



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ2.442.73.2023.SM
KND/75/23/DKZP

Warszawa, dnia 12.04.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Powiat Ciechanowski – Starostwo Powiatowe w Ciechanowie, ul. 17 stycznia 7, 06-400 Ciechanów
Rodzaj zamówienia:	Roboty budowlane
Rodzaj procedury:	Zamówienie publiczne
Przedmiot zamówienia:	Budowa parku rekreacyjno – poznawczego w Gołotczyźnie (nr sprawy: WO-ZP.272.3. 15.2020)
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	25 września 2020 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	589761-N-2020
Wartość zamówienia:	5 740 467,58 zł, co stanowi równowartość 1 344 592,22 euro
Środki UE:	Nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia 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.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w związku z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzeniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawy Pzp2004”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy P[REDAKTED] pomimo błędu w obliczeniu ceny.

UZASADNIENIE

Ogłoszenie o zamówieniu będącym przedmiotem kontroli zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 589761-N-2020 w dniu 25 września 2020 r.

Przedmiotem zamówienia była budowa parku rekreacyjno-poznawczego w Gołotczyźnie realizowana w ramach zadania, pn.: „Budowa ścieżki rowerowej Ciechanów-Gołotczyzna wraz z parkiem rekreacyjno-poznawczym” – Podniesienie atrakcyjności regionu, przy pomocy środków z budżetu Województwa Mazowieckiego w ramach „Instrumentu wsparcia zadań ważnych dla równomiernego rozwoju województwa mazowieckiego”. Zadanie inwestycyjne realizowane było w formule „projektuj-wybuduj”.

Szczegółowy zakres zamówienia został zawarty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ, dalej „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” oraz we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ.

Przedmiot zamówienia wg CPV:

71320000-7- Usługi inżynierskie w zakresie projektowania,
45100000-8- Przygotowanie terenu pod budowę,
77211400-6- Usługi wycinania drzew,
77211500-7- Usługi pielęgnacji drzew,
45240000-1- Budowa obiektów inżynierii wodnej,
45231300-8- Roboty budowlane w zakresie budowy wodociągów i rurociągów do odprowadzania ścieków,
45315700-5- Instalowanie instalacji rozdzielczych,
45314300-4- Instalowanie infrastruktury okablowania,
45112730-1- Roboty w zakresie kształtowania dróg,
45233260-9- Roboty budowlane w zakresie dróg pieszych,
45200000-9- Roboty budowlane w zakresie wnoszenia obiektów budowlanych,
45223800-4- Montaż i wznoszenie gotowych konstrukcji,
77310000-6- Usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów,
77314100-5- Usługi w zakresie trawników.

Zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym, roboty składające się na zamówienie to w szczególności:

- uporządkowanie terenu inwestycji, w tym pielęgnacja istniejącej zieleni i usunięcie drzew zagrażających bezpieczeństwu oraz kolidujących z planowaną inwestycją;
- unaturalnienie brzegów kanału wodnego wraz z utworzeniem rozlewiska;
- wykonanie nawierzchni utwardzonych jezdnych wraz z parkingiem do 60 miejsc postojowych;
- wykonanie nawierzchni utwardzonych pieszych, w tym nawierzchni drewnianych pomostów z wieżą widokową, kładek nad kanałem oraz nawierzchni bezpiecznych i nawierzchni w strefie urządzeń rekreacyjnych i nawierzchni mineralnych bulodromów;
- wykonanie nasypu ziemnego służącego jako górka widokowa – saneczkowa;
- budowa przyłącza wodno-kanalizacyjnego i elektroenergetycznego;
- budowa pawilonu gastronomicznego z zapleczem sanitarnym i stanowiskiem grillowym;
- budowa tężni solankowej;
- montaż obiektów małej architektury;
- budowa i montaż infrastruktury oświetlenia;

- wykonanie nasadzeń zieleni wysokiej i niskiej oraz wykonanie trawników i łąk kwiatowych.

