiły o wiele bardziej istotny komponent ilościowy i wartościowy niż w przypadku przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający podkreślił, iż NFOŚiGW nie kwestionował, zgodnie z wiedzą Zamawiającego, w przypadku ww. projektów prawidłowości dokonanej przez beneficjentów kwalifikacji reżimu prawnego dla realizowanych zamówień, mimo iż były one bardzo zbliżone do tego objętego kontrolą (w załączeniu poglądowo wydruk kilku ogłoszeń dot. zamówień o tożsamym charakterze realizowanych w ramach działania 2.5 i zakwalifikowanych jako roboty budowlane oraz pełna lista

projektów w ramach tego działania z opisem rodzaju zamówienia). Przeważająca ilość beneficjentów również potraktowała realizowane zadanie jako polegające na wykonaniu szeroko rozumianego kompleksu infrastrukturalnego w przestrzeni miejskiej i tym samym przyjęła za główny przedmiot zamówienia roboty budowlane jako ten element, który był dominujący zarówno wartościowo, jak również ilościowo i jakościowo. Nie można było bowiem tracić z pola widzenia okoliczności, iż w powszechnym odbiorze zwraca się głównie uwagę na powstanie nowej bazy infrastrukturalnej składającej się z ciągów pieszych, urządzeń, obiektów małej architektury, innych obiektów budowlanych itp., tj. elementów stanowiących efekt wykonania robót budowlanych, których jedynie uzupełnieniem lub ewentualnie równorzędnym elementem są nasadzenia zieleni.

Zamawiający w tym kontekście zauważył, iż zgodnie z art. 27 ust. 1 nowej ustawy Pzp: „Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.” Z perspektywy przedmiotowej normy dla ustalenia reżimu prawnego, jaki należy zastosować w ramach określonego zamówienia wielorodzajowego, kluczowe jest zdefiniowanie, co stanowi jego główny przedmiot. Niniejsze pojęcie normatywne cechuje się jednak swoistą otwartością semantyczną, a tym samym jego rekonstrukcja wymaga analizy o charakterze egzemplarycznym opartej o szereg kryteriów interpretacyjnych, których katalog ma również charakter otwarty. Jak zostało wskazane w komentarzu do art. 27 Pzp zawartym w ramach publikacji "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 193-194: "Główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i cel umowy. Pojęcie "główny przedmiot zamówienia" należy utożsamiać z głównym świadczeniem wykonawcy, natomiast zobowiązania drugorzędne ze świadczeniami ubocznymi.

Świadczenia uboczne mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają. Przy ustaleniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów. (...)

Mając na względzie powyżej wskazane dyrektywy interpretacyjne, Zamawiający podkreślił, że nie można nie dostrzec, iż proces kwalifikacji do określonego reżimu prawnego dot. wyboru rodzaju zamówienia ma charakter w istocie oceny, co szczególnie uwidacznia przykład niniejszej sprawy.

Zamawiający, podobnie jak inni Beneficjenci realizujący tożsame zadania, przyjęła, w ramach procesu kategoryzacji, o której mowa w art. 27 ustawy Pzp, 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 stricte budowlane, natomiast nasadzenia zieleni tworzyły jedynie niewielką część tej infrastruktury i to zarówno na poziomie ilościowym (w rozumieniu zakresu prac) oraz wartościowym. Jak wynika z opisu projektu, jego celem była poprawa jakości środowiska miejskiego prowadząca do poprawy jakości życia mieszkańców Pionek. Nie można jednak tego złożenia ograniczyć do czystego przyjęcia, iż wykonanie zadania stanowiło jedynie proste poprawienie jakości istniejącej przestrzeni obejmującej tereny zielone, gdyż 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 statystycznej i normatywnej jako usługi, posiadał relatywnie niewielki udział (wartościowy) w całości prac, a resztę robót (w tym przygotowanie terenu pod nasadzenia) należało potraktować jako roboty budowlane i to one stanowiły zasadniczą część zadania, na które został wykonany Projekt budowlany.

Zamawiający wskazał, iż w ramach przedmiotowego zamierzenia przewidziane były do realizacji następujące zadania:

- 1) budowa nowych ciągów pieszych z nawierzchni przepuszczalnej,
- 2) elementy małej architektury: kosze na śmieci z segregacją, ławki parkowe, tablica informacyjna, stojaki dla rowerów,
- 3) nasadzenia roślinne, zakładanie trawnika,
- 4) sieć elektryczna - oświetlenie terenu,
- 5) przyłącza wodociągowe — instalacja nawadniająca terenu.

