

Sygn. akt KIO/UZP 60/07

WYROK
z dnia 14 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Członkowie: **Izabela Niedziałek**
Marzena Ordysińska
Protokolant: **Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PRO Scientium Sp. z o.o., ul. Wiejska 7/15, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Inspekcja Weterynaryjna – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii, ul. Ostrowicka 2, Szczecin** protestu z dnia 7 grudnia 2007 r.

przy udziale **BIOMEDICA Poland Sp. z o.o., ul. Raszyńska 13, Piaseczno** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Inspekcję Weterynaryjną – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii, ul. Ostrowicka 2, Szczecin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote , zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **PRO Scientium Sp. Z o.o., ul. Wiejska 7/15, Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PRO Scientium Sp. Z o.o., ul. Wiejska 7/15, Warszawa**

U z a s a d n i e

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu z dnia 7 grudnia 2007 r. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu laboratoryjnego do zwalczania choroby Aujeszkiego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdził, że Zamawiający dokonał sprzecznego z ustawą wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu 1 i 4, gdyż zaoferowany przez wybranego wykonawcę wyrób nie spełnia wymaganych warunków, bowiem nie mieści się w grupie wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej , które określa ustawa z dnia 20 kwietnia 2004

roku o wyrobach stosowanych w medycynie weterynaryjnej. Wskazał, powołując definicję ustawową wyrobu do diagnostyki in vitro w medycynie weterynaryjnej, że wyroby będące przedmiotem przetargu nie kwalifikują się w tej sprawie do korzystania z obniżonej stawki VAT 7% jak dla wyrobów medycznych spełniających warunku ustawy o wyrobach medycznych zamieszczona w zał. Nr 3 poz. 106 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Powyższe oznacza, że mając do czynienia z wyrobem stosowanym w medycynie weterynaryjnej nie ma podstaw do zastosowania obniżonej stawki VAT ze względu tak na podmiot (Zamawiający – ochrona zwierząt), jak i przedmiot (wyrób stosowany w medycynie weterynaryjnej). Podnosząc powyższe wskazał, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę konkurencyjną na podstawie art. 89 ust. 6 Pzp w związku z przyjęciem niewłaściwej stawki VAT. Wyraził pogląd, że przyjęcie niższej stawki VAT narusza interes publiczny uszczuplający wpływy do budżetu państwa, a uznanie niewłaściwej kwalifikacji wyrobu jako wyrobu medycznego narusza zasadę uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dochował należytej staranności w ocenie dwóch ofert, które miały inne stawki VAT i nie stwierdził przy tym, że wystąpił błąd w obliczeniu ceny brutto.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o odrzucenie wybranej oferty i wybranie z nie odrzuconych ofert oferty spełniającej warunek najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający podniósł, że w toku postępowania doszło do naruszenia art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem Odwołujący nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Stwierdził, że treść części odwołania została mu przekazana drogą mailową oraz faksem w ostatnim dniu wniesienia odwołania do Prezesa UZP. Informacje te nie wyczerpywały znamion kopii odwołania, gdyż nie zawierały wymienionych w piśmie załączników, przekazanie informacji taką drogą nie powinno być traktowane jako przekazanie kopii odwołania z uwagi na brak podpisów na treści odwołania osób uprawnionych do jego wniesienia. Powołał orzeczenia zespołów arbitrów (UZP/ZO/0-909,919/07 i UZP/ZO/0-961/07), które wobec zajścia podobnych zdarzeń wydawały postanowienia o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji, z przyczyn zależnych od Odwołującego, nie mógł dopełnić ciążącego na nim obowiązku przekazania kopii odwołania wszystkim uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wynikającego z art. 184 ust. 3 ustawy.

Na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała przedstawionych argumentów wskazujących na konieczność odrzucenia odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów odwołania przedstawił następujące argumenty:

W toku badania i oceny ofert Zamawiający ustalił, że zarówno Odwołujący (PRO SCIENTIUM Sp. z o.o.) jak i wybrany wykonawca (BIOMEDICA POLAND Sp. Z o.o.) przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego, zaoferowali wymagany sprzęt laboratoryjny, zgodny z opisem w siwz..

Stwierdził, że wykonawcy przyjęli różne, ale obie dopuszczone ustawą o podatku od towarów i usług stawki (7% lub 22%), a zatem nie popełnili błędów w obliczeniu ceny. Zaznaczył, że w SIWZ nie odniósł się do żadnych ustawowych definicji dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym wyrobu do diagnostyki In vitro stosowanego w medycynie weterynaryjnej, jak również definicji wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych. Wskazał, że w medycynie weterynaryjnej dopuszcza się do stosowania wyroby medycznej wynikające z ustawy i potwierdził, że obowiązuje 7% stawka podatku VAT dla wyrobów medycznych oraz podstawowa 22% stawka VAT.

Wskazując na powyższe, wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego poparł argumentację Zamawiającego i wniosek o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wnioskami wykonawców oraz wysłuchaniu stron działających przez pełnomocników ustalił i zważył, co następuje.

Oceniając wniosek formalny Zamawiającego, należy wskazać, że art. 187 ust. 4 pkt 7 (oznaczony w poprzednim stanie prawnym jako pkt 8) nakazuje odrzucić odwołanie, jeżeli odwołujący nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2. Kwestią sporną jest w rozpatrywanej sprawie, czy przekazanie kopii pisma zatytułowanego „Odwołanie” bez wymaganych przepisami załączników stanowi wykonanie obowiązku określonego w powołanym wyżej przepisie, czy też stanowi ono zapowiedź wniesienia odwołania albo informację o prawdopodobieństwie wniesienia odwołania wobec braku załączników, biorąc pod uwagę ponadto, że kopia została przekazana w formie innej niż pisemna tj. faksem i drogą poczty e-mail. W orzeczeniach zespołów arbitrów, które powołał Zamawiający istotnie, a w ocenie składu orzekającego KIO, zasadnie uznano za mający doniosłe skutki prawne brak załączenia do kopii odwołania kopii załączników. Należy jednak wskazać, że orzeczenia te zapadały na gruncie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. Nr 87, poz. 603). Zgodnie z § 1 tego rozporządzenia odwołanie wnoszone do Prezesa UZP, zawierało wyszczególnione w punktach od 1 do 10 elementy, w tym, wymienione w pkt 10) załączniki. Załączniki stanowiły tym samym część składową odwołania, a ich brak przy kopii odwołania przekazanego Zamawiającego mógł powodować

uznanie, że kopia nie została przekazana. W postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą wskutek wniesionego odwołania w niniejszej sprawie mają zastosowanie obowiązujące od dnia 12 października 2007 roku przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 187, poz. 1327). W rozporządzeniu określono zawartość odwołania w § 1 ust. 1, natomiast w ustępie 2. wskazano dokumenty, które są dołączane do odwołania. Dokumenty te nie są zatem integralną częścią odwołania, lecz jego załącznikami. Oznacza to, że brak jest podstaw do odmowy uznania, że nastąpiło przekazanie kopii odwołania w trybie art. 184 ust. 2 w sytuacji, gdy odwołujący nie przekazał równocześnie kopii załączników. Odnośnie formy przekazania kopii odwołania należy zwrócić uwagę, że podstawowym celem przepisu art. 184 ust. 2 jest zachowanie wymogu jednoczesności tej czynności z datą wniesienia odwołania do Prezesa UZP. W odróżnieniu jednak od tej ostatniej, przekazanie kopii Zamawiającemu ma nastąpić zgodnie z zasadą doręczenia, a jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. Akt V Ca 117/07) celem przekazania jest jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty. W tym samym wyroku sąd stwierdził, że forma przekazania pisma przez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności poprzez przekazanie kopii odwołania forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana. Bezpieczniej jest zatem przekazać kopię odwołania drogą faksową lub mailową, czy też osobiście zamawiającemu, w dniu w którym odwołanie jest składane. (por. Małgorzata Stręciwilk w „Zamówienia Publiczne po nowelizacji” wyd. UNIMEX, Wrocław 2007 s. 514-515). Wskazując na powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie uchybił wymogom art. 184 ust. 2, a tym samym sposób wykonania czynności nie powinien rodzić skutku w postaci odrzucenia odwołania.

Analizując zarzuty protestu i odwołania skład orzekający ustalił niesporną okoliczność, że Odwołujący i wybrany wykonawca (Przystępujący do postępowania) dokonując kalkulacji ceny oferty zastosowali różne stawki podatku od towarów i usług (VAT). Odwołujący przyjął stawkę podstawową 22% obowiązującą dla wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej, natomiast w wybranej ofercie wskazano jako składnik cenotwórczy stawkę w wysokości 7%, mającą zastosowanie zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zał. Nr 3 poz. 106 bez względu na symbol PKWiU do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika do ustawy. Powyższe różne stawki podatku

stanowiącego istotny czynnik cenotwórczy w sposób oczywisty wpłynęły na różnicę wysokości cen ofertowych. Ocena tych różnic nie prowadzi jednak, zdaniem składu orzekającego KIO do wniosku podnoszonego w proteście i odwołaniu, o tym, że w ofercie konkurencyjnej nastąpił błąd w obliczeniu ceny ze względu na zastosowanie stawki 7% , co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (w proteście i odwołaniu omyłkowo podanym jako 89 ust. 6). W szczególności nie zostało wykazane, że niedopuszczalne jest oferowanie w sytuacjach dopuszczonych ustawą, wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych, do celów medycyny weterynaryjnej. Nie udowodniono również, że w takiej sytuacji następuje zmiana stawki podatku od towarów i usług ze stawki obniżonej do stawki podstawowej. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż wykonawcy podali nieprawdziwe informacje w ofercie lub popełnili błąd w obliczeniu ceny, co oznacza, że oferty nie są obciążone błędem w rozumieniu powołanego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – Pzp.

Natomiast skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznaje, że oferowanie w jednym postępowaniu przez różnych wykonawców cen z przyjętym odmiennym sposobem obliczenia ceny w zakresie istotnych składników było konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Izba stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia nie został określony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny co do jego przeznaczenia, co zostało zinterpretowane przez Wykonawców w sposób różny i zaoferowano wyroby medyczne oraz stosowane w medycynie weterynaryjnej. Sam Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że nie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia celu, w jakim przedmiot zamówienia będzie wykorzystywany w przyszłości. W związku z tym dopuścił złożenie ofert na wyroby medyczne na równi ze sprzętem mającym zastosowanie w medycynie weterynaryjnej. Oferty złożone w niniejszym postępowaniu, w zakresie kalkulacji ceny i mających na nią wpływ czynników cenotwórczych, a zwłaszcza ustawowej stawki podatku, zostały przygotowane na różnych podstawach, co spowodowało, że są nieporównywalne mimo założonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tylko jednego kryterium wyboru, tj. ceny. Oznacza to, że mimo braku podstaw do odrzucenia oferty, postępowanie nie może doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp).

Zważywszy na dokonane ustalenia w prowadzonym postępowaniu KIO uznała za konieczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż stwierdzono, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

.....

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*