Sygn. akt: KIO 1801/19

WYROK

z dnia 27 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 roku przez Odwołującego, którym jest Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Miasto Kalisz w siedzibą w Kaliszu

przy udziale wykonawcy Flexipower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1801/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Kalisz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Poprawa jakości powietrza poprzez zwiększenie udziału OZE w wytwarzaniu energii na terenie Miasta Kalisza" nr postępowania WRM.271.01.18.2019, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 110-267929.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części.

W dniu 16 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 6 września 2019 r. polegającej na zawiadomieniu Odwołującego o poprawieniu omyłek w jego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. 2018 poz. 2174, zwanej dalej: „ustawą o VAT") poprzez dokonanie bezpodstawnego poprawienia w ofercie Odwołującego „Formularza cenowego wraz z oświadczeniami" w zakresie Części 1 i Części 2 zamówienia Zawiadomieniem o poprawieniu omyłek z dnia 6 września 2019 r. (dalej: „Zawiadomienie o poprawieniu omyłek"), w sytuacji gdy z bezwzględnie obowiązujących przepisów (tj. art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT) wynika, że usługa wykonania dokumentacji projektowej nie stanowi części składowej montażu i dostawy instalacji będących przedmiotem zamówienia, a zatem usługa ta powinna zostać wyodrębniona z formularza cenowego, ponieważ ma do niej zastosowanie stawka podatku w wysokości 23 %.

W razie uwzględnienia niniejszego zarzutu nr 1, Odwołujący wniósł o rozpoznanie zarzutu nr 2, tj. naruszenia:

2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r.

Kodeks cywilny (t. j. Dz.U. 2019 poz. 1145, zwanej dalej: „k.c.") w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez określenie w Zawiadomieniu o poprawieniu omyłek, że brak otrzymania przez Zamawiającego w terminie 3 dni od dnia doręczenia Zawiadomienia pisma sprzeciwiającego się poprawieniu omyłek będzie traktowane jako wyrażenie zgody na zmiany, a tym samym dokonanie niedozwolonej modyfikacji i błędnej wykładni sformułowania zawartego w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) „wykonawca (...) nie zgodzi! się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3", w sytuacji, gdy zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że milczenie wykonawcy co do tej kwestii jest traktowane jako brak zgody na poprawienie omyłek, ponieważ nie stanowi dorozumianego oświadczenia woli o którym mowa w art. 60 k.c., oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, ponieważ ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 6 września 2019 r. polegającej na zawiadomieniu Odwołującego o poprawieniu omyłek w jego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w SIWZ wymaganiami, prawidłowe dokonanie badania i oceny ofert może skutkować wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zarówno w Części 1, jak i Części 2 Postępowania.

Niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze odwróconej. Zamawiający aktualnie dokonuje oceny ofert. Pomimo, że zarówno w Części 1, jak i w Części 2 zamówienia, oferta Odwołującego obecnie plasuje się na drugiej pozycji, nie jest wykluczone, że mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w obu częściach Postępowania, ponieważ oferty wykonawców plasujących się obecnie na pierwszej pozycji mogą zostać odrzucone, bądź wykonawcy ci mogą zostać wykluczeni z postępowania albo mogą odmówić zawarcia umowy z Zamawiającym.

Ponadto dokonując nieuprawnionej poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający zmienił cenę całkowitą brutto oferty Odwołującego: w Części 1 z 5 597 589,57 zł na 5 590 099,74 zł, a w Części 2 - z 1 856 238,54 zł na 1 853 103, 84 zł, co może spowodować uszczuplenie majątku Odwołującego. Dokonanie poprawy Formularza cenowego przez Zamawiającego skutkowało zmianą oświadczenia woli Odwołującego i obniżeniem ceny jego oferty. Ponadto skutki odmowy wyrażenia zgody przez Odwołującego na czynność Zamawiającego, która jest niezgodna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o VAT, mogłyby być ważkie, ponieważ Zamawiający odrzuciłby bezzasadnie - jak wykazano w niniejszym odwołaniu - ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem straciłby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów oraz została sklasyfikowana na drugim miejscu, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Ustawy, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Powyższe niezbicie świadczy o tym, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania i wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 6 września 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu omyłek w jego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 16 września 2019 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest na mocy pkt 4.1 SIWZ „kompleksowa dostawa i montaż instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii, których opis zawarty jest w „Specyfikacji technicznej sprzętu", „Wytycznych dla Wykonawców" oraz projektach sytuacyjno-technicznych instalacji, stanowiących załączniki do SIWZ, a także serwisowanie instalacji w okresie gwarancji i rozszerzonej rękojmi za wady na warunkach zawartych w SIWZ, w tym w „Wytycznych dla Wykonawców" i projekcie umowy".

Zgodnie z pkt 4.2. SIWZ przedmiot niniejszego zamówienia został podzielony na następujące części:

Część 1: dostawa i montaż 329 instalacji fotowoltaicznych wytwarzających energię elektryczną.

Zakres przedmiotu zamówienia w niniejszej Części obejmuje m.in. opracowanie dokumentacji projektowej dla każdej instalacji odrębnie, na podstawie załączonych do SIWZ dokumentów wymienionych w pkt 4.1. SIWZ, zawierającej projekt wykonawczy i ekspertyzę techniczną konstrukcji dachu, dostawę, montaż, uruchomienie i przeprowadzenie procedury włączenia do sieci OSD instalacji (zwanych również „mikroinstalacjami") fotowoltaicznych wytwarzających energię elektryczną w 329 lokalizacjach — nieruchomościach prywatnych, należących do mieszkańców Miasta Kalisza.