Zamawiający potraktował dokonanie nasadzeń zieleni jako usługi, resztę robót (w tym przygotowanie terenu pod nasadzenia) jako roboty budowlane i to tego rodzaju roboty stanowiły, w jego przekonaniu, główny przedmiot zamówienia wobec ich zdecydowanej przewagi na poziomie ilościowym i wartościowym.

Zamawiający wskazał, iż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, objętego planowanym zamówieniem publicznym, została przyjęta na podstawie kosztorysów inwestorskich:

Lp.	Nazwa opracowania	Data opracowania	Wartość netto [zł]
1.	Kosztorys inwestorski (roboty budowlane, zieleni)	19.03.2021 r.	782.934,52

2.	Kosztorys inwestorski (roboty elektryczne)	21.04.2021 r.	38.550,72
Razem:			821.485,24 zł

W kosztorysie inwestorskim (branża budowlana), pozycje kosztorysowe od nr 16 do 51, 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 i budowy elementów małej architektury. Wartość usług związana z nasadzeniami zieleni, wg kosztorysu inwestorskiego, to 132 465,28 zł wg nw. zestawienia:

Dział 1.1. (pozycja w kosztorysie: 16 - 19) – 42.658,24 zł – 5,19%

Dział 1.2. (pozycje w kosztorysie: 20 - 21) – 14.297,04 zł – 1,74%

Dział 1.3. (pozycje kosztorysowe: 22 - 32) – 61.077,63 zł – 7,43%

Dział 1.4. (pozycje kosztorysowe: 33 - 51) – 14.432,37 zł – 1,76%

Z powyższego zestawienia wynikało, że usługi związane z nasadzeniami zieleni, stanowią 16,12% wartości wszystkich prac.

Bezsporny był więc fakt, iż w zadaniu objętym kontrolą roboty budowlane mają zdecydowanie 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). Odnosnie zaś kryterium celu zamówienia, zdecydowanym celem zamówienia było wykonanie nowego zagospodarowania przestrzeni miejskiej, tj. zarówno zaprojektowanej od nowa infrastruktury (wykonywanej na całym zagospodarowanym obszarze od podstaw), jak też nasadzeń zieleni, przy czym stanowiły one jedynie element wykończeniowy, po przeprowadzeniu wcześniejszych prac budowlanych. Należy zauważyć, że urządzenie terenów zielonych jest procesem złożonym i nie sprowadza się jedynie do fizycznego włożenia rośliny w grunt lub rozrzucenia ziaren w grunt (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. Oczyszczenie 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 9

typowymi robotami budowlanymi ziemnymi i mają decydujące znaczenie przy końcowych efektach nasadzenia zieleni i zagospodarowania terenów zieleni.

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, stanowiły jedynie niewielką część realizowanej inwestycji.

Zamawiający wskazał, że na zadanie został wykonany Projekt budowlany, na podstawie którego Gmina Miasto Pionki zgłosiła wykonanie robót budowlanych do Starostwa Powiatowego w Radomiu bez zastrzeżeń. Przeprowadzając więc prawidłową -opartą o zasady logicznego rozumowania — ocenę wszystkich części składowych przedmiotowego zamówienia uznać należy, że konieczność uzyskania pozwolenia na budowę na prace budowlane, stanowiące ponad 80 % wartości całego zamówienia, musi przesądzać o tym, że udzielenie przedmiotowego zamówienia należało oprzeć o przepisy regulujące udzielanie zamówień na roboty budowlane.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w informacji z kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r., zgodnie z którym zamówienie polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zielonych ma charakter usługowy. Wyprowadzenie takiego wniosku wynikało prawdopodobnie

z nadmiernie uwypuklonego kryterium nominalno-teleologicznego (celowościowego), tj. odniesienia się głównie do nazwy projektu „odnowa terenów zielonych” oraz wskazanych przez NFOŚiGW założeń dla projektu wynikających z kolei z ogólnych założeń dla całego działania 2.5 Poprawa jakości środowiska miejskiego, 2. typ projektów: Rozwój terenów zieleni w miastach i ich obszarach funkcjonalnych. Gdyby ten czynnik uznać za decydujący, to realizacja wszystkich 169 zadań w ramach przedmiotowego działania winna być zakwalifikowana jako usługi, co nie miało miejsca, gdyż co najmniej 87 z nich było realizowanych jako roboty budowlane przy pełnej akceptacji NFOŚiGW. Przyjęcie założenia, że zadanie objęte kontrolą wyłącznie ze względów na ogólne założenia projektu winno być usługą, przy całkowitym pominięciu czynnika ilościowego i wartościowego stwarza precedens, który może prowadzić do sytuacji, gdzie określone działanie na poziomie państwa członkowskiego jest w przeważającym stopniu wykonane z naruszeniem prawa, co przede wszystkim rzuca się cieniem na funkcjonowanie instytucji państwa członkowskiego jako takich, a w szczególności właściwej Instytucji Wdrażającej odpowiadającej za walidację nadzorowanych projektów. Zamawiający wskazał przykładowo, że w ramach przedmiotowego projektu roboty budowlane o podobnym zakresie prac realizowały np.: 10

Miasto Ruda Śląska, Gmina Miasto Pruszków, Gmina Miasto Jawor, Gmina Międzyzdroje, Gmina Gryfino. itd.