W rozdz. II pkt 2 Koncepcji architektoniczno-budowlanej, stanowiącej załącznik do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, określono bilans projektowanych elementów koncepcji zagospodarowania terenu:

Powierzchnia terenu opracowania	53 410,1 m²
<u>Nawierzchnie utwardzone</u>	9244,8 m²
Nawierzchnie pieszce - gliniasto żwirowe	3 253,9 m ²
Nawierzchnia placu centralnego - gliniasto żwirowa	290,5 m ²
Nawierzchnie dojazdowe - gliniasto żwirowe na wzmocnionej podbudowie	1306,8 m ²
Nawierzchnia bezpieczna placu zabaw - piasek	1 227,1 m ²
Nawierzchnia bezpieczna siłowni plenerowej ze skałką wspinaczkową - piasek	886,5 m ²
<u>Nawierzchnia mineralna - bulodromów</u>	<u>2 280,0 m²</u>
Kładka drewniana o funkcji przyrodniczej - dł. 95,5 mb.	355,9 m ²
Kładka drewniana o funkcji edukacyjnej odcinek 1 - dł. 85,1 mb.	160,8 m ²
Kładka drewniana o funkcji edukacyjnej odcinek 2 - dł. 201,2 mb.	370,7 m ²
Wieża widokowa wys. 3,4m	14,5 m ²
<u>Powierzchnia biologicznie czynna</u>	80,0 %
Wody powierzchniowe	3 410,9 m ²
Murawy wzmocnione – systemem typu netlon lub podobne	3 462,1 m ²
Pozostała powierzchnia biologicznie czynna	36 848,7 m ²
<u>Elementy programowe</u>	
Pawilon - 10,27mx26,55m, wys. 7,7m	272,8 m ²
Tężnia solankowa 13,5mx9,5m, wys. 3,8m	98,9 m ²
Miejsca postojowe 52szt. - 2,3x5,0m	598,0 m ²
Miejsca postojowe dla niepełnosprawnych 7szt. - 3,6x5,0m	126,0 m ²
Górka widokowa / saneczkowa wys. 3,0m	2 766,8 m ²
Naturalny plac zabaw min. 6 urządzeń	1 kpl.
Wodny plac zabaw min. 4 zestawy urządzeń wodnych	1 kpl.
Siłownia plenerowa - ścieżka zdrowia min. 8 urządzeń	1 kpl.
<u>Obiekty małej architektury</u>	
Ławki proste typ. I	73 szt.
Ławki półokrągłe typ. II	3 szt.
Siedziska drewniane	3 szt.
Leżaki	4 szt.
Hamaki	3 szt.
Siedziska - kłody	6 szt.
Stoliki do gier dwustanowiskowe	3 szt.
Kosze na śmieci	35 szt.
Stojaki rowerowe	16 szt.
Stacja rowerowa	1 szt.
Tablica informacyjna	10 szt.
Wiata drewniana – deszczochron	3 szt.
Zdroje wodne	2 szt.

Eksponaty dydaktyczne	8 szt.
Miejsca na ogniska	3 szt.
Skałka wspinaczkowa 12,6x9,5m, wys. 4,0m	1 szt.
Mostki	6 szt.
Punkt oświetleniowy	92 szt.

Zieleń

Drzewa istniejące	224 szt.
Grupy krzewów istniejących	1530,0 m2
Drzewa istniejące wskazane do pielęgnacji	63 szt.
Drzewa istniejące wskazana do usunięcia	43 szt.
Grupy krzewów do usunięcia	512,5 m2
Nasadzenia drzew ozdobnych	51 szt.
Nasadzenia zieleni izolacyjnej	5 865,0 m2
Rabaty ozdobne	534,0 m2
Kolekcja roślin przywodnych	1000,0 m2
Łąki kwietne	2 500,0 m2

W rozdz. XIX ust. 1 SIWZ, wskazano, że cena oferty jest ceną ryczałtową i musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji zamówienia. Natomiast zgodnie z rozdz. XX SIWZ, kryterium „Cena oferty”, będzie rozpatrywane na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę w formularzu oferty, załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z treścią ww. Załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz ofertowy), w ust. 1 pkt 1 Wykonawca zobligowany był oświadczyć, co następuje:

„Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia: 1) za łączną cenę.....zł brutto (słownie:.....) **podatek VAT 23 %** tj.zł, netto.....zł, (słownie:.....), w tym: (...)”.

