



Warszawa, dnia

2023 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.35.2022.JB
KND/35/22/DKZP

Pan

Burmistrz Miasta Pionki
Urząd Miasta Pionki
ul. Aleja Jana Pawła II 15
26-670 Pionki

burmistrz@pionki.pl

W odpowiedzi na pismo z dnia 27 marca 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 30 marca 2023 r., znak: **IR.271.4.2023**) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. **Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część**, przeprowadzonego przez Gminę Miasto Pionki – Urząd Miasta Pionki uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisu art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.35.2022.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących głównego przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 27 marca 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

Działając w imieniu Gminy Miasta Pionki, w odniesieniu do otrzymanej Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r. (data wpływu do Urzędu Miasta Pionki 21.03.2023 roku), pn. „Zielone Pionki Obiekt III — Park Miejski Błonia w Pionkach część II” oświadczam, że kwestionuję ustalenia w niej zawarte, wskazując, co następuje.

Za bezzasadny, w przekonaniu Zamawiającego, uznać należy zarzut naruszenia przez Gminę Miasta Pionki (w dalszej części jako „Gmina”, „Zamawiający” lub „Beneficjent”) przepisu art. 27 ust. 1 ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. W punkcie wyjścia zauważyć bowiem należy, iż zamówienie publiczne pod nazwą „Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt III Park Miejski Błonia w Pionkach” część II, którego dotyczy niniejsza sprawa, stanowiło element szerszego projektu pn. „Zielone Pionki – Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim” współfinansowanego ze środków zewnętrznych. Szczegółowe zasady realizacji przedmiotowego zadania oraz warunki udzielania grantu regulowała umowa o dofinansowanie nr POIS.02.05.00-000192/16-00 (w dalszej części jako „umowa o dofinansowanie”) zawarta pomiędzy Narodowym Funduszem Środowiska i Gospodarki Wodnej (w dalszej części wyjaśnien jako „NFOŚiGW” lub „Instytucja Wdrażająca”) oraz Gminą Miasta Pionki. Kontrakt przedmiotowy został podpisany 20 kwietnia 2018 r. jeszcze przez poprzedniego Burmistrza Miasta Pionki. Co znamienne zarówno we wniosku o udzielnie grantu, jak również w samej umowie o dofinansowanie zadanie stanowiące przedmiot niniejszego postępowania od początku zostało zakwalifikowane jako polegające na realizacji robót budowlanych. Stosownie do postanowień kontraktu łączącego Gminę z NFOŚiGW miała ona zrealizować zadanie m.in. zgodnie z „opisem projektu” stanowiącym załącznik nr 7 do umowy o dofinansowanie (por. § 4 ust. 4 pkt 2 umowy). „§ 4 Zasady realizacji Projektu pkt 4 Beneficjent zobowiązuje się zrealizować Projekt zgodnie z pkt 2) Opisem projektu, stanowiącym załącznik nr do Umowy, określającym m. in. zakres rzeczowy Projektu”. Dokument ten został merytorycznie zatwierdzony przez NFOŚiGW oraz ówczesne władze Gminy jako strony umowy i stanowił jej integralną część – w istocie determinując zakres projektu objętego dofinansowaniem oraz jego szczegółowy przedmiot. W ramach opisu projektu jednoznacznie określono, iż przedmiotem „Zadania 4 (Rewitalizacja Parku Miejskiego Błonia przy. ul. Niepodległości)”, odpowiadającego przedmiotowo zamówieniu objętemu kontrolą, są roboty budowlane. Poniżej wyciąg z rozpatrywanego dokumentu. W załączeniu przesyłamy również umowę nr POIS.02.05.00-000192/16-00 oraz załącznik nr 7 dla całego projektu w którym w kategorii wydatków określono, iż będą to roboty budowlane.

W związku z objęciem funkcji Burmistrza Miasta Pionki wykonywałem projekt zgodnie z postanowieniami zawartej uprzednio umowy o dofinansowanie oraz założeniami, jakie przyjęto w związku z wystąpieniem o udzielnie grantu.

