Sygn. akt: KIO/KD 28/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 20 października 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 września 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Gmina Miasto Pionki – Urząd Miejski Pionki dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 września 2022 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Członkowie:

Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO/KD 28/22

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [dalej także jako „Prezes Urzędu" lub „Kontrolujący"] na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm. dalej jako „ustawa Pzp"] przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Miasto Pionki – Urząd Miasta Pionki [dalej jako „Zamawiający"] na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004"] poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MARCBUD M. B. pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny;

2. art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, a w konsekwencji:

a) naruszenie art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

b) naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego aniżeli 35 dni;

c) naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 10-dniowego terminu od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;

d) naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

3. art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania.

Ad. 1

Kontrolujący w toku kontroli ustalił, że w pkt 12.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał, iż 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 w treści pkt 12.11 SIWZ Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe określenie stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie określił samodzielnie stawki podatku VAT dla zadań wchodzących w zakres danego zamówienia.

W treści pkt 1 oferty wykonawca Marcbud zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości 2 587 744,52 zł, wskazując jednocześnie, iż wynagrodzenie powyższe jest naliczone łącznie z podatkiem VAT w wysokości 23%.

Jak ustalono, w treści Rozdziału III SIWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, wskazując m.in.:

W ramach przedmiotowego zamierzenia przewiduje się realizację następujących zadań:

1) ciągi piesze z nawierzchni żwirowo-żywicznej;

2) ciągi piesze i plac apelowy z nawierzchni betonowej półprzepuszczalnej;

3) nawierzchnie z barwionego w masie betonu;

4) wykonanie pomnika z ławką na kształt płyty winylowej;

5) obszar rekreacyjny;

6) oświetlenie terenu;

7) nawierzchnie na placu zabaw oraz na torze do gry w tzw. „bule”;

8) ogrodzenie placu zabaw;

9) ogrody tematyczne;

10) relokacja istniejącego pomnika i słupa ogłoszeniowego;

11) monitoring.

3. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż nw. wyposażenia:

1) kosze na odpady;

2) ławki parkowe bez oparć;

3) ławki parkowe z oparciami;

4) stojaki na rowery;

5) tablice gatunkowe;

6) domki dla owadów;

7) szachy terenowe;

8) źródełka wody pitnej;

9) wyposażenie placu zabaw.

4. W zakres projektowanej infrastruktury wchodzą:

1) uzbrojenie terenu (oświetlenie);

2) monitoring;

3) zagospodarowanie terenu.

4. Zieleń

1) Prace pielęgnacyjne - prace te polegać będą głównie na cięciach sanitarnych koron drzew (usunięciu suszu i gałęzi z objawami chorobowymi) oraz na proporcjonalnym formowaniu koron tych drzew.

2) Zabezpieczenie drzew na czas budowy

3) Roboty przygotowawcze - karczowanie drzew, wywożenie karpin, gałęzi, zanieczyszczeń i odpadów organicznych, zdjęcie ziemi urodzajnej, plantowanie powierzchni gruntu itp.

4) Na przeznaczonym obszarze zaprojektowano roślinność niską, średnią i wysoką w formach liściastych

5) 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.

* Wstępny okres wegetacyjny – obejmujący 60 dni – od czasu końcowego odbioru wykonanych prac. W okresie tym powinno nastąpić intensywne podlewanie, odchwaszczanie, nawożenie, przycinanie, formowanie tak by roślina miała odpowiednie warunki do przyjęcia i wzrostu. W wypadku wysiewu trawy okres ten obejmuje przyjęcie się i utrzymanie nawierzchni trawiastej na całej powierzchni trawnika – Zamawiający oczekuje że trawa przyjmie się na minimum 85% powierzchni nowo zakładanego trawnika. Po wschodzie trawy i osiągnięciu przez nią wysokości 5-8 cm wykonać wałowanie gleby, wstępne koszenie i inne niezbędne prace pielęgnacyjne.

5. Na terenie skweru zaprojektowano:

1) 66 szt. drzew liściastych

2) 1 376 szt. krzewów liściastych >0,4m

3) 145 szt. krzewów iglastych >0,4m

4) 12 124 szt. krzewów okrywowych, krzewinek i pnączy

5) 876 szt. roślin żywopłotowych (krzewy)

6) 8 838 szt. bylin, traw ozdobnych i roślin zielnych

Jak wynika z treści załącznika nr 3 do SIWZ pn. Projekt budowlano-wykonawczy „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" - obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach", w zakres zamówienia wchodzą m.in. działania takie jak:

- usunięcie i wywiezienie nawierzchni betonowych i asfaltowych wraz z podbudową;
- usunięcie i wywiezienie elementów małej architektury;
- usunięcie latarni;
- relokacja historycznego pomnika/obelisku oraz słupa ogłoszeniowego;
- zdjęcie wierzchniej warstwy humusu (nawierzchnie piesze, plac zabaw, tor do gry w „bule");
- wykopy pod nawierzchnię żwirowo-żywiczną;
- wykopy pod nawierzchnię z płyt betonowych;
- wykopy pod nawierzchnię z kostki betonowej;
- wykopy pod nawierzchnię z betonu barwionego;
- wykopy pod plac zabaw;
- wykopy pod tor do gry w „bule";
- montaż elementów małej architektury (ławki, stojaki na rowery, kosze na odpady, tablice gatunkowe, domki dla owadów, stoliki do gry w szachy, źródełka wody pitnej). Ponadto w zakres zamówienia wchodzą m.in. działania takie jak:
- ogrody tematyczne;
- nasadzenia roślinności w postaci drzew, krzewów i bylin.

Prezes Urzędu wskazał, iż jak podkreśla się w orzecznictwie sądowym, 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 ZamPublU, 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 – Izba Cywilna z dnia 20 października 2011 r., sygn. III CZP 52/11).

W kontekście oceny prawidłowości stawki VAT przyjętej przez wykonawcę Marcbud w ofercie złożonej w ramach kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia zauważył, iż pomimo zakwalifikowania przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10 października 2019 r. nr 595558-N-2019 (pkt II.2) przedmiotowego zamówienia jako robót budowlanych, analiza zakresu przedmiotowego zamówienia daje podstawę do uznania, iż 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 4 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm. – w brzmieniu aktualnym na dzień upływu terminu składania ofert), dalej zwanej „ustawą VAT".

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%.