W tym kontekście Zamawiający zwrócił się do Prezesa UZP o wykonanie we własnym zakresie kwerendy obejmującej zamówienia w ramach realizacji projektów dla działania 2.5 Poprawa jakości środowiska miejskiego, 2. typ projektów: Rozwój terenów zieleni w miastach i ich obszarach funkcjonalnych i uwzględnienie w ramach swojej oceny okoliczności, iż większość beneficjentów wykonujących zadania posiadające tożsamą podstawę funkcjonalną (na poziomie założeń działania 2.5) oraz bardzo zbliżony zakres przedmiotowy również wykonywało je jako roboty budowlane. Mając na względzie ocenny charakter kryteriów zawartych w ramach art. 27 ustawy Pzp nie można było, w przekonaniu Zamawiającego, jednoznacznie zakwestionować takiej kategorii.

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

W kontekście argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego zasadnym było podtrzymanie zarzutu naruszenia art. 27 ust. 1 ustawy Pzp wraz z uzasadnieniem wskazanym w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r.

Prezes Urzędu podkreślił, iż właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni (Rozdział II pkt 6 SWZ), które to zadanie ma charakter usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych, określonej w art. 7 pkt 21 ustawy Pzp. Wynikało 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 determinowały istoty celu umowy. Nie budził wątpliwości fakt, iż realizacja konkretnych robót budowlanych wchodzących w zakres danego zamówienia samodzielnie jakkolwiek technicznie możliwa, w kontekście danego zamówienia warunkowana jest istnieniem związku z usługami stanowiącymi zasadniczy cel zamówienia.

Powyższe stanowisko znalazło swoje potwierdzenie w interpretacji przedstawionej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniący 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, która to interpretacja została powołana w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r.

W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego dotyczącego nieudostępnienia treści wniosku o wszczęcie kontroli skierowanego do Urzędu Zamówień Publicznych przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Prezes Urzędu wskazał, iż w związku z kontrolą doraźną o sygn. KND/210/21/DKZP dotyczącą postępowania

o udzielenie zamówienia pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II wchodzącego w skład tożsamego projektu pn. Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16, pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. Zamawiający został poinformowany, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a) tiret drugie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902), informacją publiczną są dokumenty urzędowe w postaci dokumentacji przebiegu i efektów kontroli oraz wystąpienia, stanowiska, wnioski i opinie podmiotów je przeprowadzających. Tym samym wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej nie stanowi informacji publicznej, a w konsekwencji został stwierdzony brak podstawy prawnej do udostępnienia wniosku o wszczęcie kontroli. Prezes urzędu podkreślił, iż przedstawiona przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej kluczowa teza została zacytowana w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r., przy czym zaznaczył, iż informacja uzyskana od tego podmiotu stanowiła jedynie element o charakterze subsydiarnym dla kompleksowej oceny stanu faktycznego w kontekście treści przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp dokonanej w toku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu. Jednocześnie Prezes Urzędu wskazał, iż nie posiada „ekspertyzy przygotowanej na zlecenie NFOŚiGW”, która stanowiłaby dokument odrębny od wniosku o wszczęcie kontroli skierowanego przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej do Prezesa Urzędu.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do relacji wartości poszczególnych czynności realizowanych w toku wykonywania zamówienia, Prezes Urzędu przywołał podniesiony już w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r. argument, iż 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.

Jednocześnie za Informacją o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r. Prezes Urzędu zaznaczył, że w zbliżonym stanie faktycznym, w związku z prowadzonymi przez Zamawiającego innymi postępowaniami o udzielenie zamówienia w ramach projektu pn. Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16, Krajowa Izba Odwoławcza w uchwałach z dnia 20 października 2022 r., sygn. KIO/KD 28/22 oraz z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. KIO/KD 36/22 nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego względem zawartych w treści informacji o wyniku kontroli doraźnej zarzutów w zakresie kwalifikacji rodzajowej danych zamówień.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

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 była ocena tego stanu faktycznego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że ocena stanu faktycznego dokonana przez Prezesa Urzędu jest prawidłowa.