Część 2: dostawa i montaż 138 instalacji kolektorów słonecznych wytwarzających energię cieplną na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej.

Zakres przedmiotu zamówienia w niniejszej Części obejmuje m.in. opracowanie dokumentacji projektowej dla każdej instalacji odrębnie, na podstawie załączonych do SIWZ dokumentów wymienionych w pkt 4.1. SIWZ, zawierającej projekt wykonawczy i ekspertyzę techniczną konstrukcji dachu, dostawę, montaż, uruchomienie instalacji kolektorów słonecznych wytwarzających energię cieplną na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej w 138 lokalizacjach - nieruchomościach prywatnych, należących do mieszkańców Miasta Kalisza.

W dniu 6 września 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie omyłek, wskazując, że:

„działając zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą) w imieniu Zamawiającego (Miasta Kalisz) informuję, że Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawił w Państwa ofercie omyłki w zakresie Części I i Części 2 zamówienia wynikające z wyodrębnienia przez Państwa w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami" dodatkowej pozycji pn. „Dokumentacja projektowa". Zgodnie z zapisami treści pkt 21 SIWZ, Wykonawca zobowiązany był w cenie jednostkowej netto każdego rodzaju instalacji uwzględnić również koszt sporządzenia dokumentacji projektowej.

Mając na uwadze powyższe:

- w zakresie Części I zamówienia do każdej pozycji kolumny D (ceny jednostkowej netto każdego rodzaju instalacji) Zamawiający dodał kwotę 171,00 zł netto (tj. wartość 1 dokumentacji projektowej),

- w zakresie Części II zamówienia do każdej pozycji kolumny D (ceny jednostkowej netto każdego rodzaju instalacji) Zamawiający dodał kwotę 162,00 zł netto (tj. wartość 1 dokumentacji projektowej),

- w zakresie Części I i II dokonał ponownego przeliczenia wartości w kolumnach F, G, H, I — zgodnie z instrukcjami zawartymi w SIWZ i „ Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami ".

Konsekwencją ww. zmian była zmiana sum podatku VAT, całkowitych cen brutto oraz części formularza dotyczącej kwestii odwrotnego obciążenia podatkiem VAT, co zostało przedstawione na załączniku do niniejszego pisma tj. „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami" (dokument poprawiony przez Zamawiającego - opisujący wprowadzone przez zamawiającego omyłki).

Mając na uwadze powyższe:

- cena brutto dla Części I zamówienia ulegała zmianie z kwoty: 5.597.589,54 PLN na kwotę 5.590.099,74 PLN;

- cena brutto dla Części II zamówienia ulegała zmianie z kwoty: 1.856.238,54 PLN na kwotę 1.853.103,84 PLN.

Jednocześnie informuję, iż przysługuje Państwu prawo do odmowy wyrażenia zgody na powyższe czynności Zamawiającego w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego zawiadomienia.

Brak otrzymania przez Zamawiającego w wyżej wymienionym terminie pisma sprzeciwiającego się poprawieniu omyłek, o których mowa wyżej, traktowane będzie jako wyrażenie zgody na powyższe zmiany".

Zarzut nr 1, tj. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust, 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT poprzez dokonanie bezpodstawnego poprawienia w ofercie Odwołującego „Formularza cenowego wraz z oświadczeniami" w zakresie Części 1 i Części 2 zamówienia Zawiadomieniem o poprawieniu omyłek z dnia 6 września 2019 r., w sytuacji gdy z bezwzględnie obowiązujących przepisów, tj. art, 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT wynika, że usługa wykonania dokumentacji projektowej nie stanowi części składowej montażu i dostawy instalacji będących przedmiotem zamówienia, a zatem usługa ta powinna zostać wyodrębniona z formularza cenowego, ponieważ ma do niej zastosowanie stawka podatku w wysokości 23 %.

W ocenie Odwołującego, czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu oferty Odwołującego Zawiadomieniem z dnia 6 września 2019 r. świadczy o dokonaniu nieuprawnionej i bezpodstawnej ingerencji w ofertę.

Zamawiający w postanowieniach punktu 21.1 oraz 21.2 SIWZ wskazał, że:

„21.1. Wykonawca zobowiązany jest do podania w tabeli dotyczącej Części, na którą składa ofertę, znajdującej się w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami" cen i wyliczenia ceny zgodnie ze wskazówkami zawartymi w pierwszym wierszu odpowiedniej tabeli, pod daną tabelą oraz poniżej.

Należy wycenić wszystkie pozycje, gdyż brak wyceny choćby jednej pozycji może spowodować odrzucenie oferty.

21.2, Cenę ofertową wyliczyć należy w sposób następujący: w odpowiedniej tabeli w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami", należy podać oferowaną przez Wykonawcę cenę jednostkową netto dla każdej pozycji, a następnie dla każdej pozycji dokonać wyliczeń: wartości podatku VAT (z zastosowaniem stawki podatku VAT podanej w kolumnie E tabeli), ceny jednostkowej brutto, ceny łącznej netto i ceny łącznej brutto, zgodnie ze wskazówkami zawartymi w pierwszym wierszu tabeli. Otrzymane ceny łączne netto dla każdej pozycji należy zsumować (suma kolumny H), a otrzymaną w ten sposób cenę całkowitą netto wpisać w ostatnim wierszu tabeli.

W ostatnim wierszu tabeli należy podać łączną kwotę podatku VAT 8% i 23% wynikającą, z sumy kwot podatku z kolumny F tabeli (stawka VAT jest uzależniona od usytuowania danej instalacji).