Z kolei w § 8 ust. 1 wzoru umowy (załącznika nr 8 do SIWZ) pn. „Wynagrodzenie” określono, iż:

„Strony ustalają całkowitą wysokość wynagrodzenie ryczałtowego za wykonanie przedmiotu Umowy: na kwotę.....zł brutto (słownie:.....) w tym: **podatek VAT 23 %** tj.zł (słownie:.....) netto (słownie:.....) w tym: a) w roku 2021 na kwotęzł brutto (słownie:.....): **podatek VAT 23 %** tj.zł (słownie:.....) netto.....(słownie:.....) b) w roku 2022 na kwotęzł brutto (słownie:.....) **podatek VAT 23 %** tj.zł (słownie:.....) netto(słownie:.....)”.

Jak wskazano w rozdz. XXI SIWZ:

„7. Zamawiający dokona zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w obliczeniach zawartych ofercie poprawek oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, w szczególności takich jak:

- 1) błędne obliczenie prawidłowo podanej w ofercie stawki podatku od towarów i usług (VAT),
- 2) błędne zsumowanie w ofercie wartości netto i kwoty podatku od towarów i usług (VAT),
- 3) błędny wynik działania matematycznego wynikający z dodawania, odejmowania, mnożenia i dzielenia.

Zamawiający zastrzega, że powyższy katalog nie wyczerpuje możliwości poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający poprawi wszelkie oczywiste omyłki rachunkowe, które występują w ofertach.

8. Zamawiający dokona zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie poprawek innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

9. O dokonanych poprawkach w ofertach Wykonawców, o których mowa w ust. 8 Zamawiający niezwłocznie powiadomi Wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie ust. 8, jest zobowiązany złożyć pisemne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w ciągu 3 dni od dnia doręczenia informacji, o której mowa w niniejszym ustępie zdaniu pierwszym, pod groźbą odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”.

W piśmie z dnia 8 października 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp2004 udzielił odpowiedzi na pytanie nr 5, które brzmiało następująco „W związku z ogłoszonym w dniu 25.09.2020 r. postępowaniem na Budowę parku rekreacyjno-poznawczego w Gołotczyźnie wnioskujemy o wyjaśnienie podstawy prawnej naruszonej przez Zamawiającego w pkt 1 formularza oferty stawki VAT w wysokości 23 %, podczas gdy zgodnie z poz. 52 aktualnego załącznika nr 3 do ustawy o VAT, do usług objętych niniejszym postępowaniem (zagospodarowanie terenu zieleni) zastosowanie ma stawka VAT 8 %.

Zgodnie z PFU do zakresu prac objętych zamówieniem wchodzi:

1. Uporządkowanie terenu inwestycji, w tym pielęgnacji istniejącej zieleni i usunięcia drzew zagrażających bezpieczeństwu oraz kolidujących z planowaną inwestycją;
2. Unaturalnianie brzegów kanału wodnego wraz z utworzeniem rozlewiska;
3. Wykonanie nawierzchni utwardzonych jezdnych wraz z parkingiem do 60 miejsc postojowych;
4. Wykonanie nawierzchni utwardzonych pieszych, w tym nawierzchni drewnianych pomostów z wieżą widokową, kładek nad kanałem oraz nawierzchni bezpiecznych w strefie urządzeń rekreacyjnych i nawierzchni mineralnych bulodromów;
5. Wykonanie nasypu ziemnego służącego jako górką widokową- saneczkową;
6. Budowie przyłącza wodno-kanalizacyjnego i elektroenergetycznego;
7. Budowie pawilonu gastronomicznego z zapleczem sanitarnym i stanowiskiem grillowym;
8. Budowie tężni solankowej;
9. Montażu obiektów małej architektury;
10. Budowie i montażu infrastruktury oświetlenia;
11. Wykonanie nasadzeń zieleni wysokiej i niskiej oraz wykonaniu trawników i łąk kwiatowych.

W pierwszej kolejności pragniemy zwrócić uwagę, że zgodnie z SIWZ, przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie prac mających na celu stworzenie parku rekreacyjno-poznawczego. Prawne rozumienie „terenów zielonych” to nie tylko zieleń sama w sobie. Zgodnie z art. 5 pkt 21 ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (t.j. 2020, poz. 55 ze zm.) tereny zieleni to tereny urządzone wraz z infrastrukturą techniczną i budynkami funkcjonalnie z nimi powiązanymi, pokryte roślinnością, pełniące funkcje publiczne, a w szczególności parki, zieleńce, promenady, bulwary, ogrody botaniczne, zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe, cmentarze, zieleń towarzysząca drogom na terenie zabudowy, placom zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym oraz obiektom przemysłowym.