Zagadnienie wyboru prawidłowej stawki podatku VAT w odniesieniu do sytuacji, w której przedmiot zamówienia łączy elementy robót budowlanych, do których stosuje się stawkę podstawową, z usługami obejmującymi zagospodarowanie zieleni opodatkowanymi stawką obniżoną w zbliżonym stanie faktycznym zostało omówione w treści pisma Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 września 2019 r. (sygn. 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM), gdzie 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. Obniżoną do 8% stawkę podatku VAT można zastosować także do tych czynności, które stanowią drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, a które mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0. Natomiast roboty budowlane, roboty drogowe, zakup i montaż tzw. małej architektury powinny być wyłączone z kompleksowej usługi i opodatkowane stawką podstawową. Zatem w tym przypadku jedynie do usług wymienionych w realizowanym projekcie a związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni sklasyfikowanych pod symbolem PKWiU 81.30.10.0 - "Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni", mieszczących się w poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy zastosowanie znajdzie stawka podatku VAT w wysokości 8%. Natomiast – jak słusznie wskazano – czynności (roboty budowlane, położenie nawierzchni oraz montaż elementów małej architektury i obsługa geodezyjna) wymienione w pkt b) opisu sprawy, dla których ze względu na ich charakter stawka obniżona nie ma zastosowania, należy zastosować podstawową stawkę podatku w wysokości 23%, w myśl art. 41 ust. 1 ustawy.

Zdaniem Prezesa Urzędu uznać należy, iż również w postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem kontroli doraźnej cena ofertowa przedstawiona przez wykonawców powinna uwzględniać zróżnicowanie stawek podatku VAT z uwagi na odmienną klasyfikację podatkową poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia.

Jednocześnie Kontrolujący ustalił, iż w treści pkt 1 formularza oferty wykonawca Marcbud zadeklarował, iż wynagrodzenie powyższe jest naliczone łącznie z podatkiem VAT w wysokości 23%. Analogicznie również w treści dołączonego do oferty kosztorysu ofertowego wykonawca Marcbud zastosował jedną stawkę podatku VAT na poziomie 23%

dla wszystkich zadań wchodzących w zakres zamówienia. Podkreślał, iż w późniejszym postępowaniu pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach" przeprowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasto Pionki, którego przedmiot również obejmował zarówno zadania klasyfikowane jako roboty budowlane, a także zadania klasyfikowane jako usługi zagospodarowania zieleni, wykonawca Marcbud w treści formularza oferty zaoferował stawki podatku VAT 8% i 23% (oferta wykonawcy nie została wybrana jako najkorzystniejsza). Z kolei w postępowaniu pn. „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część" przeprowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasto Pionki, w którym również przewidziano zadania klasyfikowane jako roboty budowlane, a także zadania klasyfikowane jako usługi zagospodarowania zieleni, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Marcbud, zawierającą stawki podatku VAT 8% oraz 23%.

W odniesieniu do przedstawionej w toku kontroli argumentacji Zamawiającego dotyczącej samodzielnego ustalania przez wykonawców stawki podatku VAT należy wskazać, iż nawet w sytuacji zobowiązania przez Zamawiającego wykonawców do wskazania stawki podatku VAT w treści oferty, 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, co znajduje swoje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. KIO 3462/20). 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.

Ponadto Prezes Urzędu nie podzielił argumentacji Zamawiającego wskazującej 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. Wskazał, iż Zamawiający wyraźnie wyodrębnił w ramach Rozdziału III SIWZ, z uwzględnieniem treści załącznika nr 3 do SIWZ oraz kosztorysu inwestorskiego, zadania polegające na wykonaniu robót budowlanych od zadań o charakterze usługi zagospodarowania

zieleni, analogicznie wyodrębnienia takiego dokonał wykonawca Marcbud w treści załączonego do oferty kosztorysu ofertowego. Analiza opisu przedmiotu zamówienia daje podstawę do stwierdzenia, iż 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.

Kontrolujący wskazał, iż problematyka łączenia zadań o charakterze robót budowlanych z zadaniami w zakresie usług zagospodarowania zieleni w kontekście prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT była przedmiotem analizy dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2076/20, w którym skład orzekający KIO wskazał na zachodzenie braku powiązania pomiędzy świadczeniami w zakresie zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, co daje z kolei podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju czynności. Uznać należy, biorąc pod uwagę wyżej wskazane ustalenia stanu faktycznego, iż z analogicznym przypadkiem mamy do czynienia w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli.

W opinii Prezesa Urzędu nie mogą podlegać uwzględnieniu także argumenty Zamawiającego odnoszące się do kwestii, iż 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 wykonawcy Marcbud, gdyż przy zastosowaniu stawki obniżonej cena oferty byłaby niższa, co ostatecznie nie zmieniłoby kolejności w rankingu ofert. Należy podkreślić, iż nowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność uznawania błędnie zastosowanej stawki podatku VAT za błąd w obliczeniu ceny niezależnie od wysokości tejże stawki. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. KIO 2933/20 doprecyzowano, iż zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć 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. Analogiczne stanowisko przedstawiono m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2021 r., sygn. KIO 2652/21.

Ponadto, zdaniem Kontrolującego, nie może zostać uznaną za przesądzającą o prawidłowości zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23% Interpretacja indywidualna z dnia 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, iż 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. Kontrolujący zaznaczył, iż 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 jak wynika z treści pisma Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 14 lutego 2022 r. nie było przedmiotem oceny dokonanej przez ten organ.

Kontrolujący podkreślał, iż 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 Marcbud 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.

W opinii Prezesa Urzędu przyjąć należy, iż 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%. Uznano, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Marcbud, pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Marcbud, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu.

Ad. 2

Kontrolujący ustalił, iż w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający stosował przepisy właściwe dla rodzaju zamówienia jaki stanowią roboty budowlane. Powyższe wynika m.in. z treści pkt II.2) ogłoszenia o zamówieniu nr 595558-N-2019 z dnia 10 września 2019 r. zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, jak również z wyjaśnień Zamawiającego przekazanych w toku kontroli m.in. pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 21 czerwca 2022 r.). W związku z powyższym, 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, iż wartość

zamówienia ustalona przez Zamawiającego na 2 436 097,14 zł (564 996,90 euro) (potwierdzone treścią pkt 2 ppkt 4 protokołu postępowania, jak również treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2022 r.) nie osiągnęła kwoty

określonej w treści §1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479, dalej także „Rozporządzenie") w związku z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004, w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. kwoty 5 548 000 euro.