Otrzymane ceny łączne brutto dla każdej pozycji należy zsumować (suma kolumny I), a otrzymaną w ten sposób cenę całkowitą brutto wpisać w ostatnim wierszu tabeli. Cena całkowita brutto podlegać będzie ocenie w kryterium „Cena". "

Ponadto, z punktu 21.5 SIWZ wynika, że:

„21.5. W cenach jednostkowych netto zawierają się wszelkie koszty i obciążenia (czynności Wykonawcy związanie z przygotowaniem dokumentacji projektowych, dostaw, transportem, rozładunkiem, pracami montażowymi, oczyszczeniem i przygotowaniem terenu,

uruchomieniem instalacji w wskazanych lokalizacjach na terenie Miasta Kalisza, przeprowadzeniem instruktaży Użytkownikom w zakresie obsługi instalacji, serwisowaniem, itp.) związane z dostawą, oprócz podatku VAT".

Na podstawie powyższych wytycznych Zamawiający zobowiązał wykonawców biorących udział w postępowaniu do wypełnienia Załącznika nr 1 do SIWZ („Formularz cenowy

wraz oświadczeniami").

Wykonawcy zostali w związku z powyższym zobowiązani do wskazania cen poszczególnych pozycji stanowiących przedmiot zamówienia w Postępowaniu. Jak wskazał

Zamawiający, wysokość stawki VAT została uzależniona od usytuowania danej instalacji i wynosi 8% lub 23%. Jednocześnie w punkcie 21.5 SIWZ Zamawiający wskazał, że w ramach cen jednostkowych netto zawarte zostały wszelkie koszty i obciążenia związane z realizacją zamówienia, w tym czynności wykonawców związane z przygotowaniem dokumentacji projektowych.

W świetle powyższego, stanowczego podkreślenia wymaga, że zgodnie z obowiązującymi przepisami (ti. art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT) opracowanie dokumentacji projektowej powinno zostać opodatkowane zgodnie z 23% stawka podatku YAT. W związku z powyższym, sporządzając ofertę wykonawcy powinni byli wykazać, że mimo objęcia części przedmiotu dostawy stawką procentową podatku VAT w wysokości 8%, sporządzenie dokumentacji projektowej w powyższym zakresie zostało opodatkowane zgodnie z 23-procentowa stawka podatku VAT.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy, przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7.

Zgodnie z art. 5a ustawy towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art, 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów i usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne.

Na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy, stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1.

W myśl art. 41 ust. 2 ustawy, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do

ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1.

Natomiast stosowanie do art. 146aa ustawy o VAT:

„1. W okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art; 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%:

1) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi

23%;

2) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%;

3) stawka zryczałtowanego zwrotu podatku, o której mowa w art. 115 ust. 2, wynosi 7%;

4) stawka ryczałtu, o której mowa w art. 114 ust. 1, wynosi 4%”.

Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w doktrynie, orzecznictwie i w interpretacjach urzędów skarbowych, zasadniczo każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być uznawane za odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy kilka świadczeń obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę/dostawę, usługa/dostawa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Jeżeli zatem dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz danego podmiotu są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów stosowania przepisów ustawy o VAT. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonywaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do świadczenia zasadniczego, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem w skutecznym wykorzystaniu świadczenia zasadniczego. Ważne jest, czy świadczenia są ze sobą ściśle powiązane w taki sposób, że samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia przeciętnego konsumenta. Pojedyncza czynność lub świadczenie traktowana jest zatem jak element świadczenia kompleksowego wówczas, jeżeli cel świadczenia pomocniczego jest zdeterminowany przez świadczenie główne, które nie może zostać wykonane lub wykorzystane bez świadczenia pomocniczego.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), zgodnie z art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy VAT (77/388) co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania VAT powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Trybunał stwierdził w wyroku z dnia 27 października 2005 r. (sprawa C-41/04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris van Financien), że: "artykuł 2 ust. 1 szóstej dyrektywy Rady nr 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw

członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku należy interpretować w ten sposób, że jeżeli dwa lub więcej świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej." Podobne stanowisko zajął TSUE w wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise. W świetle przywołanych orzeczeń TSUE, za zasadę uznaje się, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne. W myśl przywołanego przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. "świadczeń kompleksowych" traktowana jest zaś jako wyjątek od tej zasady.

Tak więc, o świadczeniu złożonym (kompleksowym) można mówić wtedy, gdy istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Muszą one stanowić jedną nierozerwalną całość.

W przypadku, gdy w skład świadczonego zamówienia wchodzą usługi pomocnicze, czyli takie, które nie stanowią dla klienta celu samego w sobie, a są jedynie uzupełnieniem usługi głównej, opodatkowanie całego świadczenia winno nastąpić według stawki obowiązującej dla usługi zasadniczej.

W związku z tym, w każdym przypadku dla określenia skutków podatkowych transakcji złożonych należy badać, czy mamy do czynienia z kompozycją świadczenia głównego, wzbogaconą jedynie o świadczenia pomocnicze, czy też dostawca realizuje kilka odrębnych i niezależnych świadczeń.

W przypadku, gdy występuje wielość świadczeń wynikających z jednej umowy, mogą być potraktowane one jako jedna usługa (świadczenie), lecz jest to możliwe tylko i wyłącznie w takich sytuacjach, gdy na ową usługę (świadczenie) składa się cały zespół niedających się w istocie wyodrębnić czynności, dających w efekcie ostateczną, jednorodną usługę (świadczenie).