Analiza PFU, jednoznacznie wskazuje, iż gross prac objętych zamówieniem (Pkt 1,2,5,8,11 wymienionego PFU zakresu prac) to prace polegające zagospodarowaniu „terenu zielonego”, w tym przygotowaniu go pod nasadzenia zieleni, do których należy stosować 8 % VAT. Prace objęte

zamówieniem w pkt 3,4,9,10 (chodniki, parking, mała architektura i oświetlenie) w całości służą wykonaniu głównego celu zamówienia, czyli zagospodarowaniu parku oraz terenów zielonych, jako terenu rekreacyjnego, a więc pełniącego funkcję publiczną zgodnie z przywołaną wyżej definicją.

Prace te mają umożliwić mieszkańcom i turystom korzystanie z parku, a bez nich funkcjonowanie parku nie jest możliwe. Podobnie w przypadku pkt 6 i 7 powyżej. Ponadto wartość tych prac jest marginalna względem całej reszty robót.

W przykładowej interpretacji podatkowej Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (stanowiącej załącznik do niniejszego pisma) czytamy, iż „spółka wykonuje kompleksowe usługi zagospodarowania terenów zieleni (sklasyfikowane w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0). W ramach jednej umowy dotyczącej kompleksowej usługi zakładania i pielęgnacji ogrodów, wykonuje również m. in. czynności takie jak układanie składników, montaż systemów drenarskich i nawadniających oraz układanie kostki brukowej w celu utworzenia ścieżek na trawnikach, które to usługi mają charakter poboczny w stosunku do usługi zagospodarowania terenów zielonych, jednakże są niezbędne do realizacji tej usługi. Przy wykonywaniu przedmiotowych usług, spółka nabywa materiały potrzebne do wykonania tych usług, zużywając je do prac zagospodarowania terenu zielonego i nie odsprzedaży ich zlecającemu usługę traktując całość jako usługę z wykorzystaniem materiału”. W dalszej kolejności Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy wskazał, iż „aby dana usługa była usługą złożoną (kompleksową), winna składać się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu – do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Natomiast usługę należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej”. W treści interpretacji powołano się w odniesieniu do interpretacji „usługi kompleksowej” na orzeczenie ETS o sygn. C-349/96 (Card Protection Plan Ltd.), w którym Trybunał uznał, iż „jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej”. Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w wyrokach w sprawach o sygn. C-2/95 oraz C-41/04. Podobną interpretację usługi kompleksowej zagospodarowania terenu zielonego podała Izba Skarbowa w Katowicach w interpretacji z 2 listopada 2016 r. (2461 IBPP2.4512.698.2016.1.JJ).

Nie ulega wątpliwości, że wykonywanie chodników przy parkingu w przypadku niniejszego zamówienia nie stanowi celu samego, a jest efektem realizacji celu w postaci zagospodarowania terenu jako przestrzeni publicznej z przeznaczeniem dla mieszkańców i turystów. Podobnie postawienie pawilonu gastronomicznego ma służyć korzystaniu z parku, a oddzielenie wykonania tego zakresu prac byłoby sztuczne (używając nazewnictwa z uzasadnienia wyroku ETS) ponieważ lokal gastronomiczny bez parku nie miałby racji bytu. Nie można być też wątpliwość, że pracę w zakresie budowy chodników do korzystania z parku jak i parkingu jest ściśle związane z zagospodarowaniem przestrzeni parku i ani park bez chodników jak i chodniki bez parku nie mogłyby funkcjonować zgodnie z ich społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.

Tak więc bezsprzecznie prawidłowe jest przyjęcie, iż w przypadku wszystkich prac objętych zamówieniem mamy do czynienia z usługą kompleksową polegającą na zagospodarowaniu terenu zielonego. Dlatego właśnie należało przyjąć jedną stawkę podatku właściwą dla usług polegających na zagospodarowaniu terenów zielonych, czyli stawkę VAT 8%. Nawet gdyby Zamawiający chciał potraktować przedmiot zamówienia jako usługę składającą się ze świadczeń podpadających pod

różne stawki podatku to z pewnością prace polegające na zagospodarowaniu terenu zielonego nie mogą być objęte stawką 23 % ponieważ jest to niezgodne z ustawą o VAT i oznacza podwyższenie zobowiązania podatkowego Zamawiającego, co może skutkować naruszeniem dyscypliny finansów publicznych z punktu widzenia jednostki sektora samorządowego.

Przyjęcie stawki 23% powinno być zatem uzasadnione głębszą analizą, w związku z czym prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający zwracał się w trybie art. 42b ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT o wydanie wiążącej informacji stawkowej. Jednocześnie wnioskujemy o usunięcie z formularza oferty stawki VAT 23 % i umożliwienie Wykonawcom określenie kwoty VAT z uwzględnieniem charakteru niniejszego zamówienia bez konieczności określania stawki VAT".

Odpowiedź Zamawiającego:

„Zamawiający wykreśla stawkę podatku VAT z formularza ofertowego – załącznik nr 1 do SIWZ oraz ze wzoru umowy – załącznik Nr 8 do SIWZ – w załączeniu wzór formularza ofertowego i wzoru umowy po zmianach”.

Załącznikami do ww. pisma był poprawiony wzór formularza ofertowego i wzór umowy. Nowe brzmienie ust. 1 pkt 1 formularza ofertowego brzmiało:

„Oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia: 1) za łączną cenęzł brutto (słownie:.....)”.

W § 8 ust. 1 wzoru umowy po zmianie wprowadzono następujące zapisy:

„Strony ustalają całkowitą wysokość wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu Umowy: na kwotę.....zł brutto (słownie:.....) w tym: a) w roku 2021 na kwotę * zł brutto (słownie:.....) b) w roku 2022 na kwotę *zł brutto (słownie:.....)

*Zamawiający wskaże według możliwości finansowych w dacie zawarcia umowy z Wykonawcą”.

Zgodnie z treścią § 8 ust. 2 wzoru umowy Wynagrodzenie określone w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, jak również wszystkie inne kwoty bez których nie można wykonać Przedmiotu umowy, w szczególności: koszty związane z uzyskaniem wymaganych opinii, uzgodnień, decyzji, pozwoleń, ekspertyz, wszelkie koszty pomiarów, badań zabezpieczeń, robót porządkowych oraz koszty innych dokumentów i czynności koniecznych do wykonania Przedmiotu Umowy (w tym podatek w obowiązującej wysokości).

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 19 października 2020 r., do Zamawiającego wpłynęły oferty następujących Wykonawców, tj.:

- 1) [REDAKTOWANE] – cena oferty: 11 777 651,29 zł brutto;
- 2) [REDAKTOWANE] – cena oferty: 5 330 979,90 zł brutto;
- 3) [REDAKTOWANE] – cena oferty: 9 440 890,45 zł brutto.

Jak wynika z treści oferty Wykonawcy P. [REDAKTOWANE], Wykonawca ten złożył formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ) w wersji sprzed modyfikacji Zamawiającego, w związku z czym oświadczył, że: „Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia: 1) za łączną cenę 5 330 979,90 zł

brutto (słownie: pięć milionów trzysta trzydzieści tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych 90/100 gr) podatek VAT 23 % tj. 996 849,90 zł, netto 4 334 130,00 zł (słownie: cztery miliony trzysta trzydzieści cztery tysiące sto trzydzieści złotych 00/100gr), w tym: (...)"

Pozostali dwaj Wykonawcy złożyli oferty na zmodyfikowanym przez Zamawiającego formularzu ofertowym.

W informacji o wyniku postępowania z dnia 16 listopada 2020 r. Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą uznano ofertę Wykonawcy P [REDAKTOWANE]

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2020 r. zawarł umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia publicznego z Wykonawcą P [REDAKTOWANE] na kwotę 5 330 979,90 zł brutto.

W wystawionych fakturach przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] na etapie realizacji zamówienia zastosowano stawkę VAT 23 %.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył, co następuje.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Przez cenę zgodnie z art. 2 pkt. 1 Pzp2004 należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), z tym, że w tej cenie uwzględnia się m.in. podatek od towarów i usług. Podatek ten stanowi zatem składnik ceny obliczony według właściwej stawki przez wykonawców na etapie składania oferty.