W toku kontroli ustalono, iż przedmiotowe zamówienie udzielane na zasadach ogólnych obejmowało co najmniej dwa rodzaje zamówień, tj. dostawy oraz roboty budowlane, co wynika w szczególności z treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Rozdziale III SIWZ, jak również zostało potwierdzone przez Zamawiającego w treści wyjaśnień z dnia 21 czerwca 2022 r. Tym samym uznać należy, iż 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 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 uznać należy, iż przy ustalaniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów[1].

Zdaniem Kontrolującego analiza przedmiotowego stanu faktycznego daje podstawę do uznania, iż w rzeczywistości główny przedmiot zamówienia stanowiły usługi. Podkreślał, iż właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni (Rozdział III pkt 1 SIWZ), które to zadanie ma charakter usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych określonych w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp2004. Wynika to bezpośrednio z treści opisu przedmiotu zamówienia, w ramach którego elementy o charakterze robót budowlanych pełnią rolę pomocniczą względem prac związanych z zagospodarowaniem i odnową zieleni sensu stricto i jako takie nie determinują istoty celu umowy. 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 oraz kosztorysu inwestorskiego, 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. Zdaniem Prezesa Urzędu nie budzi 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.

Kontrolujący wskazał, iż wniosku tego nie zmienia fakt uzyskania przez Zamawiającego zaświadczenia starosty o braku sprzeciwu na wykonanie robót budowlanych, zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 21 czerwca 2022 r., bowiem istotą zamówień tzw. mieszanych, których dotyczy regulacja art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, jest łączenie zamówień spośród co najmniej dwóch rodzajów, co oznacza, iż jakkolwiek w skład zamówienia mogą wchodzić roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.), 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 Pzp2004 dla samego postępowania o udzielenie zamówienia, co jest istotą regulacji art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004. 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).

Podkreślono, że w niniejszej sprawie nie może znaleźć zastosowania przywołana przez Zamawiającego w toku kontroli argumentacja dotycząca wykładni treści art. 6 ustawy Pzp2004 z uwagi na fakt, iż przepis ten nie obowiązywał już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazano, iż sposób określania reżimu prawnego ustawy Pzp2004 dla zamówień tzw. mieszanych, łączących dwa lub więcej rodzajów zamówienia, określa art. 5c ustawy Pzp2004. Tym samym zauważano, iż w kontekście wzmiankowanego 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. W tym zakresie uznać należy, iż do udzielenia zamówienia będącego przedmiotem kontroli powinny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące usług.

Ad. 2 lit. a)

Kontrolujący stwierdził, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego przekroczyła kwotę określoną w treści §1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia w związku z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004, co stosownie do treści art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004 obligowało Zamawiającego do przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, czego Zamawiający zaniechał. Tym samym uznano, że poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Zamawiający naruszył art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej mógł mieć istotny wpływ na liczbę wykonawców, którzy posiadali wiedzę o

wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia a w konsekwencji – wpływ na konkurencyjność w postępowaniu.

Ad. 2 lit. b)

Kontrolujący w toku kontroli ustalił, że w treści pkt 11.1 SIWZ Zamawiający określił termin składania ofert na dzień 25 września 2019 r. Jednocześnie z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, należy przyjąć, iż termin składania ofert należy w odniesieniu do danego postępowania liczyć od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, co nastąpiło w dniu 10 września 2019 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 uznano, że poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego aniżeli 35 dni, Zamawiający naruszył art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem krótszy aniżeli wymagany termin składania ofert mógł mieć wpływ na decyzję potencjalnych wykonawców o przygotowaniu i złożeniu oferty w postępowaniu.

Ad. 2 lit. c)

Kontrolujący w toku kontroli ustalił, że Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środka komunikacji elektronicznej (e-mail) w dniu 4 października 2019 r., co potwierdza treść pkt 21 pkt 1 protokołu postępowania oraz treść dokumentacji postępowania dostępnej Kontrolującemu.

Jednocześnie stwierdzono, iż Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 14 października 2019 r.

Biorąc pod uwagę treść art. 111 §1 i 2 Kodeksu cywilnego (t. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp2004, konkretyzacja dyspozycji art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 w odniesieniu do stanu faktycznego kontrolowanego postępowania skutkuje uznaniem, iż Zamawiający mógł zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego najwcześniej w dniu 15 października 2019 r. Należy zauważyć, iż treść art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 skorelowana jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Oznacza to, iż odwołujący mógłby wnieść odwołanie, którego podstawą byłaby czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jeszcze w 10-tym dniu okresu od dnia przesłania informacji o tej czynności. Tym samym dopuszczenie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w tym samym dniu, w którym odwołującemu przysługuje jeszcze uprawnienie do wniesienia odwołania, byłoby sprzeczne z ratio legis regulacji art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, której celem było zapobieżenie potencjalnym nieodwracalnym skutkom udzielenia zamówienia w sytuacji, gdyby odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty zostało uwzględnione. Tym samym uznano, że poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 10-dniowego terminu od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający naruszył art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 2 lit. d)

Kontrolujący w toku kontroli ustalił, że Zamawiający zaniechał przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zamieszczając to ogłoszenie wyłącznie w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr 510220042-N-2019 z dnia 16 października 2019 r.).Tym samym uznano, że poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Zamawiający naruszył art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 3

Kontrolujący w toku kontroli ustalił, iż Zamawiający oprócz postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem kontroli tj. postępowania na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach, przeprowadził w roku 2019 postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach – nasadzenia

zieleni (nr ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP): 533803-N-2019 z dnia 4 kwietnia 2019 r.) zakończone wyborem wykonawcy oraz udzieleniem

zamówienia stosownie do treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego w BZP pod numerem 510089624-N-2019 z dnia 9 maja 2019 r. Stwierdzono także, iż w zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego planie postępowań o udzielenie zamówień przewidzianych do przeprowadzenia w roku 2019[2], oba postępowania zostały uwzględnione odpowiednio pod numerami 3 oraz 5 tabeli. Jednocześnie po analizie wyjaśnień Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 21 czerwca 2022 r., jak również na podstawie treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli stwierdzono, iż 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 na podstawie wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli ustalono, iż wartość zamówienia na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach, została ustalona na 2 436 097,14 zł, podczas gdy wartość zamówienia udzielanego w ramach postępowania pn. Zagospodarowanie i odnowa

terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach – nasadzenia zieleni została ustalona na 178 456,34 zł.

Prezes Urzędu wskazał, iż jak podkreślono w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej[3]”, 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.

W odniesieniu do tożsamości czasowej nie budzi wątpliwości fakt, iż zamówienia te mogły być udzielone w jednym czasie z uwagi na przewidzenie ich udzielenia przez

Zamawiającego w planie postępowań na ten sam rok oraz faktyczne przeprowadzenie postępowania i udzielenie ich w danym roku.

W odniesieniu do tożsamości podmiotowej ustalono, iż w obu postępowaniach jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę był wykonawca SORTED Sp. z o.o., co daje podstawę do uznania, iż istniała możliwość wykonania obu zamówień przez jednego wykonawcę.

W odniesieniu zaś do tożsamości przedmiotowej Kontrolujący podkreślał, iż zakres przedmiotowy obu zamówień obejmował zadania polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni związane z przeprowadzeniem nasadzeń zieleni. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości fakt, iż zakres zamówienia w postępowaniu na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach był ponadto szerszy w tym względzie, iż obejmował także pewne elementy robót budowlanych dotyczące infrastruktury, należy jednak wziąć w tym zakresie pod uwagę ustalenia zawarte w Ad 2) niniejszej Informacji o wyniku kontroli, z których wynika, iż roboty te pełniły rolę pomocniczą względem prac związanych z zagospodarowaniem i odnową zieleni. Jednocześnie nie bez wpływu pozostaje fakt, iż jak wynika z analizy informacji zawartych na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający wyodrębnił i przeprowadził w roku 2018 postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach – bez zagospodarowania terenów zieleni (nr ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 644935-N-2018 z dnia 6 listopada 2018 r.), obejmujące roboty budowlane w zakresie infrastruktury. Daje to podstawę do uznania, iż w sensie przedmiotowym i funkcjonalnym zamówienia będące przedmiotem odpowiednio postępowania na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach jak i postępowania pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach – nasadzenia zieleni, 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.

Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe ustalenia dają podstawę do uznania, iż zamówienie na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach oraz zamówienie pn. Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach – nasadzenia zieleni stanowiły w rzeczywistości części jednego zamówienia, z których każda stanowiła przedmiot

odrębnego postępowania. Tym samym stwierdzono, iż poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania, Zamawiający naruszył art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 20 września 2022 r. złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o naruszeniu ww. przepisów ustawy Pzp.

Ad.1

W zakresie naruszenia stwierdzonego w punkcie 1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie dotyczyło wykonania zagospodarowania i odnowy terenów zielonych w krajobrazie miejskim. Na przedmiot postępowania składały się zarówno roboty budowlane (na które uzyskano stosowne pozwolenie na budowę) oraz usługi. Skumulowanie w ramach jednego postępowania świadczeń wykonawcy, polegających na realizacji robót budowlanych oraz usług (co nie jest przecież sytuacją nadzwyczajną, w wręcz powszechną np. przy wznoszeniu obiektów użyteczności publicznej) nie wynikało wyłącznie z przyjętego przez Zamawiającego sposobu postępowania, ale z tego, że z punktu widzenia Zamawiającego celem świadczenia, które zrealizować miał Wykonawca, było kompleksowe zagospodarowanie terenu wraz z odnową zieleni miejskiej. Oba wymienione elementy stanowiły jeden cel – odnowienie zagospodarowania terenu. Żaden z tych dwóch elementów nie mógłby istnieć samodzielnie i stanowić odrębnego celu (pozbawione jakiegokolwiek sensu byłoby wykonanie robót budowlanych bez następczej odnowy zieleni, podobnie jak odnowa zieleni bez wykonania niezbędnych robót budowlanych). Nie można zatem zgodzić się ze

stanowiskiem zawartym w uzasadnieniu wyniku kontroli doraźnej (które legło u podstaw błędnych jej wniosków), jakoby w okolicznościach przedmiotowego postępowania „była możliwość wykonania jednej usługi bez wykonania innej, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, co daje z kolei podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju czynności". Taki błędny wniosek wyprowadzono przywołując – nieadekwatne i nie przystające do przedmiotowego stanu faktycznego - stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2076/20. Nie może bowiem budzić jakichkolwiek wątpliwości, że przedmiotowe postępowanie dotyczyło świadczenia kompleksowego.

Zamawiający wskazał, iż temat „świadczenia kompleksowego" w kontekście stawki podatku VAT był wielokrotnie przedmiotem rozważań sądów administracyjnych, w tym Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2016 roku, sygn. akt I FSK

344/15, który wskazał, m. in. że koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) wypracowana została w orzecznictwie TSUE. Co do zasady bowiem, dla celów podatku VAT, co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie TSUE, każde świadczenie powinno być uznawane jako odrębne i niezależne (vide np. wyroki z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 Aktiebolaget NN, z 19 listopada 2009 r. w sprawie C-461/08 Don Bosco Onroerend Goed, dostępne na stronie). W pewnych jednak okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie i odpowiednio prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne (vide np. wyrok TSUE z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Part Sernice). Z takimi sytuacjami mamy do czynienia nie tylko w przypadku, gdy jedno lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe za świadczenia dodatkowe, traktowane z punktu widzenia podatkowego tak jak świadczenie główne, ale przede wszystkim gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (vide wyroki TSUE z 27 października 2005 r. w sprawne C-41/04, Levob Yerzekeringen i OV Bank i z 2 grudnia 2010 r. w sprawie C-276/09 Everything Everywhere).

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

Zamawiający wskazał, że w analogiczny sposób do powyższych kwestii odniósł się Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w Interpretacji indywidualnej z dnia 14 lutego 2022 roku, UNP 1572783, 0114-KDIP4- 3.4012.808.2021.2.JJ: „Jeżeli w ramach umowy realizowane są różne czynności, ale są one powiązane i stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym to należy uznać je za jedną czynność kompleksową (...) Zasadnym wydaje się, że usługi zagospodarowania zieleni stanowią czynności uzupełniające

w stosunku do usługi robót budowlanych. Poszczególne czynności w zakresie zagospodarowania terenów zieleni przyczyniają się do wykonania świadczenia głównego, lecz nie są celem samym w sobie. Czynności te, choć stanowią część całej Inwestycji, to ich charakter i efekt końcowy decydują o tym, że wpisują się one w usługi budowlane".

Zamawiający podniósł, iż z niezrozumiałych względów powyższe stanowisko Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej zostało uznane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za nieistotne. Co więcej, uzasadnienie Informacji o wyniku kontroli zawiera w tym zakresie sformułowanie nieprawdziwe! Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził bowiem – niezgodnie z prawdą – jakoby wskazana powyżej analiza była wyłącznie założeniem przyjętym przez samego Zamawiającego i nie była przedmiotem oceny dokonanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Z całą stanowczością wskazać zatem należy, że Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej dokonał merytorycznej oceny argumentacji wskazanej we wniosku i uznał, że stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w powyższym zakresie jest prawidłowe! (vide: strona 5 Interpretacji indywidualnej). Nie kwestionując kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznać jednak należy, że organem właściwym do oceny prawidłowości stosowania stawek podatku VAT jest przede wszystkim Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej. Podkreślić zatem należy, że zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy o Krajowej administracji skarbowej do zadań dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej należy w szczególności prowadzenie spraw dotyczących interpretacji indywidualnych przepisów prawa podatkowego, a także prowadzenie działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie przepisów prawa podatkowego. Jak zatem wynika z powyższego, to Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej jest upoważniony przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa do oceny działań podatników w zakresie stosowania m. in. stawek podatku VAT. Uznać zatem należy, że przedmiotowa Interpretacja indywidualna potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości, że przyjęcie przez Wykonawcę podstawowej stawki podatku VAT na całość świadczenia było działaniem zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa.

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

Zamawiający wskazał, iż nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że WSZYSCY oferenci potraktowali powyższe prace

jako roboty budowlane i przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT (23%) dla całego zamówienia.

W kontekście powyższych okoliczności uzupełniająco Zamawiający również wskazał, że wartość robót budowlanych w odniesieniu do wartości całego przedmiotowego zamówienia stanowiła ok. 70 %. Taka proporcja kosztów dodatkowo przesądza

o prawidłowości zakwalifikowania przedmiotowego świadczenia, jako świadczenia kompleksowego", do którego uprawnionym było zastosowanie jednej – podstawowej – stawki podatku VAT.

Zamawiający uzasadniał, 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. Zamawiający przywołał tezy wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach sygn. akt: X Ga 284/11/za, wyrok KIO z dnia 4.01.2011 r. sygn. akt: KIO 2746/10, wyrok KIO z dnia 6.09.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1779/10, wyrok KIO z dnia 20.07.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1427/10, KIO/UZP 1430/10, wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1476/10 oraz wyrok KIO/UZP 1620/10.

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

Niezależnie od powyższego, nawet przy hipotetycznym założeniu, że stawka podatku VAT została błędnie wskazana przez Wykonawcę, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia powyższych wątpliwości pozostaje również fakt, że nawet przy zastosowaniu przez Wykonawcę 8% stawki podatku VAT na usługi związane z odnową zieleni, to jego oferta pozostałaby ofertą najkorzystniejszą. Nie doszło zatem do naruszenia zasad konkurencji.

Ad. 2

Odnośnie naruszenia zawartego w punkcie 2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej Zamawiający wskazał, że Prezes Urzędu błędnie przyjął, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający był zobowiązany do stosowania do całego zamówienia przepisów dotyczących udzielania zamówień na usługi. Zamawiający ponownie podkreślił, że wartość robót budowlanych w odniesieniu do wartości całego przedmiotowego zamówienia stanowiła ok. 70%, która to wartość w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie została zakwestionowana. Taka proporcja kosztów przesądza o zasadności przyjęcia, że głównym przedmiotem zamówienia były roboty budowlane.

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

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

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

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

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa Urzędu, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Ad. 1

Odnośnie naruszenia stwierdzonego w punkcie 1. Informacji o wyniku kontroli, uzupełniająco, co do treści zastrzeżeń, wskazano, iż w ramach przedmiotu zamówienia poddanego kontroli doraźnej Prezesa Urzędu, zadania klasyfikowane jako roboty budowlane nie posiadają bezpośredniego związku z zadaniami klasyfikowanymi jako usługi zagospodarowania zieleni jako element wyłącznie pomocniczy. Nawet bowiem w sytuacji, jeśli można mówić o pewnej funkcjonalnej synergii będącej konsekwencją wykonania danych zadań łącznie, o tyle co do istoty roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia należy uznać za czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług. Prezes Urzędu podkreślał, iż przedmiot zamówienia analizowany w niniejszej sprawie w zakresie w jakim obejmuje on zadania klasyfikowane jako roboty budowlane wraz z zadaniami klasyfikowanymi jako usługi zagospodarowania zieleni w ramach jednego zamówienia ma charakter typowy, co daje możliwość odwołania się do zbliżonych stanów faktycznych stanowiących przedmiot analizy Krajowej Izby Odwoławczej względem wywiedzionych konkluzji prawnych. Z tego też względu za zasadne należy uznać przywołanie w treści Informacji o wyniku kontroli wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2076/20, w którym skład orzekający KIO wskazał na zachodzenie braku powiązania pomiędzy świadczeniami w zakresie zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, co daje z kolei podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju czynności. Analiza obu przypadków nie daje podstaw do stwierdzenia zasadniczych różnic w materii „kompleksowości", z podkreśleniem faktu wyraźnego rozróżnienia przez Zamawiającego w treści opisu przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem kontroli doraźnej zadań polegających na realizacji usługi zagospodarowania zieleni od innych zadań, w tym obejmujących roboty budowlane. Należy podkreślić, iż elementy takie jak ciągi piesze z nawierzchni żwirowo-żywicznej bez wątpienia 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. Prezes Urzędu podkreślał, iż w ramach tego samego projektu finansowanego ze środków UE pn. „Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa zieleni w krajobrazie miejskim", w zakresie „obiektu 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach", Zamawiający udzielił dwóch

odrębnych zamówień – na roboty budowlane – bez zagospodarowania zieleni (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 7 grudnia 2018 r., nr 500293529-N-2018) oraz na usługi zagospodarowania (nasadzenia) zieleni (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 9 maja 2019 r. nr 510089624-N-2019), co biorąc pod uwagę zbliżony charakter zamówień do zamówienia będącego przedmiotem kontroli potwierdza potencjalną możliwość rozdzielenia także usług i robót budowlanych w zakresie zamówienia na „wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach" oraz brak więzi warunkującej ścisłą zależność pomiędzy nimi, co m.in. w kontekście przywołanej w Informacji o wyniku kontroli treści pisma Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 września 2019 r. (sygn. 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM), daje podstawę do uznania obowiązku rozdzielenia stawek podatku VAT dla poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia.