Sytuacja ta nie ma jednak miejsca w odniesieniu do niniejszego postępowania, gdzie możliwe jest wyodrębnienie czynności wykonania dokumentacji projektowej od czynności dostawy i montażu instalacji fotowoltaicznych. Czynności te maja bowiem charakter samoistny i mogą występować niezależnie. Usługa wykonania dokumentacji projektowej nie stanowi składowej wykonania ww. dostawy i montażu instalacji fotowoltaicznych, wprost ją poprzedza i mogłaby być wykonana przez dowolny, inny podmiot, a usługi te nie są ze sobą tak ściśle powiązane. by niemożliwe było ich wyodrębnienie wręcz przeciwnie co do zasady, są to dwie różne i niezależne od siebie usługi.

Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że czynność wykonania dokumentacji projektowej (jako czynność odrębna) nie może korzystać ze stawki preferencyjnej w wysokości 8%, w związku z tym podlega opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 23%, zgodnie

z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Powyższe potwierdza ugruntowane w tym zakresie stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - przykładowo w wyroku z dnia 13 listopada 2018 r. (KIO 2210/18), wskazano, że: „Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podniósł, że przy obliczaniu ceny ofertowej brutto wziął pod uwagę zapisy SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, w tym postanowienia wzoru umowy, z których wynika, że wykonawca zobowiązany jest wykonać dokumentację projektową. Wobec powyższego koniecznym było w obliczeniu ceny ofertowej brutto tę czynność. Nie było także możliwe zakwalifikowanie kosztów wykonania dokumentacji technicznej jako składowej części instalacji, ze względu że wykonanie dokumentacji, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego - podatku od towarów i usług - podlega stawce 23%, podczas gdy sam Zamawiający w SIWZ zaznaczył różnorodność stawek 8 i 23% dla instalacji. Odwołujący wyszedł z założenia, że czynności sporządzenia dokumentacji technicznej nie można uznać za nierozerwalnie związaną z dostawą i montażem instalacji. Charakter czynności innych niż dostawa i montaż instalacji kolektorów nie pozwala na obiektywne uznanie tych czynności za nierozerwalnie związane z głównym przedmiotem świadczenia. (...) Zatem etap wykonania dokumentacji był odrębnym, wydzielonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, istotnym dla Zamawiającego elementem wykonania zadania inwestycyjnego. Zamawiający określił także w SIWZ oraz formularzu ofertowym, że do zamówienia zastosowanie znajdą dwie stawki podatkowe: 8% i 23%. Dlatego też wyodrębnienie w formularzu ofertowym Odwołującego dodatkowego punktu, gdzie umieszczono cenę za wykonanie dokumentacji projektowej stosując do tej czynności stawkę 23%, w przypadku budynków, gdzie sam montaż urządzeń objęty jest stawką obniżoną, nie można uznać za niezgodność merytoryczną z treścią SIWZ,

która skutkować musi odrzuceniem oferty takiego wykonawcy. (...) Zdaniem Izby Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty ze wskazaniem art. 89 ust, 1 pkt 6 ustawy Pzp był zobowiązany poddać analizie także prawidłowość zastosowanych przez wykonawców stawek, nie skupiając się wyłącznie na aspekcie obliczenia ceny zgodnie ze wzorem formularza ofertowego".

Podobne zapatrywanie w zakresie kompleksowości świadczenia oraz stawki podatku VAT właściwej dla wykonania dokumentacji projektowej w zamówieniu podobnym do przedmiotowego wyrażono w wyroku KIO z dnia 21 maja 2018 r. (KIO 880/18). Jak wskazano w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 22 września 2009 r. (I SA/Gd 348/09), jeśli świadczenie może być rozdzielone, tak jak usługi zaprojektowania i np. budowy budynku mieszkalnego, to należy stosować odrębne stawki VAT dla każdej z usług. WSA oddalając skargę wskazał, że należy najpierw sprawdzić, czy świadczenia mogą być rozdzielone, a następnie trzeba zbadać wartość jednego i drugiego. Jeśli rozdzielenie jest możliwe (choćby w najmniejszym stopniu), to nie może być mowy o łącznym świadczeniu opodatkowanym jedną stawką. Gdyby rozdzielenie nie miało sensu, to wtedy należałoby przyjąć jedną stawkę dla całości.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że na gruncie prawa podatkowego, objęcie jedną umową kilku czynności (zaprojektowania i dostawy instalacji energii odnawialnej) nie uprawnia do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT 8% do wszystkich świadczeń objętych umową. Co więcej, stanowisko takie jest prezentowane jednolicie, zarówno przez ograny podatkowe, jak i przed sądy administracyjne obu instancji. Problem świadczeń złożonych poruszany był wielokrotnie w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych, które dostrzegają potrzebę rozdzielania świadczeń, co do których podatnik stał na stanowisku, że stanowią świadczenie złożone (oprócz wyroków powołanych powyżej zob. również wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt III SA/Wa 1155/10 oraz wyrok z dnia 3 lutego 2010 r., I SA/Kr 1794/09).

