

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie, ul. Spadochroniarzy 8, 20-043 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Sinmed Sp. z o.o., ul. Graniczna 32b, 44-178 Przyszowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zespołów Ratownictwa Medycznego Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego SPZOZ w Lublinie (dalej „zamawiający”) wykonawca Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. odrzucenia oferty odwołującego,
2. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. wyboru oferty firmy Sinmed jako oferty najkorzystniejszej,

zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6, poprzez odrzucenie oferty odwołującego,
3. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach części nr VII spośród złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania,
3. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części 10 zamówienia,

Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku VAT, tj. 23% a nie 8%. Podał także, że – zgodnie z informacją zamawiającego – zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi rejestrację zaoferowanego produktu jako wyrób medyczny, tj. deklarację producenta oraz zgłoszenie do Urzędu Rejestru Wyrobów Medycznych.

Stwierdził, że 24.06.2020 r. zamawiający zwrócił się do niego z prośbą o wyjaśnienie zasadności zastosowania podstawowej stawki podatku VAT w wysokości 23%.

Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro stawka podatku VAT w wysokości 23% jest stawką podstawową, to w razie istnienia wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki

preferencyjnej, zastosowanie stawki podstawowej należy uznać za w pełni uzasadnione. Podkreślił, że korzystanie ze stawek preferencyjnych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem podatników, w związku z czym 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 – powołał się na wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r. sygn. akt KIO 349/16).

Oświadczył, że powziął wątpliwości co do prawidłowości dokumentów oraz zasadności rejestracji wyrobu jako wyrób medyczny, a w konsekwencji, czy dany produkt jest „wyposażeniem wyrobu medycznego” czy „akcesorium / częścią zamienną”, do których nie ma zastosowania preferencyjna stawka podatku VAT.

Oświadczył, że zwrócił się do Urzędu Rejestracji w zakresie wyjaśnienia prawidłowości klasyfikacji oraz zasadności skorzystania z obniżonej stawki podatku VAT, jednak nie otrzymał jeszcze stanowiska.

Podkreślił, iż *„w ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy [...] nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet, jeśli zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna.”* (za wyrokiem KIO z 31 marca 2014 r. sygn. akt KIO 489/14).

Uznał, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i sformułowanie zarzutu popełnienia błędu w obliczeniu ceny powinno mieć miejsce wówczas, gdy zastosowanie wadliwej stawki VAT będzie działaniem sprzecznym z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2017 r., poz. 1221 ze zm.); nakaz odrzucenia oferty wykonawcy będzie się aktualizował wyłącznie w sytuacji, gdy jego działanie mogłoby zostać uznane za błąd w naliczeniu należnego podatku przez odpowiednie organa podatkowe, jeżeli natomiast odpowiednie organa podatkowe nie mogłyby postawić tego rodzaju zarzutu, to tym bardziej zamawiający nie może działania wykonawcy uznać za błąd w obliczeniu ceny (za wyrokiem z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13). Uzupełnił, że w szczególności ma to znaczenie, gdy przy formułowaniu treści oferty wykonawca mógł mieć wątpliwości w zakresie możliwości zastosowania stawki obniżonej podatku VAT.

Stwierdził, że zgodnie z art. 146a pkt 1 w zw. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podstawowa podatku od towarów i usług wynosi 23% i jest to stawka, której zastosowanie stanowi regułę.

Podniósł, że o ile zdaniem zamawiającego odwołujący w złożonej ofercie zawyżył stawkę podatku VAT to pozostaje to bez wpływu na ocenę zgodności jego oferty z przepisami ustawy o VAT, ponieważ zgodnie z art. 108 ust. 1 i 2 ustawy o VAT w przypadku wykazania na fakturze kwoty podatku wyższej od podatku należnego powstaje wobec podatnika obowiązek jego zapłaty w wysokości wykazanej na fakturze, tym samym, jeżeli zastosowano

stawkę 23% w miejsce stawki obniżonej i tak powstanie obowiązek zapłaty podatku w wysokości wynikającej z zastosowania stawki podstawowej.