Bezsporne w przedmiotowej sprawie było, 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. 27 ust. 1 ustawy Pzp – przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.

Główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy ich właściwy przedmiot i cel umowy. Przy ustaleniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy brać również pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów. Stanowisko takie jest prezentowane 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.

Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego sformułowane w zastrzeżeniach od wyniku kontroli opierało się przede wszystkim na argumentach dotyczących relacji ilości i wartości zadań o cechach usług do ilości i wartości zadań o cechach robót budowlanych. W ocenie Zamawiającego zasadniczym celem zamówienia było wykonanie nowego zagospodarowania przestrzeni miejskiej, tzn. zaprojektowanej od nowa infrastruktury (wykonywanej na całym zagospodarowanym obszarze od podstaw), jak też nasadzeń zieleni, przy czym nasadzenia stanowiły jedynie element wykończeniowy, po przeprowadzeniu wcześniejszych prac budowlanych.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego koncentrujące się na mniejszej ilości i wartości usług zagospodarowania zieleni oraz większej ilości i wartości robót budowlanych zamówienia, w świetle przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp oraz poglądów

wyrażanych w orzecznictwie jest niewystarczające, aby zamówienie zakwalifikować

do kategorii robót budowlanych.

Ponadto Izba stwierdza, że powyższe stanowisko pozostaje w sprzeczności określeniem przedmiotu postępowania jako: „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – Park Miejski Błonia w Pionkach – część II” oraz informacją zawartą w piśmie Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej – Instytucji Wdrażającej projekt pn. „Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim”, nr POIS.02.05.00-00-0192/16 z 30 maja 2022 r.: „najważniejszą częścią 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)”.

W tym miejscu Izba przywołuje trafne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące istoty i celu tożsamego przedmiotu zamówienia: pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach, wyrażone w uchwale z 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 36/22: „Nie ulega wątpliwości, że istotą 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 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 wpływałby 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.”

Izba wskazuje, że kwalifikacja przez Zamawiającego większości zadań związanych z urządzeniem terenów zielonych, zwłaszcza związanych z nasadzeniem zieleni i zagospodarowaniem terenów zieleni jako robót budowlanych wynika z dużym prawdopodobieństwem z błędnej kwalifikacji tych zadań, jako robót budowlanych ziemnych. Zgodnie ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażonym w wyroku z 5 listopada 2003 r., sygn. akt IV SA 1131/02, niwelacja terenu oraz jego podwyższenia i wyrównania nie zaliczają się do robót budowlanych zatem nie podlegają prawu budowlanemu, mimo tego mogą być oceniane jako prace naruszające stosunki wodne.

Robotami budowlanymi są wyłącznie te prace (działania), które odnoszą się do obiektów budowlanych lub ich części.

Odnosząc się natomiast do przywoływanego przez Zamawiającego braku kwestionowania przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej jako Instytucję Zarządzającą faktu, iż w ramach projektu realizowane były roboty budowlane podkreślić należy, że kontrola przeprowadzana przez Prezesa Urzędu jest kontrolą odrębną od kontroli przeprowadzanej przez Instytucję Wdrażającą i posiada inny zakres przedmiotowy. Zamawiający odpowiada za prowadzenie postępowania we właściwej procedurze. Tylko prawidłowość ocen dokonanych przez pierwszy z ww. organów kontrolnych podlega opiniowaniu przez Izbę.

Jak podkreślił Prezes Urzędu w przedmiotowej sprawie wobec faktu ustalenia wartości zamówienia na kwotę 821 485,24

zł netto, tj. na poziomie niższym aniżeli wartość progu unijnego właściwego dla robót budowlanych, określonego w I pkt 1 załącznika do obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 11, dalej: „Obwieszczenie”), tj. 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł, jak również właściwego dla usług, określonego w I pkt 3 załącznika do Obwieszczenia, tj. 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł, niezależnie od kwalifikacji głównego przedmiotu zamówienia jako usług czy też robót budowlanych, do przeprowadzenia danego postępowania o udzielenie zamówienia znajdowałyby zastosowanie przepisy właściwe dla postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne. Przewidziane w ramach ustawy Pzp zróżnicowanie proceduralne sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na rodzaj zamówienia (usługi/roboty budowlane) w ramach tożsamego reżimu stosowania przepisów ustawy Pzp (zamówienie o wartości mniejszej niż progi unijne) nie dało podstaw do uznania, że przedmiotowe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe okoliczności należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, przez stosowanie do przedmiotowego zamówienia przepisów dotyczących robót budowlanych.

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

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

Przewodniczący: