

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **5 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzka Stacja Sanitarno – Epidemiologiczna w Krakowie, 31 – 202 Kraków, ul. Prądnicka 76** protestu z dnia **13 listopada 2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **3.056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Sanitarno – Epidemiologiczna w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu laboratoryjnego wraz z montażem i przeszkoleniem pracowników zamawiającego do jego obsługi część I.

7 listopada 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze w części I oferty najkorzystniejszej złożonej przez Biomedica Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Piasecznie oraz o odrzuceniu oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Czynność odrzucenia oferty stała się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) zwanej dalej również: „Pzp” oraz innych przepisów przywołanych w treści protestu i odwołania. Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego się i dokonania ponownej oceny ofert oraz o wybór oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej. Uzasadniając zarzuty odwołujący się wywiódł, że zastosowana przez niego stawka podatku od towarów i usług, dalej zwanego: „VAT”, w wysokości 7 %, jest prawidłowa. Podniósł, że środki ochrony prawnej wnosi w związku z czynnością odrzucenia jego oferty, nie zaś wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz”, której, mimo uprzedniego wniesienia protestu, nie mógł kwestionować w postępowaniu odwoławczym, z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w następujących terminach, odpowiednio: protest 13 listopada 2009 r. za pośrednictwem faksu, za pośrednictwem poczty 16 listopada 2009 r., odwołanie 27 listopada 2009 r. (*presentata* Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia, z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający odrzucił protest pismem z 23 listopada 2009 r., tego dnia przekazując rozstrzygnięcie odwołującemu się. Zamawiający wskazał, że protest jest niedopuszczalny i został wniesiony po terminie ustawowym. Wywiódł, że w proteście wniesionym 16 października 2009 r. odwołujący się domagał się zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez usunięcie postanowienia o 22 % stawce VAT. Protest ten został oddalony pismem z 26 października 2009 r., które odwołujący się otrzymał 27 października 2009 r. Zamawiający uznał, że obecnie wniesiony protest kwestionuje 22 % stawkę VAT, zatem oparty jest o zarzuty, które stały się przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia. W konsekwencji protest z

mocy art. 180 ust. 6 Pzp jest niedopuszczalny. Zamawiający podniósł ponadto, że w terminie ustawowym t. j. 13 listopada 2009 r. został wniesiony protest za pośrednictwem faksu, natomiast protest w zastrzeżonej w siwz formie pisemnej dotarł do zamawiającego 16 listopada 2009 r. po upływie terminu przewidzianego na jego wniesienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 października 2009 r. pod numerem 17600

Zamawiający w załączniku A dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia ustalając jednocześnie, że obowiązuje stawka VAT w wysokości 22%.

16 października 2009 r. odwołujący się wniósł protest wobec treści siwz, w którym zarzucił, że zakładana stawka VAT jest nieadekwatna i nieekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i żądał usunięcia postanowienia o 22% stawce VAT.

Zamawiający oddalił protest pismem z 26 października 2009 r. Odwołując się do ustawowej definicji wyrobu medycznego wywiódł, że określenie stawki VAT nastąpiło w siwz w sposób poprawny, precyzyjny i zgodny z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 6 siwz protest wnosi się na piśmie, co oznacza, że nie jest dopuszczalne wniesienie protestu faksem.

Powyższe ustalenia wynikają z dokumentacji postępowania: siwz i powołanych pism.

Izba zważyła, co następuje:

Protest został wniesiony w terminie ustawowym i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp. Zastrzeżona przez zamawiającego forma pisemna nie odpowiada prawu i nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców. W terminie ustawowym został wniesiony protest za pośrednictwem faksu, z którego treścią zamawiający mógł się w tej dacie zapoznać (art. 180 ust. 2 zd. 2 Pzp). Fakt jego wniesienia został przez zamawiającego potwierdzony (art. 180 ust. 1 zd. 2 Pzp). Zamawiający *de lege lata* nie może w treści siwz, wbrew przywołanym przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, narzucić wykonawcom bardziej restrykcyjnych wymagań formalnych przy wnoszeniu protestu. Warto wskazać ponadto, że zastrzeżona przez zamawiającego forma wniesienia protestu prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, naruszając art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż ogranicza wykonawcom mających siedziby w większej odległości od siedziby zamawiającego rzeczywisty czas na przygotowanie i wniesienie protestu, co ze względu na dyspozycje art. 191 ust. 3 Pzp rodzić może negatywne skutki na etapie postępowania odwoławczego.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego się działał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wniesionego przez odwołującego się pismem z 16 października 2009 r. Skoro zamawiający ustalił w załączniku nr A do siwz, że stawka podatku od towarów i usług wynosi 22% i stanowisko to podtrzymał rozstrzygając protest, zobowiązany był do odrzucenia oferty zawierającej inną stawkę. Pogląd przeciwny prowadziłby do nierównego traktowania wykonawców oraz dopuszczał nieuczciwą konkurencję między nimi, co naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp cena, to cena w rozumieniu ustawy art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), czyli cena brutto, zatem w konsekwencji dojść by mogło do wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą jedynie z powodu różnicy w zastosowanej stawce VAT wynikającej z faktu, że wykonawca nie zastosował się do postanowień siwz. Wykonawcy działający w zaufaniu do postanowień siwz oraz stanowiska zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu stosowaliby podstawową stawkę 22 % VAT, podczas gdy inni wykonawcy złożyliby oferty zawierające preferencyjną stawkę VAT 7 %, co mogłoby mieć wpływ na cenę oferty. W orzecznictwie przyjął się pogląd, zgodnie z którym, przyjęcie nieprawidłowej stawki VAT powoduje powstanie błędu w obliczeniu ceny oferty skutkujące koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a w sytuacji, gdy wymaganie dotyczące stawki VAT zostało ustalone w siwz, również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w sposób jednoznaczny ustalił swoje wymagania, co do stawki podatku VAT, postanowieniem takim jest związany na etapie oceny ofert. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie daje wykonawcom możliwości podważania treści siwz po dokonaniu otwarcia ofert. Odwołujący się aktualnie kwestionuje postanowienia siwz po upływie ustawowego terminu, i dąży *de facto* do obejścia art. 184 ust. 1a Pzp. Przywołany przepis przyznaje wykonawcom prawo do kwestionowania, przez wniesienie odwołania, decyzji zamawiającego jedynie w określonych w sposób enumeratywny przypadkach. Zamknięty katalog czynności nie przewiduje możliwości dochodzenia w postępowaniu odwoławczym zmiany treści ogłoszenia i siwz. W konsekwencji w postępowaniach których wartość jest mniejsza niż kwoty określone zgodnie art. 11 ust. 8 Pzp, niedopuszczalne jest kwestionowanie postanowień siwz, tak przez wniesienie samodzielnego odwołania, jak i w odwołaniu wniesionym wobec czynności odrzucenia oferty, którego zarzuty wywiedzione są w oparciu o jednoznaczne a kwestionowane wcześniej treści siwz.

Art. 187 ust. 4 pkt 6 urzeczywistnia ideę koncentracji środków ochrony prawnej związaną z zasadą szybkości postępowania. Celowi temu odpowiadają również art. 181 ust. 6 i 7 Pzp, zgodnie z którymi wykonawca wnoszący protest nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, ani też wnieść protestu powołując się na te same okoliczności.

Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zatem Izba na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....