Odwołujący ocenił, że uchwała SN w sprawie o sygn. III CZP 52/11 wydana została na kanwie diametralnie odmiennego stanu faktycznego, ponieważ dotyczyła sprawy, w której zastosowano obniżoną stawkę podatku VAT, co oznacza, że wykonawca popełnił błąd – zastosował stawkę obniżoną wówczas, gdy nie było ku temu podstaw prawnych. Zdaniem odwołującego zasada płynąca z uchwały SN nie powinna z powyższego względu być automatycznie przenoszona na sytuację odwrotną.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 14 lipca 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 29 lipca 2020 r., a także oświadczeń i stanowiska odwołującego, zaprezentowanych w toku rozprawy (prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia zamawiający i przystępujący się nie stawili) skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest *„Dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych dla potrzeb Zespołów Ratownictwa Medycznego Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego SP ZOZ w Lublinie”*.

Zamawiający dopuścił składania ofert częściowych – 17 części (pkt 3.2. SIWZ)

Odwołujący złożył ofertę w części 5 i 7 (Formularz ofertowy odwołującego).

W pkt. 12.1. SIWZ zamawiający podał, że „Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik do SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia.”

W pkt. 12.6. SIWZ zamawiający zastrzegł, że „Cena oferty ma zawierać podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy (jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż przedmiotu zamówienia podlega obciążeniu takimi podatkami) i ma być wyrażona w polskich jednostkach płatniczych. Definicja ceny została określona w art. 2 pkt. 1 PZP.”

W pkt. 13.1.1. SIWZ zamawiający ustanowił dwa kryteria oceny ofert: „Cenę”, przypisując jej 60% znaczenie oraz „Termin realizacji dostaw częściowych”, przypisując mu 40% znaczenie.

Zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem Formularza ofertowego wykonawcy, w poszczególnych częściach, mieli podać wartość: brutto, netto i VAT, zaś zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem formularza „Opis przedmiotu zamówienia” dla każdej pozycji asortymentowej w poszczególnych częściach mieli podać m.in. stawkę podatku VAT (kolumna 7 tabeli).

Odwołujący, w odniesieniu do części VII (której dotyczy odwołanie) w Formularzu ofertowym zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w tej części za kwotę brutto: 72 108 zł, netto 66 500 zł, podatek VAT – 5 608 zł.

Jednocześnie wskazał, w wypełnionym formularzu „Opis przedmiotu zamówienia” dla części VII, w pozycji 4 – „Filtr jednorazowy do słoja wielorazowego BSU 7340” stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w części VII jako najkorzystniejszą wybrał ofertę odwołującego.

Pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części VII zamówienia, uzasadniając, że czynność taką podjął „W związku z powzięciem informacji o możliwości popełnienia błędu podczas analizy ofert (...)”. Zapowiedział także powtórzenie czynności badania ofert w części VII.

Pismem z dnia 24 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do pozycji 4 części VII zamówienia, wskazując, że „Z dostępnych Zamawiającemu dokumentów wynika iż proponowany asortyment jest wyrobem medycznym, w związku z czym powinien być zastosowany podatek VAT w wysokości 8%.”

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 26 czerwca 2020 r. Oświadczył, że *„Podczas tworzenia oferty w ramach przedmiotowego postępowania firma ZARYS powzięła wątpliwość co do zasadności rejestracji produktu jako wyrób medyczny i zastosowania preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług. Sprawa została skierowana do Urzędu Rejestracji i do dnia dzisiejszego nie doczekała się rozstrzygnięcia. Skoro stawka podatku VAT w wysokości 23% jest stawką podstawową, to w razie istnienia wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, zastosowanie stawki podstawowej należy uznać za w pełni uzasadnione. Korzystanie ze stawek preferencyjnych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem podatników”*

Pismem z dnia 1 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w części VII jako najkorzystniejszą wybrał ofertę przystępującego (Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach).