Ponadto stanowczego podkreślenia wymaga, że to wykonawca jako profesjonalny podmiot działający z należytą starannością wymaganą od przedsiębiorcy o której mowa w art. 355 k.c. i jako podatnik VAT zobowiązany do przestrzegania przepisów prawa, jest odpowiedzialny z tytułu prawidłowego określenia i naliczenia stawki podatku VAT. Nie ulega wiec wątpliwości, że zamawiający nie jest podmiotem, który decyduje o wysokości stawki podatku i sposobie opodatkowania. Powyższe potwierdzono m. in. w wyroku KIO z dnia 24 maja 2017 r. (KIO 954/17), gdzie rozstrzygnięto, że: „to nie Zamawiający decyduje o wysokości stawki podatku i sposobie opodatkowania, ale wynika to z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym sposób ukształtowania przez Zamawiającego formularza ofertowego nie wpływa na możliwości i obowiązek zastosowania właściwych przepisów prawa podatkowego", a także w wyroku KIO z dnia 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 261/17, gdzie rozstrzygnięto, że: „Izba na wstępie uznaje za zasadne wskazanie, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT, bowiem zgodnie z przepisami podatkowymi wystawca faktury odpowiada za jej prawidłowość. (...) W sposób szczególny zdaniem Izby należy w takich sytuacjach zwrócić uwagę na kwestie, iż dla oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT nie jest istotne zapatrywanie stron postępowania w tym zakresie, gdyż prawo podatkowe zachowuje pewną autonomiczność wobec innych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego. Dlatego tez również postanowienia SIWZ nie mogą mieć decydującego znaczenia i wpływu na wysokość opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Swoboda w opisie przedmiotu zamówienia i interpretacja postanowień SIWZ przez wykonawców w zakresie spraw podatkowych, nie może przekładać się w sposób bezpośredni na obowiązek podatkowy wykonawcy i nie należy z nich wywodzić stawek podatku VAT. Dlatego tez dla prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego właściwej stawki podatkowej istotne znaczenie mają przede wszystkim przepisy prawa podatkowego".

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wprost w pkt 21,8 SIWZ wskazał, że „wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego zapoznania się z odpowiednimi regulacjami w powyższym zakresie zawartymi w ustawie o podatku od towarów i usług.

Zamawiający informuje, iż jest zarejestrowanym podatnikiem podatku od towarów i usług (VAT) czynnym (NIP 618-001-59-33)".

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik do jego oferty wyodrębnił pozycję dotyczącą kosztu sporządzenia dokumentacji projektowej dla całego zamówienia, która zgodnie z obowiązującymi przepisami objęta została 23-procentową stawką podatku VAT. Odwołujący dokonał tego zgodnie z pkt 21.5 i 21.8 SIWZ. Zatem dokonanie przez Zamawiającego poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie było zasadne, ponieważ Zamawiający nie może narzucić wykonawcy, że wykonanie dokumentacji projektowej jest usługą podlegającą 8 % stawce VAT. W przypadku zastosowania takiej stawki VAT w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, Wykonawca powinien wykazać na jakiej podstawie zastosował 8-procentową stawkę podatku VAT i czy był do tego uprawniony.

Na powyższy obowiązek KIO wskazało m. in. w wyroku z dnia 16 listopada 2018 r. (sygn. akt: KIO 2237/18), zgodnie z treścią którego: „O ile wskazanie stawki VAT 23% (podstawowej), nie musi być poparte żadnymi argumentami, to przy powoływaniu się n preferencyjną stawkę VAT albo zwolnienie od tego podatku należy się powołać na stosowne przepisy, które uprawniają do zastosowania innej, niż podstawowa, stawki podatku VAT (bądź zwolnienia)".

Zgodnie z generalną zasadą uznaje się, że stawka podatku VAT w wysokości 23% jest stawką podstawową, a w razie istnienia wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, zastosowanie stawki podstawowej należy uznać za w pełni uzasadnione (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 17 lipca 2018 r. (KIO 1299/18). Korzystanie ze stawek preferencyjnych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem podatników. W związku z tym nie można podatnikowi, w szczególności w sytuacjach, w których mogą zachodzić wątpliwości, co do oceny prawnopodatkowej konkretnego zdarzenia gospodarczego, odebrać prawa do zastosowania stawki podstawowej (por. m.in. wyrok z dnia 24 marca 2016 r., KIO 349/16).

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dokonał bezpodstawnego poprawienia w ofercie Odwołującego „Formularza cenowego wraz z oświadczeniami" w zakresie Części 1 i Części 2 zamówienia Zawiadomieniem o poprawieniu omyłek z dnia 6 września 2019 r., w sytuacji gdy z bezwzględnie obowiązujących przepisów wynika, że usługa wykonania dokumentacji projektowej nie stanowi części składowej montażu i dostawy instalacji będących przedmiotem niniejszego zamówienia, a zatem usługa ta powinna zostać wyodrębniona z formularza ofertowego jako usługa dla której ma zastosowanie stawka podatku w wysokości 23 %.

W razie uwzględnienia zarzutu nr 1, Odwołujący wniósł o rozpoznanie zarzutu nr 2, tj. naruszenia: art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 60 k.c. w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez określenie w Zawiadomieniu o poprawieniu omyłek, że brak otrzymania przez Zamawiającego w terminie 3 dni od dnia doręczenia Zawiadomienia pisma sprzeciwiającego się poprawieniu omyłek będzie traktowane jako wyrażenie zgody na zmiany, a tym samym dokonanie niedozwolonej modyfikacji i błędnej wykładni sformułowania zawartego w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) „wykonawca (...) nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3", w sytuacji, gdy zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że milczenie wykonawcy co do tej kwestii jest traktowane jako brak zgody na poprawienie omyłek, ponieważ nie stanowi dorozumianego oświadczenia woli o którym mowa w art. 60 k.c. i nie może być wywodzona z milczenia i braku sprzeciwu wykonawcy.

Odwołujący wnosi o rozpoznanie przez Izbę niniejszego zarzutu jedynie w razie uwzględnienia zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Tak jak wskazano na wstępie, Zamawiający wskazał w Zawiadomieniu o poprawieniu omyłek w ofercie Odwołującego, że „Brak otrzymania przez Zamawiającego w wyżej wymienionym terminie pisma sprzeciwiającego się poprawianiu omyłek, o których mowa wyżej, traktowane będzie jako wyrażenie zgody na powyższe zmiany".