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

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

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

Należy w tym kontekście dodatkowo podkreślić, iż zarówno NFOŚiGW, jak też Prezes UZP (w kontekście oceny innych etapów rozpatrywanego projektu) odmówili Gminie udostępnienia treści ekspertyzy przygotowanej na zlecenie NFOŚiGW, jak też pisma, w którym instytucja ta wskazuje Prezesowi UZP, iż głównym przedmiotem zadania objętego kontrolą było nasadzanie zieleni, tj. usługi, a nie jak było to konsekwentnie przyjmowane uprzednio szerzej rozumiane zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim, które należało kwalifikować jako roboty budowlane. Powyższe, w ocenie Gminy, narusza standardy proceduralne w zakresie umożliwienia jej rzetelnego odniesienia się do przebiegu kontroli i ustaleń powziętych w jej wyniku, w szczególności w sytuacji, gdy może ona skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Beneficjenta. Wobec powyższego Gmina wnosi o udostępnienie ww. dokumentów.

Gmina pragnie także zauważyć, iż przeprowadziła swoistą kwerendę w ramach projektów realizowanych przy współudziale NFOŚiGW, a dotyczących również zagospodarowania zieleni dla działania 2.5 Poprawa jakości środowiska miejskiego, 2. typ projektów: Rozwój terenów zieleni w miastach i ich obszarach funkcjonalnych (na tle dostępnych danych ze stron internetowych). Z analizy powyższej wynika, iż na ogólną liczbę 169 zadań realizowanych przez Beneficjentów w ramach przedmiotowego działania, co najmniej 87, czyli większość z nich, została zakwalifikowana jako zamówienia obejmujące roboty budowlane. Usługi występowały tylko w 12 przypadkach, natomiast w przypadku pozostałych z opublikowanych dokumentów nie ustalono, jaki rodzaj zamówienia zastosowano. Co istotne znaczna część z projektów realizowanych przez Beneficjentów jako zamówienia o roboty budowlane obejmowało przedmiotowo tożsamy lub bardzo zbliżony zakres prac jak w przypadku zadania objętego kontrolą, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wielu z nich zadania związane z nasadzeniami zieleni (kwalifikowanymi statystycznie jako usługi) stanowiły o wiele bardziej istotny komponent ilościowy i wartościowy niż w przypadku przedmiotowego zamówienia.

Należy tu podkreślić, iż NFOŚiGW nie kwestionował, zgodnie z wiedzą Gminy, w przypadku ww. projektów prawidłowości dokonanej przez beneficjentów kwalifikacji reżimu prawnego dla realizowanych zamówień, mimo iż były one bardzo zbliżone do tego objętego kontrolą (w załączeniu poglądowo wydruk kilku ogłoszeń dot. zamówień o tożsamym charakterze realizowanych w ramach

działania 2.5 i zakwalifikowanych jako roboty budowlane oraz pełna lista projektów w ramach tego działania z opisem rodzaju zamówienia).

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

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

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

Gmina Miasta Pionki, podobnie jak inni Beneficjenci realizujący tożsame zadania, przyjęła, w ramach procesu kategoryzacji, o której mowa w art. 27 pzp, że pomimo nominalnego ujęcia zadania jako obejmującego zagospodarowanie terenów zielonych, jego celem było stworzenie miejskiej infrastruktury rekreacyjnej, której zasadniczy komponent ilościowy oraz kosztowy stanowiły roboty stricte budowlane, natomiast nasadzenia zieleni tworzyły jedynie niewielką część tej infrastruktury i to zarówno na poziomie ilościowym (w rozumieniu zakresu prac) oraz wartościowym. Jak wynika z opisu projektu, jego celem była poprawa jakości środowiska miejskiego prowadząca do poprawy jakości życia mieszkańców Pionek. Nie można jednak tego złożenia ograniczyć do czystego przyjęcia, iż wykonanie zadania stanowiło jedynie proste poprawienie jakości istniejącej przestrzeni obejmującej tereny zielone, gdyż dotyczyło ono w zasadzie budowy od podstaw szerszego kompleksu infrastrukturalnego, na który składały się ciągi piesze, parking, plac zabaw, urządzenia sprawnościowe,

budynek wraz z przyłączami, oświetlenie, czy też liczne elementy małej architektury. Element zadania obejmujący dokonanie nasadzeń zieleni, podlegający kwalifikacji statystycznej i normatywnej jako usługi, posiadał relatywnie niewielki udział (wartościowy) w całości prac, a resztę robót (w tym przygotowanie terenu pod nasadzenia) należało potraktować jako roboty budowlane i to one stanowiły zasadniczą część zadania, na które został wykonany Projekt budowlany.

W ramach przedmiotowego zamierzenia były przewidziane do realizacji następujące zadania:

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

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

Egzemplifikując powyższą konstatację należy wskazać, iż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, objętego planowanym zamówieniem publicznym, została przyjęta na podstawie kosztorysów inwestorskich:

Lp.	Nazwa opracowania	Data opracowania	Wartość netto [zł]
1.	Kosztorys inwestorski (roboty budowlane, zieleni)	19.03.2021 r.	782.934,52
2.	Kosztorys inwestorski (roboty elektryczne)	21.04.2021 r.	38.550,72
Razem:			821.485,24 zł

W kosztorysie inwestorskim (branża budowlana), pozycje kosztorysowe od nr 16 do 51 to usługi związane z nasadzeniami zieleni, reszta to typowe prace budowlane w zakresie kształtowania terenów sportowych i rekreacyjnych oraz w zakresie zagospodarowania terenu, budowy infrastruktury i budowy elementów małej architektury.

Wartość usług związana z nasadzeniami zieleni, wg kosztorysu inwestorskiego, to 132 465,28 zł wg nw. zestawienia:

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

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

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

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

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

Bezsporny jest więc fakt, iż w zadaniu objętym kontrolą roboty budowlane mają zdecydowanie większy wartościowy i ilościowy udział niż usługi czy dostawy roślinności do wykonania usług nasadzenia (natomiast dostawy roślinności mają większy wartościowy udział niż usługi nasadzenia tej roślinności). Odnosnie zaś kryterium celu zamówienia, zdecydowanym celem zamówienia było wykonanie nowego zagospodarowania przestrzeni miejskiej, tj. zarówno zaprojektowanej od nowa infrastruktury (wykonywanej na całym zagospodarowanym obszarze od podstaw), jak też nasadzeń zieleni, przy czym stanowiły one jedynie element wykończeniowy, po przeprowadzeniu wcześniejszych prac budowlanych.

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

W ramach realizacji przedmiotowego zamówienia realizowane były przede wszystkim roboty budowlane wskazane w sekcji F PKWiU z 2014 r. Głównym przedmiotem zamówienia były bowiem roboty budowlane w zakresie kształtowania terenu (43.12.11.0 objęte 23% stawka podatku VAT jako roboty budowlane), roboty ziemne (43.12.12 objęte 23% stawka podatku VAT jako roboty budowlane), prace instalacyjne (43.21.10 objęte 23% stawka podatku VAT jako roboty budowlane). Usługi związane wyłącznie z zagospodarowaniem terenów zieleni i niebędące jednocześnie robotami budowlanymi wskazanymi w sekcji F, stanowią jedynie niewielką część realizowanej inwestycji.

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

Nie można więc podzielić stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w informacji z kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r., że zamówienie polegające na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zielonych ma charakter usługowy. Wyprowadzenie takiego wniosku zdaje się wynikać z nadmiernie uwypuklonego kryterium nominalno-teleologicznego (celowościowego), tj. odniesienia się głównie do nazwy projektu „odnowa terenów zielonych” oraz wskazanych przez NFOŚiGW założeń dla projektu wynikających z kolei z ogólnych założeń dla całego działania 2.5 Poprawa jakości środowiska miejskiego, 2. typ projektów: Rozwój terenów zieleni w miastach i ich obszarach funkcjonalnych. Gdyby ten czynnik uznać za decydujący, to realizacja wszystkich 169 zadań w ramach przedmiotowego działania winna być zakwalifikowana jako usługi, co nie miało miejsca, gdyż co najmniej 87 z nich było realizowanych jako roboty budowlane przy pełnej akceptacji NFOŚiGW. Przyjęcie założenia, że zadanie objęte kontrolą wyłącznie ze względów na ogólne założenia projektu winno być usługą, przy całkowitym pominięciu czynnika ilościowego

i wartościowego stwarza precedens, który może prowadzić do sytuacji, gdzie określone działanie na poziomie państwa członkowskiego jest w przeważającym stopniu wykonane z naruszeniem prawa, co przede wszystkim rzuca się cieniem na funkcjonowanie instytucji państwa członkowskiego jako takich, a w szczególności właściwej Instytucji Wdrażającej odpowiadającej za walidację nadzorowanych projektów. Przykładowo w ramach przedmiotowego projektu roboty budowlane o podobnym zakresie prac realizowały np.: Miasto Ruda Śląska , Gmina Miasto Pruszków, Gmina Miasto Jawor, Gmina Międzyzdroje, Gmina Gryfino.... itd.

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

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

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

Podkreślić należy bowiem, iż właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na wykonaniu *zagospodarowania i odnowy terenów zieleni* (Rozdział II pkt 6 SWZ), które to zadanie ma charakter usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych określonej w art. 7 pkt 21 ustawy Pzp. 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 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.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie w interpretacji przedstawionej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniący rolę Instytucji Wdrażającej dla projektu pn. *Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16*, stanowiącego źródło finansowania przedmiotowego zamówienia publicznego, która to interpretacja została powołana w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r.

W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego dotyczącego nieudostępnienia treści wniosku o wszczęcie kontroli skierowanego do Urzędu Zamówień Publicznych przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, należy wskazać, iż w związku z kontrolą doraźną o sygn. KND/210/21/DKZP dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – obiekt I Skwer przy Alei Jana Pawła II* wchodzącego w skład tożsamego projektu pn. *Zielone Pionki – zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr POIS.02.05.00-00-0192/16*, pismem z dnia 2 stycznia 2023 r.

Zamawiający został poinformowany, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a) tiret drugie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902), informacją publiczną są dokumenty urzędowe w postaci dokumentacji przebiegu i efektów kontroli oraz wystąpienia, stanowiska, wnioski i opinie podmiotów je przeprowadzających. Tym samym podkreślono, iż wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej nie stanowi informacji publicznej, a w konsekwencji stwierdzono brak podstawy prawnej do udostępnienia wniosku o wszczęcie kontroli. Należy przy tym podkreślić, iż przedstawiona przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej kluczowa teza została zacytowana w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r., przy czym zaznaczyć należy, iż informacja uzyskana od tego podmiotu stanowiła jedynie element o charakterze subsydiarnym dla kompleksowej oceny stanu faktycznego w kontekście treści przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp dokonanej w toku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu. Ponadto, istotą zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej nie jest polemika Zamawiającego z wnioskodawcą kontroli. Jednocześnie podkreślić należy, iż Prezes Urzędu nie posiada „ekspertyzy przygotowanej na zlecenie NFOŚiGW”, która stanowiłaby dokument odrębny od pisma skierowanego przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej do Prezesa Urzędu.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do relacji wartości poszczególnych czynności realizowanych w toku wykonywania zamówienia, należy ponownie przywołać podniesiony już w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 marca 2023 r. argument, iż wartościowy udział danego rodzaju zamówienia nie może mieć znaczenia przesądzającego dla oceny charakteru danego zamówienia jako całości, a w konsekwencji – dla ustalenia przepisów, które znajdują zastosowanie do jego udzielenia.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 26 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 9/23) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. *Zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim „Zielone Pionki” – Park Miejski Błonia w Pionkach – II część*.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 9/23).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 9/23).