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

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

W zakresie twierdzenia Zamawiającego o braku możliwości odrzucenia oferty z uwagi na błędną stawkę VAT, Prezes Urzędu podtrzymał przywołaną w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 7) argumentację wskazującą na wyrażony w nowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd o konieczności uznawania błędnie zastosowanej stawki podatku VAT za błąd w obliczeniu ceny niezależnie od wysokości tejże stawki, co w konsekwencji skutkuje zaistnieniem podstawy do odrzucenia oferty zawierającej tego rodzaju błąd.

Podkreślał, iż nie ma znaczenia w tym względzie fakt, iż niezależnie od przyjętej stawki/stawek podatku VAT, dana oferta pozostałaby ofertą najkorzystniejszą, gdyż podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 ma charakter samoistny, przy czym kwestia wpływu błędu w obliczeniu ceny na pozycję oferty wykonawcy w rankingu ofert nie stanowi przesłanki zastosowania tej podstawy odrzucenia.

Ad.2

W zakresie naruszenia stwierdzonego w punkcie 2. Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż argumentacja Zamawiającego opiera się zasadniczo na relacji wartości zadań o charakterze usługowym względem zadań o charakterze robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia. Wobec powyższego Prezes Urzędu podtrzymał

zawartą w treści Informacji o wyniku kontroli konkluzję, zgodnie z którą w kontekście art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, wartościowy udział danego rodzaju zamówienia nie może mieć znaczenia przesądzającego dla oceny charakteru danego zamówienia jako całości, a w konsekwencji – dla ustalenia przepisów, które znajdują zastosowanie do jego udzielenia.

Prezes Urzędu przywołał ponownie informację z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniącego rolę Instytucji Wdrażającej dla projektu wskazującą, 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).

Kontrolujący podkreślił, iż Zamawiający nie przedstawił w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli względem naruszeń, o których mowa w pkt 2 lit. a-d Informacji o wyniku kontroli, odrębnej argumentacji niedotyczącej kwestii ustalenia właściwego rodzaju zamówienia, w związku z czym uznać należy, iż Zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych i prawnych bezpośrednio w zakresie tych naruszeń. Tym samym zdaniem Prezesa Urzędu zasadne jest uznanie, iż poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, Zamawiający naruszył przepis art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji Zamawiający naruszył art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004, art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004, art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 oraz art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004.

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

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego – Gminę Miasto Pionki – Urząd Miasta Pionki pismem z dnia 19 września 2022 r., nie zasługują na uwzględnienie.

Ad. 1

Odnośnie stwierdzonego w punkcie 1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MARCBUD M. B. pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny, Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, przyjmując zaprezentowaną przez Prezesa Urzędu argumentację za własną.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). Zgodne ze stanowiskiem wynikającym z uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt:i w wypadku wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT właściwej dla danego przedmiotu zamówienia, rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym kątem i ewentualnego rozważenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004, jeśli zaistnieją ku temu przesłanki. Inaczej jest, gdy zamawiający stawki podatku nie wskazał w treści specyfikacji. W takiej sytuacji to na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, co w żadnej mierze nie oznacza, iż zamawiający zwolniony jest z obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku VAT pod kątem zaistnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

W tym miejscu wskazać należy, iż Izba ma świadomość, że organem właściwym do oceny prawidłowości stosowania stawek podatku VAT jest przede wszystkim Dyrektor

Krajowej Informacji Skarbowej uprawniony do wydania interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie zgodnie z art. 14b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.), która może dotyczyć zaistniałego stanu faktycznego lub zdarzeń przyszłych. Niemniej jednak na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak i pod rządami ustawy Pzp2004, w sytuacji braku wskazania w treści specyfikacji właściwej stawki lub stawek podatku VAT dla przedmiotu zamówienia, na zamawiających nałożono obowiązek weryfikacji prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT, a błędne jej ustalenie implikuje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Tym samym słusznie uznał Prezes Urzędu, za nieprawidłowe, stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, iż z uwagi na zastosowanie przez wykonawcę MARCBUD M. B. jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23% dla całego przedmiotu zamówienia, nawet w przypadku gdy w części mogła znaleźć zastosowanie stawka obniżona, brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 z uwagi na brak wpływu na ranking ofert (cena zaoferowana przez wykonawcę MARCBUD M. B. byłaby niższa). Powyższa okoliczność jest irrelewantna wobec

ziszczenia się samoistnej podstawy odrzucenia oferty wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Nie podważa także prawidłowości stanowiska Prezesa Urzędu podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż wszyscy wykonawcy potraktowali prace objęte przedmiotem zamówienia jak roboty budowlane i przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT (23%) dla całego zamówienia. Uzupełniająco Izba wskazuje, iż przywołane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 września 2022 r. orzecznictwo sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej sprzed dekady nie przystaje do obecnych poglądów orzeczniczych.

Przechodząc następnie do oceny, czy objęte kontrolą doraźną Prezesa Urzędu zamówienie obejmujące m.in. usługi oraz roboty budowlane stanowi tzw. świadczenie kompleksowe, dla którego właściwa byłaby 23% stawka podatku VAT, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Zdaniem Izby prawidłowo, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz załącznika nr 3 do SIWZ pn. Projekt budowlano-wykonawczy „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki" – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II w Pionkach", Kontrolujący ustalił, że cena ofertowa przedstawiona przez wykonawców powinna uwzględniać zróżnicowanie stawek podatku VAT z uwagi na odmienną klasyfikację podatkową poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia. Poza sporem w ramach prowadzonej kontroli było, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia były m.in. usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, jak również prace budowlane. Jak wynika z treści art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2184 ze zm.) [dalej

„ustawa 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%. W poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy VAT wymienione zostały usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Tym samym co najmniej w powyższym zakresie wykonawcy do kalkulacji ceny oferty winni przyjąć cenę brutto z podatkiem VAT ustalonym na poziomie 8%.

Wskazać należy, iż na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wypracowana została zasada, iż każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Przywołać należy także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt: w którym sąd stwierdził, że „nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy". Zasada ta nie ma jednak zastosowania w przypadku świadczenia kompleksowego. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 11 czerwca 2009 r. sygn.wskazano, iż: „z art. 2 szóstej dyrektywy wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (zob. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawiePart Service, Zb.Orz. s. I-897, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).18 Co więcej, w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, jeżeli nie są od siebie niezależne. Jest tak na przykład w sytuacji, gdy można stwierdzić, że jedno lub więcej świadczeń stanowi świadczenie główne, a inne świadczenie lub świadczenia stanowią jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los podatkowy świadczenia głównego. W szczególności dane świadczenie należy uważać za świadczenie pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, gdy dla klientów nie stanowi ono celu samego w sobie, lecz środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z głównej usługi usługodawcy (ww. wyrok w sprawie Part Service, pkt 51, 52 i przytoczone tam orzecznictwo). 19 Ponadto można również uznać, że jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (zob. ww. wyrok w sprawie Part Service, pkt 53)."

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba doszła do konstatacji, że Zamawiający nie przekonał w swojej argumentacji, iż przedmiot niniejszego zamówienia, w tym obejmujący usługi związane z zagospodarowaniem zieleni, należy uznać za świadczenie kompleksowe. Nie zostało wykazane, w ocenie Izby, że usługi

zagospodarowania terenów zielonych są tak ściśle powiązane z robotami budowlanymi objętymi zamówieniem, że nie jest możliwe rozdzielenie tych świadczeń, czy też że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Za Prezesem Urzędu podnieść należy, iż „nawet bowiem w sytuacji, jeśli można mówić o pewnej funkcjonalnej synergii będącej konsekwencją wykonania danych zadań łącznie, o tyle co do istoty roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia należy uznać za czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług." Słusznie także wskazano w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 4 października 2022 r., że „elementy takie jak ciągi piesze z nawierzchni żwirowo-żywicznej bez wątpienia 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". Okoliczność, iż przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia Zamawiającym objął odrębne dla celów podatkowych usługi nie oznacza a priori, że mamy do czynienia z tzw. świadczeniem kompleksowym. Wręcz przeciwnie, nie można zapominać, że zasadą jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług, a rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma charakter wyjątkowy. Tym samym, w sytuacji gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, stanowi to podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju świadczenia. Za prawidłowością stanowiska Zamawiającego nie przemawia także argument dotyczący ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Ponadto Prezes Urzędu w piśmie z dnia 4 października 2022 r. zauważył, że w ramach tego samego projektu finansowanego ze środków UE pn. „Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa zieleni w krajobrazie miejskim", w zakresie „obiektu 5 skwer przy ulicy Aleje Lipowe w Pionkach", Zamawiający udzielił dwóch odrębnych zamówień – na

roboty budowlane – bez zagospodarowania zieleni 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 publicznego oraz brak więzi warunkującej ścisłą zależność pomiędzy nimi, co m.in. w kontekście przywołanego w Informacji o wyniku kontroli treści pisma Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 września 2019 r. (sygn. 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM), daje podstawę do uznania obowiązku rozdzielenia stawek podatku VAT dla poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia.

W ocenie Izby niesłusznie Zamawiający uczynił Kontrolującemu zarzut jakoby uzasadnienie Informacji o wyniku kontroli doraźnej zawierało nieprawdziwe sformułowanie w przedmiocie stanowiska wyrażonego przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w Interpretacji indywidualnej z dnia 14 lutego 2022 r. pismem znak: 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2.JJ. Odnosząc się do przedstawionej przez Zamawiającego Interpretacji indywidualnej po pierwsze wskazać należy, iż jej przedmiotem była kwestia prawa do odliczenia podatku VAT naliczonego z faktur związanych z realizacją Projektu, a nie kwestia prawidłowości stawki/stawek podatku VAT w odniesieniu do poszczególnych zadań objętych zamówieniem. Po drugie, przywołany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 września 2022 r. fragment Interpretacji indywidualnej zawarty na str. 3 w sekcji „Państwa stanowisko w sprawie (stanowisko ostatecznie sformułowane w uzupełnieniu wniosku)", nie stanowi oceny organu podatkowego, lecz stanowisko Zamawiającego. Podnoszonego przez Zamawiającego wniosku, co do prawidłowości zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23%, nie można także wyczytać z uzasadnienia rzeczonej Interpretacji indywidualnej. Tym samym złożona przez Zamawiającego Interpretacja indywidualna z dnia 14 lutego 2022 r. nie potwierdza stanowiska Zamawiającego co do prawidłowości zastosowania do całego przedmiotu zamówienia jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23%.

Trafnie także dostrzegł Prezes Urzędu, że w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej Zamawiający pominął podniesioną w Informacji o wyniku kontroli doraźnej kwestię wyboru przez Zamawiającego w późniejszym postępowaniu prowadzonym w ramach 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%, o którym mowa w treści Interpretacji indywidualnej z dnia 14 lutego 2022 r., pomimo zbliżonego stanu faktycznego (połączenie zadań klasyfikowanych jako roboty budowlane, a także zadań klasyfikowanych jako usługi zagospodarowania zieleni). Tym samym stanowisko Zamawiającego jawi się jako niespójne w kontekście oceny prawidłowości zastosowania jednolitej stawki podatku VAT na gruncie zbliżonych stanów faktycznych, w których wybierano ofertę wykonawcy MARCBUD M. B..

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, 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. Tym samym oferta wykonawcy MARCBUD

M. B. winna zostać odrzucona na podstawie pkt 6 ustawy Pzp2004 jako obarczona błędem w obliczeniu ceny.

art. 89 ust. 1

Ad. 2

Przechodząc do naruszenia stwierdzonego w punkcie 2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 przez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, Izba podzieliła argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu z dnia 7 września 2022 r.

Wskazać należy, iż sposób określania reżimu prawnego dla zamówień tzw. mieszanych, łączących dwa lub więcej rodzajów zamówienia, określa art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004. Zgodnie z tym przepisem, 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.

Izba wskazuje, iż lektura zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że Zamawiający skoncentrował się zasadniczo na relacji wartości zadań o charakterze usługowym względem zadań o charakterze robót budowlanych objętych kontrolowanym zamówieniem. W kontekście powyższego Izba popiera argumentację Kontrolującego zaprezentowaną w wyniku kontroli, iż w świetle 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.