Należy zauważyć, że przyjęcie przez Zamawiającego takiego domniemania jest niedopuszczalne i świadczy o dokonaniu nieuprawnionego doprecyzowania materii określonej w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp, tj. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 7 i w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 60 k.c.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) „wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3". Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1 „postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej". Jak stanowi art, 60 k.c. „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)".

Milczenie wykonawcy co do tej kwestii będzie traktowane jako brak zgody na poprawienie omyłek. Nie stanowi ono bowiem dorozumianego oświadczenia woli, mimo że w niektórych sytuacjach ustawa może mu przypisywać określone skutki prawne. Nie czyni tego jednak żaden z przepisów Prawa zamówień publicznych. Z tych względów zgoda na poprawienie omyłek rachunkowych, która rodzi doniosłe skutki, nie może być domniemana i wywodzona z milczenia i braku sprzeciwu wobec poprawek. Znajdujące zastosowanie przy udzielaniu zamówień publicznych przepisy Kodeksu cywilnego (art. 60) stanowią, że z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę

w dostateczny sposób. Jeżeli więc przepisy prawa nie wymagają dla dokonania czynności formy szczególnej, forma oświadczenia woli może być wybrana przez składającego. (...) Oświadczenie woli wykonawcy, iż nie zgadza się on na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, powinno więc zostać złożone w formie pisemnej lub formie właściwej ze względu na zastosowanie przepisów wspomnianych artykułów. Milczenie nie jest zachowaniem żadnej z dozwolonych form.

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, że poprzez zawarcie w Zawiadomieniu o poprawieniu omyłek takiego sformułowania, Zamawiający dokonał niedozwolonej modyfikacji rozumienia zwrotu zawartego w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) „wykonawca (...) nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3".

Dokonanie poprawy Formularza cenowego przez Zamawiającego skutkowało zmianą oświadczenia woli Odwołującego i obniżeniem ceny jego oferty. Skutki odmowy wyrażenia zgody przez Odwołującego na czynność Zamawiającego, która jest niezgodna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o VAT, mogłyby być ważkie, ponieważ Zamawiający odrzuciłby bezzasadnie - jak wykazano w niniejszym odwołaniu - ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stąd zarówno zagadnienie prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT jak i dorozumianego wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w świetle brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jak i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymagają rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Dnia 19 września 2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej (zwany dalej Przystępującym).

Pismem z dnia 25 września 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, której oryginał złożył na posiedzeniu. W odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania lub jego odrzucenie w zakresie jakim dotyczy zapisów SIWZ, które stały się wiążące i skuteczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 6 września 2019 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania. Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, wskazując na szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zostało ono zgłoszone. Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą w zakresie części drugiej postępowania, zatem w jego interesie pozostaje utrzymanie rozstrzygnięcia postępowania dokonane przez Zamawiającego. W ocenie Izby Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z 25 września 2019 r., pismo procesowe Odwołującego z 27 września 2019 r. a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje :

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w pkt 18. zawarł opis sposobu przygotowania oferty.

(...)

18.4. Przy sporządzaniu i składaniu oferty należy wykorzystać wzory dokumentów i oświadczeń załączone do niniejszej SIWZ.

Ryzyko błędu przy przepisywaniu wyżej wymienionych wzorów, brak w ich treści wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego obciąża Wykonawcę.

(...)

18.8. Podstawowymi elementami oferty są:

1) formularz „Oferty" - wypełniony bezpośrednio na Platformie i opatrzony na niej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby/osób uprawnionej/ych do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji określoną

w dokumencie rejestrowym lub innym dokumencie;

2) „Formularz cenowy wraz z oświadczeniami" - wypełniony i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby/osób uprawnionej/ych do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym lub innym dokumencie, a następnie dodany w zakładce „Oferty" w sekcji „Załączniki" jako załącznik do oferty.

Wymagany zakres informacji (treść) „Formularza cenowego wraz oświadczeniami"

określa jego wzór stanowiący załącznik do SIWZ.

Zamawiający w pkt 21 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny- właściwy dla każdej ćzęści" wskazał sposób obliczenia ceny właściwy dla każdej części.

W pkt 21 SIWZ Zamawiający określił:

21.1. Wykonawca zobowiązany jest do podania w tabeli dotyczącej Części, na którą składa, znajdującej się w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami" cen i wyliczenia ceny zgodnie ze wskazówkami zawartymi w pierwszym wierszu odpowiedniej tabeli, pod daną tabelą oraz poniżej.

Należy wycenić wszystkie pozycje, gdyż brak wyceny choćby jednej pozycji może spowodować odrzucenie oferty.

21.2. Cenę ofertową wyliczyć należy w sposób następujący: w odpowiedniej tabeli w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami", należy podać oferowaną przez

Wykonawcę cenę jednostkową netto dla każdej pozycji, a następnie dla każdej pozycji dokonać wyliczeń: wartości podatku VAT (z zastosowaniem stawki podatku VAT podanej w kolumnie E tabeli), ceny jednostkowej brutto, ceny łącznej netto i ceny łącznej brutto, zgodnie ze wskazówkami zawartymi w pierwszym wierszu tabeli.

Otrzymane ceny łączne netto dla każdej pozycji należy zsumować (suma kolumny H), a otrzymaną w ten sposób cenę całkowitą netto wpisać w ostatnim wierszu tabeli.

W ostatnim wierszu tabeli należy podać łączną kwotę podatku VAT 8% i 23% wynikającą

z sumy kwot podatku z kolumny F tabeli (stawka VAT jest uzależniona od usytuowania danej instalacji).

Otrzymane ceny łączne brutto dla każdej pozycji należy zsumować (suma kolumny I), a otrzymaną w ten sposób cenę całkowitą brutto wpisać w ostatnim wierszu tabeli. Cena całkowita brutto podlegać będzie ocenie w kryterium „Cena".

Cenę całkowitą netto i brutto z tabeli w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami" należy przenieść i wpisać do wypełnianego na Platformie formularza „Oferty" (patrz pkt 18.8.1. SIWZ), zaznaczając przy tym stawkę VAT jako „Inna".

W przypadku rozbieżności za właściwą Zamawiający uzna prawidłowo wpisaną cenę jednostkową netto w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami", i dokona wyliczeń zgodnie z instrukcjami opisanymi powyżej.

21.3. Ceny należy podać w PLN, z dokładnością jedynie do dwóch miejsc po przecinku (co do grosza zgodnie z polskim systemem płatniczym), dokonując ewentualnych zaokrągleń według zasady matematycznej, iż końcówki poniżej 0,5 grosza.

21.4. Przy poprawianiu omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Zamawiający będzie kierował się zasadami zawartymi w tym artykule, a w szczególności uzna, że w przypadku omyłek rachunkowych Wykonawca prawidłowo podał ceny jednostkowe netto i ewentualne omyłki Zamawiający poprawi według opisu obliczenia ceny zawartego powyżej oraz w tabeli w „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami".

21.5. W cenach jednostkowych netto zawierają się wszelkie koszty i obciążenia (czynności Wykonawcy związanie z przygotowaniem dokumentacji projektowych, dostaw, transportem, rozładunkiem, pracami montażowymi, oczyszczeniem i przygotowaniem

terenu, uruchomieniem instalacji w wskazanych lokalizacjach na terenie Miasta Kalisza, przeprowadzeniem instruktaży Użytkownikom w zakresie obsługi instalacji, serwisowaniem, itp.) związane z dostawą, oprócz podatku VAT.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę dokonując modyfikacji opracowanego przez Zamawiającego wzoru „Formularza cenowego wraz oświadczeniami" stanowiącego załącznik do SIWZ, poprzez dodanie w formularzu w zakresie Części 1 i Części 2 pozycji: „Dokumentacja projektowa".

Pismem z dnia 6 września 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu jego w ofercie omyłek w zakresie Części 1 i Części 2 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią SIWZ pkt 21, Wykonawca zobowiązany był w cenie jednostkowej netto każdego rodzaju instalacji uwzględnić również sporządzenia dokumentacji projektowej.

Zamawiający dokonał poprawienia ww. omyłek w następujący sposób:

- w zakresie Części I do każdej pozycji kolumny D (ceny jednostkowe netto każdego rodzaju instalacji) Zamawiający dodał kwotę 171,00 netto (tj. wartość 1 dokumentacji projektowej),

- w zakresie części II zamówienia do każdej pozycji kolumny D (ceny jednostkowej netto każdego rodzaju instalacji) Zamawiający dodał kwotę 162,00 zł netto (tj. wartość 1 dokumentacji projektowej),

- w zakresie części I i II dokonał ponownego przeliczenia wartości w kolumnach F,G,H,I - zgodnie z instrukcjami zawartymi w SIWZ i „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami".

Konsekwencją ww. zmian była zmiana sum podatku VAT, całkowitych cen brutto oraz części formularza dotyczącej kwestii odwrotnego obciążenia podatkiem VAT, co zostało przedstawione na załączniku do niniejszego pisma tj. „Formularzu cenowym wraz z oświadczeniami" (dokument poprawiony przez Zamawiającego - opisujący wprowadzone przez zamawiającego omyłki).

Mając na uwadze powyższe:

- cena brutto dla Części I zamówienia uległa zmianie z kwoty: 5.597.589,54 PLN na kwotę

5.590.099,74 PLN;

- cena brutto dla Części II zamówienia uległa zmianie z kwoty: 1.856.238,54 PLN na kwotę

1.853.103,84 PLN.

Jednocześnie informuję, iż przysługuje Państwu prawo do odmowy wyrażenia zgody na powyższe czynności Zamawiającego w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego

zawiadomienia.

Brak otrzymania przez Zamawiającego w wyżej wymienionym terminie pisma sprzeciwiającego się poprawieniu omyłek, o których mowa wyżej, traktowane będzie jako wyrażenie zgody na powyższe zmiany.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia działania Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.: art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. 2018 poz. 2174, zwanej dalej: „ustawą o VAT") poprzez dokonanie bezpodstawnego poprawienia w ofercie Odwołującego „Formularza cenowego wraz z oświadczeniami" w zakresie Części 1 i Części 2 zamówienia Zawiadomieniem o poprawieniu omyłek z dnia 6 września 2019 r. (dalej: „Zawiadomienie o poprawieniu omyłek"), w sytuacji gdy z bezwzględnie obowiązujących przepisów (tj. art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT) wynika, że usługa wykonania dokumentacji projektowej nie stanowi części składowej montażu i dostawy instalacji będących przedmiotem zamówienia, a zatem usługa ta powinna zostać wyodrębniona z formularza cenowego, ponieważ ma do niej zastosowanie stawka podatku w wysokości 23 %, zarzut należy uznać za niezasadny.