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 (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (...) 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 ZamPubU, 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. (III CZP 52/11)).

Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, że w związku z modyfikacją dokonaną na skutek odpowiedzi na pytanie nr 5 do SIWZ Zamawiający usunął z formularza ofertowego i wzoru umowy wskazaną dotychczas stawkę podatku VAT w wysokości 23 %. Tym samym Zamawiający ostatecznie nie określił samodzielnie stawki podatku VAT dla zadań wchodzących w zakres kontrolowanego udzielenia zamówienia.

W kontekście oceny prawidłowości stawki VAT przyjętej i wskazanej wprost przez Wykonawcę Paweł Goc Brukarstwo w złożonym formularzu ofertowym, należy wskazać, iż pomimo zakwalifikowania przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 25 września 2020 r. nr 589761-N-2020 sekcja II.2 przedmiotowego zamówienia jako robót budowlanych, analiza zakresu przedmiotowego zamówienia daje podstawę do uznania, iż obejmuje on zadania spełniające definicję robót budowlanych, usług projektowych, jak również zadania niemieszczące się w tych kategoriach, tj. co najmniej zadania o których mowa na str. 3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz w rozdz. I pkt 3.6 czy rozdz. II pkt 10

Koncepcji architektoniczno-budowlanej, dotyczące usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni, które zostały wymienione w poz. 52¹ załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 106 z późn. zm.), dalej zwana „ustawą VAT”.

Jak wynika z treści art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy VAT, stawka podatku wynosi 23 % z zastrzeżeniem wymienionych 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, 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 zastosowania stawki obniżonej. Obniżoną do 8% stawkę podatku VAT można zastosować także do tych części, 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 przypadku jedynie do usług wymienionych w realizowanym projekcie a związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni skasyfikowanych pod symbolem PKWiU 81.30.10.0-„Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”, mieszczący się w poz. 176 załącznika nr 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.*

Tym samym uznać należy, że również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącym przedmiotem prowadzonej 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 w toku kontroli doraźnej ustalono, że Wykonawca P. [REDAKTOWANE], złożył nieaktualny formularz ofertowy, w którym w ust. 1 pkt 1) oświadczył, że „Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia: 1) za łączną cenę 5 330 979,90 zł brutto (...) podatek VAT 23 % tj. 996 849,90 zł, netto 4 334 130,00 zł (...)”.

Należy mieć na uwadze, że 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

¹ Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) usługi zagospodarowania zieleni znajdują się w sekcji N pod symbolem 81.30. nazwa grupowania: Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni.

w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. KIO 3462/20, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r. KIO 1462/17, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2020 r. KIO 372/20).

W kontekście skorzystania przez Wykonawcę P. [REDAKTOWANE] w omawianej sytuacji z nieaktualnego formularza ofertowego warto przytoczyć fragment ww. uchwały SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 53/11 zgodnie, z którym: „Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU nie ma bezpośredniego znaczenia okoliczność, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jako elementu kształtującego określoną w ofercie wysokość ceny, było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przez niego przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada przecież wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT”.

Zamawiający wyodrębnił w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz Koncepcji architektonicznobudowlanej zadania polegające na wykonaniu robót budowlanych, usług projektowych od zadań o charakterze zagospodarowania terenów zieleni. 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.

Należy wskazać, że 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. akt 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 VAT dla każdego rodzaju czynności. Uznać, należy, biorąc pod uwagę wyżej wskazane ustalenia stanu faktycznego, iż z analogicznym przypadkiem mamy do czynienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem kontroli.

Tym samym, uwzględniając powyższe należy przyjąć, iż co najmniej w zakresie usług zagospodarowania terenów zieleni stanowiących element zakresu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem kontroli doraźnej, wykonawcy powinni zaoferować cenę brutto z podatkiem VAT ustalonym na poziomie 8%. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia nieprawidłowej stawki VAT wskazanej w ofercie Wykonawcy P. [REDAKTOWANE].

Reasumując w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Paweł Goc Brukarstwo, pomimo zawierania błędu w obliczeniu ceny.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą P[REDAKTURA], który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 610 ust. 1 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 doraźnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