Następnie podkreślenia wymaga, iż Zamawiający utożsamiając znaczącą wartość prac budowlanych wchodzących w zakres niniejszego zamówienia z jego głównym przedmiotem, nie dokonał szerszej analizy opisu przedmiotu zamówienia w kontekście zasadniczego celu umowy. Zamawiający poprzestał na daleko idącym uproszczeniu, że w praktyce przedmiot zamówienia obejmował budowę parku miejskiego „od podstaw" razem z całą niezbędną infrastrukturą, co musiało się wiązać z wykonaniem w zdecydowanej większości robót budowlanych.

Wskazać należy, iż pojęcie „główny przedmiot", o którym mowa w art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 należy interpretować przez pryzmat zasadniczego, najistotniejszego celu zamówienia, który przyświeca realizacji zamówienia publicznego. Tym samym zadaniem zamawiającego w danym przypadku będzie ocena, który zakres przedmiotu zamówienia jest główny, wiodący, bez którego zamówienie nie byłoby realizowane, a który ma znaczenie

poboczne. Z kolei wartość poszczególnych świadczeń występujących w ramach zamówienia jest jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę podczas ustalenia zobowiązania głównego. Innymi słowy, w przypadku zamówień obejmujących zarówno usługi oraz roboty budowlane przesądzające znaczenie ma cel zamówienia. Jeśli jest nim wykonanie usług, a niezbędne do tego jest również wykonanie robót budowlanych, ale to wykonanie usług spełnia zasadniczy cel zamawiającego, to wówczas zamówienie udziela się według przepisów właściwych dla usług. Izba podkreśla, że kwalifikacja głównego przedmiotu zamówienia, w przypadku zamówień wielorodzajowych, niesie ze sobą daleko idące skutki dotyczące stosowania procedur dla zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004, co z kolei przekłada się na określone obowiązki publikacyjne, potencjalnie szerszy krąg wykonawców, dłuższe terminy składania ofert czy dłuższy standstill. Tym samym ustalenie głównego przedmiotu zamówienia mieszanego, o którym mowa w art. 5c ust. 1 ustawy Pzp, wymaga pogłębionej analizy, w szczególności w kontekście głównego celu zamówienia i nie może sprowadzać się do prostego porównania wartości różnych rodzajowo zadań objętych danym zamówieniem publicznym.

W kontekście celu kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia szczególnego podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie zanegował stanowiska 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 stwierdzającego, 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). Powyższe stanowisko Instytucji Wdrażającej bezsprzecznie rozwiewa wszelkie wątpliwości w przedmiocie głównego celu projektu realizowanego przez Zamawiającego wskazując na jego usługowy charakter i pomocniczą rolę robót budowanych w stosunku do prac dotyczących zagospodarowania i odnowy zieleni. Ponadto, jak wynika z akt sprawy, Zamawiający ustalenia głównego przedmiotu zamówienia nie dokonywał przez pryzmat celu zamówienia, lecz przez pryzmat nieobowiązującego w dacie wszczęcia postępowania art. 6 ustawy Pzp2004.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie polemizował ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, który wskazał, że usługowy charakter niniejszego zamówienia jako całość nie mieści się w definicji robót budowlanych określonych w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp2004. Zgodnie z tym przepisem, pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych

określonych w przepisach wydanych na podstawielub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przepis art. 2c ustawy Pzp2004 stanowi, że Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wykaz robót budowlanych, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i RadyUE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej

dyrektywę(Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE", oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę(Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/25/UE". Wykaz takich robót określono w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. z 2016 r. oraz Wykazie robót budowlanych, będącym załącznikiem do tego rozporządzenia.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że Zamawiający nie twierdził, iż prace objęte przedmiotem niniejszego zamówienia (stanowiące „budowę parku miejskiego od podstaw") jako całość, tj. skończony wynik prac wpisują się w ww. definicję legalną robót budowlanych, stanowiącą autonomiczną na gruncie ustawy Pzp2004 definicję. Izba nie znalazła również podstaw do zakwalifikowania zakresu niniejszego zamówienia do jednego z rodzajów działalności określonych w wykazie robót budowlanych.

Jednocześnie dostrzec należy, iż sam Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał, że końcowym efektem prac budowlanych było nasadzenie zieleni i zagospodarowanie terenów zieleni. W realiach niniejszej sprawy elementem niezbędnym do osiągnięcia celu, tj. nasadzenia zieleni i zagospodarowania terenów zieleni było wykonanie prac budowlanych. Podstawowym zobowiązaniem było zatem stworzenie terenów zieleni z uwzględnieniem pomocniczej roli robót budowlanych niezbędnych do ich wykonania. Zauważyć również należy, iż Zamawiający nie twierdził, że roboty budowlane będące przedmiotem niniejszego zamówienia zostałby zrealizowane, gdyby nie zakładany efekt (cel) zadania publicznego sprowadzający się do stworzenia terenów zieleni w krajobrazie miejskim.

Podsumowując, w okolicznościach kontrolowanego zamówienia publicznego, które jak wskazuje analiza opisu przedmiotu zamówienia niewątpliwie miało charakter wielorodzajowy, Zamawiający działając zgodnie z dyspozycją art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004 obowiązany był zastosować do udzielenia zamówienia przepisy właściwe dla rodzaju zamówienia jaki stanowią usługi odpowiadające głównemu przedmiotowi.

Ad. 2 lit. a) – d)

Izba wskazuje, iż w zakresie stwierdzonych w punkcie 2. lit. a) – d) Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszeń art. 40

ust. 3 ustawy Pzp2004, art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004, art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 oraz art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004, będących konsekwencją naruszenia art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, Zamawiający nie przedstawił odrębnej argumentacji, przez co należy uznać, że nie kwestionuje ustaleń faktycznych i prawnych dotyczących tych naruszeń. W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z art. 610 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Dalej, stosownie do treści art. 610 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por. m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń.

Ad.3

W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt. 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. uchybienia art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004 przez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji podważającej ustalenia faktyczne i prawne zawarte w Informacji o wyniku kontroli, wobec czego brak jest podstaw do wzruszenia stanowiska Kontrolującego.

Reasumując, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 19 września 2022 r. do wyniku kontroli doraźnej i stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku tej kontroli naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004;

2. art. 5c ust. 1 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji:

a) naruszenia art. 40 ust. 3 ustawy Pzp2004; b) naruszenia art. 43 ust. 2 ustawy Pzp2004; c) naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy; d) naruszenia art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004;

3. art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004

nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący: …….…….....

Członkowie: ……