Bezsporną dla Stron jest okoliczność, że Odwołujący złożył ofertę, dokonując ingerencji w treść „Formularza cenowego wraz z załącznikami", stanowiącego element SIWZ, w sposób naruszający zasady określone w SIWZ, dotyczące sposobu obliczenia ceny. Zamawiający wyraźnie określił w pkt. 21.5 SIWZ, że w cenach jednostkowych netto zawierają się wszelkie koszty i obciążenia związane z dostawą, w tym czynności związane z przygotowaniem dokumentacji projektowej, natomiast odwołujący samodzielnie dokonał zmiany formularza oferty, wyodrębniając jako osobną pozycję koszt dokumentacji projektowej. Odwołujący poprzez swoje działanie, doprowadził do niezgodności oferty z treścią SIWZ, bowiem „Formularz cenowy wraz z oświadczeniami" załączony do oferty, na podstawie którego Odwołujący dokonał kalkulacji ceny zawierał inny, odmienny od określonego przez Zamawiającego w SIWZ sposób obliczenia ceny.

W zaistniałych okolicznościach, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający dokonał poprawienia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Powyższy przepis, nakłada na Zamawiającego obowiązek usunięcia niezgodności oferty z SIWZ w sposób, który nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty

wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1998/17 z 12 października 2017 r , zgodnie z którym: „Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae netogtii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty (...) W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

W analizowanym stanie faktycznych, w ocenie Izby, Zamawiający był uprawniony do dokonania poprawienia treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ dawała Zamawiającemu możliwość jej poprawienia, w sposób niepowodujący istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający opracował formularz cenowy, na podstawie którego należało obliczyć cenę w zakresie Części 1 i Części 2. Określił w SIWZ w pkt 21 przejrzysty i czytelny sposób obliczenia ceny, wskazując że w cenach jednostkowych netto mają być zawarte wszelkie koszty i obciążenia Wykonawcy związane z dostawą, m.in. związanie z przygotowaniem dokumentacji projektowych. Zatem wyodrębniona w formularzu cenowym przez Odwołującego cena jednostkowa netto dokumentacji projektowej, została przez Zamawiającego dodana do ceny jednostkowej netto pozycji wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, zgodnie z opisem zawartym w pkt 21.5 SIWZ. Na podstawie informacji zawartych w ofercie Odwołującego, Zamawiający dysponował niezbędnymi danymi umożliwiającymi wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp., czyniąc ofertę zgodną z treścią SIWZ. Dokonanie poprawienia przedmiotowej omyłki nie spowodowało również istotnych zmian w treści oferty, bowiem nie odnosiło się do zakresu przedmiotu zamówienia ani sposobu jego realizacji, natomiast zmiana ceny jednostkowej netto była wynikiem dodania do niej ceny jednostkowej netto dokumentacji projektowej, w wysokości zaoferowanej przez Odwołującego w dodanej do „Formularza cenowego wraz z oświadczeniami" pozycji. Dodać należy również, że nie istniał inny, niż przyjęty przez Zamawiającego sposób dokonania poprawienia omyłki.

Powyższe, w ocenie Izby potwierdza brak wystąpienia zarzucanych Zamawiającemu naruszeń.

Ponadto wskazać należy, że zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego i dopuszczenie do oceny oferty, której cena została obliczona w sposób odmienny od zasad określonych przez Zamawiającego w SIWZ stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem doprowadziłoby do oceny nieporównywalnych ofert. Z analizy stanu faktycznego wynika, że wycena tych samych elementów składowych w sposób odmienny od sposobu określonego w SIWZ ma wpływ na obliczenie wysokości ceny tej samej oferty, i w konsekwencji może mieć wpływ na pozycję wykonawców w rankingu ofert.

Powyższe potwierdza niezasadność zarzutu Odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu kwestionuje prawidłowość opracowanego przez zamawiającego formularza ofertowego, wskazując że usługa wykonania dokumentacji projektowej nie stanowi części składowej montażu i dostawy instalacji będących przedmiotem zamówienia, a zatem usługa ta powinna zostać wyodrębniona z formularza cenowego, ponieważ ma do niej zastosowanie stawka podatku w wysokości 23%.

Izba wskazuje, że zarzut ten dotyczy zapisów SIWZ, znanych Odwołującemu od chwili

opublikowania jej treści, tj. od dnia 10 czerwca 2019 r. W tym zakresie, Odwołującemu przysługiwały środki ochrony prawnej w zakresie zapisów SIWZ, których Odwołujący nie wykorzystał. Podnoszenie na obecnym etapie zarzutu dotyczącego konstrukcji formularza ofertowego jest zarzutem spóźnionym. Zapisy SIWZ stały się obowiązujące dla wszystkich wykonawców, w tym również wskazany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny oraz „Formularz ofertowy wraz z oświadczeniami", a wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zobowiązani byli do złożenia oferty zgodnie z treścią SIWZ.

Izba wskazuje, że nie odniosła się do dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, ponieważ dotyczą one zarzutu spóźnionego, dotyczącego zapisów SIWZ, który na obecnym etapie nie może być przedmiotem rozpoznania. Ponadto, dodać należy, że orzeczenia przywołane w odwołaniu zapadły w innych okolicznościach faktycznych oraz wobec innych czynności Zamawiającego niż rozpoznawane w analizowanym stanie faktycznym, co wskazuje na brak ich związku z przedmiotowym odwołaniem.

Wobec oddalenia zarzutu wskazanego jako pierwszy w petitum odwołania, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, Izba nie odniosła się do zarzutu wskazanego jako drugi w petitum odwołania, dotyczącego wykładni art. 89 ust.1 pkt 7. Pzp.

Analizując powyższy stan faktyczny Izba nie stwierdziła zarzucanego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....