Jednocześnie zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z tego powodu, że w przypadku pozycji 4 części VII odwołujący obliczył cenę z zastosowaniem stawki 23% zamiast 8% – *„Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Podkreślenia wymaga, że ocena ofert z zastosowaniem ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny dotyczy wyłącznie ofert prawidłowych, tj. ofert, które nie podlegają odrzuceniu na którejkolwiek podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem – najpierw zamawiający bada, czy nie ma obowiązku odrzucić ofertę, a następnie (po ustaleniu, że oferta nie podlega odrzuceniu – jest ofertą prawidłową) poddaje ją ocenie z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny.

Taki sposób oceny wynika z systematyki ustawy Pzp (art. 89 poprzedza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ), jak i stanowi gwarancję zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji – zamawiającemu nie wolno dopuścić (stąd nakaz odrzucenia ofert z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) do poddania ocenie ofert prawidłowych i ofert nieprawidłowych.

Oznacza to, że kwestią bez znaczenia pozostaje to, czy oferta podlegająca odrzuceniu jest korzystniejsza od innych, prawidłowych ofert.

Nie można zatem zaakceptować stanowiska, że możliwy jest wybór oferty zawierającej błędną stawkę podatku VAT, w sytuacji gdy taka oferta, pomimo błędu, jest korzystniejsza od innych ofert (obliczonych z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT).

Uzupełniająco podnieść należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie przewiduje żadnych wyjątków od nakazu odrzucenia ofert (np. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, chyba, że błędy te nie miałyby, przy zastosowaniu określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, wpływu na ranking ofert.)

Odwołanie zostało oparte na tym, że u odwołującego powstała – na tle dokumentów dopuszczających oferowane filtry jednorazowe (które, jak oświadczył na rozprawie otrzymał na dwa dni przed terminem składania ofert) – wątpliwość co do możliwości zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT w przypadku pozycji 4 w części VII zamówienia, uzasadniająca zastosowanie stawki podstawowej.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wątpliwości odwołującego były bezpodstawne.

Poza gołosłownymi twierdzeniami zawartymi w odwołaniu, odwołujący złożył na rozprawie zdjęcie opakowania oferowanego filtra, podnosząc, że *„na opakowaniu przy oznaczeniu CE znajduje się numer jednostki notyfikowanej, tj. 0473, która nie widniała w serwisie Nando – stronie internetowej Komisji Europejskiej zawierającej spis wszystkich jednostek uprawnionych do certyfikacji produktów w Unii Europejskiej.”*

Podkreślić jednak należy, że odwołujący posłużył się opakowaniem wyrobu z maja 2017 roku (informacja na tymże opakowaniu), podczas gdy co najmniej od 2019 roku wyroby są certyfikowane przez jednostkę o numerze 2797 (co wynika ze zdjęcia opakowania załączonego przez zamawiającego do Odpowiedzi na odwołanie – dowód nr 7).

Wątpliwości zamawiającego powstały zatem na tle nieaktualnego już stanu.

Stwierdzić należy, wobec niezasadności wątpliwości odwołującego, że prawidłowa stawka podatku VAT – w przypadku pozycji 4 części VII zamówienia – wynosi 8%.

Wskazać należy, że zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, poprzez załączone dowody, potwierdził, że w pozycji 4 części VII zamówienia ujęty został wyrób medyczny, dla którego właściwa jest stawka preferencyjna 8%.

Odnosząc się stricte do błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT, skład orzekający Izby wskazuje, że cena błędnie obliczona to taka cena, która byłaby inna gdyby wykonawca zastosował stawkę właściwą.

Skład orzekającego Izby w pełni podziela zapatrywania prezentowane w przywołanych przez zamawiającego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r. i z dnia 8 lipca 2019 r., zapadłych w sprawach o sygn. akt KIO 1462/17 oraz KIO 1046/20 i 1065/20, zgodnie z którymi: *„W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach*

mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazanie zamawiającemu niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 (...)” oraz „zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował niższą czy też wyższą od prawidłowej.”

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty:

- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych ofert
- prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty zostały postawione jedynie w konsekwencji zarzutu pierwszego (nie zaprezentowano odrębnych okoliczności faktycznych i argumentacji), toteż – wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zarzut pierwszy się nie potwierdził, uznał, że także i ten zarzut nie potwierdził się.

Skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) 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: