

Sygn. akt: KIO/UZP 681/09

WYROK
z dnia 9 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska - Maziarz
Członkowie:	Stanisław Sadowy Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania, wniesionego przez **Hornik Sp. z o.o., 61-119 Poznań, ul. Św. Michała 43** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa, 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 42** protestu z dnia 4 maja 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: PRO SCIENTIUM Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) oraz NEOGEN Europe Limited, z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 00-480 Warszawa, ul. Wiejska 7 lok. 15**, zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Hornik Sp. z o.o., 61-119 Poznań, ul. Św. Michała 43

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

- groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Hornik Sp. z o.o., 61-119 Poznań, ul. Św. Michała 43,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hornik Sp. z o.o., 61-119 Poznań, ul. Św. Michała 43.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa, na zakup i dostarczenie odczynników chemicznych, wykonawca - konsorcjum Pro Scientium - Neogen Europe Limited, zwane dalej protestującym lub konsorcjum, złożył w części 55 zamówienia protest na wybór oferty spółki Hornik, która nie spełnia wymagań określonych w rozdziale VII pkt 10 SIWZ, jest niezgodna z rozdziałem XIV pkt 3 SIWZ, czym zamawiający naruszył rozdział XIV pkt 1, 3, 6 SIWZ oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą Pzp. Nadto protestujący zarzucił zamawiającemu, że ten w nierówny sposób potraktował wykonawców, gdyż zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące VAT tylko od jednego wykonawcy, co było podstawą do wyboru oferty firmy Hornik Sp. z o.o.

Protestujący wskazał, że powyższe stanowi naruszenia jego interesu prawnego.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w części 55 są przeciwciała poliklonalne i kontrole pozytywne i negatywne do testu, które powinny być zoptymalizowane do procedury DAS-ELISA przy zastosowaniu płytek certyfikowanych.

Wyjaśnił, że zgodnie z opisem przedstawionym w SIWZ przedmiotem zakupu są specyficzne odczynniki chemiczne przewidziane do badań materiału pobranego z roślin (ziemniak) stosowane w laboratoriach Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony Roślin.

Stwierdził, zgodnie ze swoją wiedzą, że dla odczynników przeznaczonych do badań w laboratoriach Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony Roślin, stanowiących przedmiot zamówienia, właściwa jest podstawowa stawka VAT, tj. 22%.

Wskazał, że w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, zawierającym wykaz towarów i usług podlegających opodatkowaniu 7% stawką VAT, w poz. 82 wskazano jedynie testy i odczynniki diagnostyczne, medyczne (PKWiU 24.66.42-10.60) i wysunął wniosek, że wysokość stawki VAT zależy od tego, czy odczynnik przeznaczony jest do ochrony zdrowia i życia ludzkiego, czy też do innych celów. Stwierdził, że przedmiot zamówienia podlega klasyfikacji PKWiU

24.66.42-10.90 - Odczynniki złożone diagnostyczne lub laboratoryjne pozostałe, gdzie indziej nie wymienione, co nie daje prawa do zastosowania obniżonej stawki VAT, ponieważ odczynników tych nie można również zakwalifikować do poz. 106 załącznika 3 do ustawy o VAT, czyli do wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonych do obrotu na terytorium RP, innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Odczynniki będące wyrobami medycznymi, do których można zastosować obniżoną stawkę podatku VAT, zostały bowiem wymienione w poz. 82 załącznika.

Dodatkowo wskazał, że PKWiU 24.66.42-10.60 - Testy i odczynniki diagnostyczne, medyczne - odnosi się do odczynników, które zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych winny być oznakowane znakiem CE i IVD (In Vitro diagnostics), wymaganym przy przywozie klasyfikowanym do pozycji 24.66.42-10.60.

Podniósł, że zamawiane w części 55 odczynniki przeznaczone są do celów innych niż określa to ustawa o podatku od towarów i usług, przez co nie można ich zakwalifikować inaczej, jak zgodnie z PKWiU 24.66.42-10.90. - Odczynniki złożone diagnostyczne lub laboratoryjne, pozostałe gdzie indziej nie wymienione, a zatem należało zastosować do nich stawkę VAT w wysokości 22% .

W ocenie protestującego, nawet pobieżne przestudiowanie załącznika nr 3 od poz. 72 do pozycji 109 pozwala na zrozumienie intencji ustawodawcy, iż celem zastosowana 7% stawki VAT jest uprzywilejowanie sektora gospodarki, jakim są usługi w ochronie zdrowia człowieka.

W uzupełnieniu podał, że Zasady Metodyczne Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług pozwalają na zaliczenie wyrobu do poszczególnych grupowań. W wielu przypadkach PKWiU jest wykorzystywana do określania produktów, względnie ich grup, objętych preferencjami lub zakazami, np. w sferze podatkowej. Zwrócił więc uwagę, że istotne jest prawidłowe, zawsze jednakowe zaliczanie poszczególnych produktów do tych samych ugrupowań końcowych PKWiU oraz, że przy ustalaniu właściwego grupowania PKWiU, do którego zalicza się określony produkt, należy kierować się zasadami budowy i logiki struktury PKWiU. Podniósł, że w punkcie 7.2 Podstawy zaliczania istnieje zapis, że "Szczególnie niedopuszczalne jest kierowanie się korzyściami materialnymi, względnie innymi przywilejami wynikającymi z takiego lub innego zaklasyfikowania produktu". Zaliczanie danego produktu do odpowiedniego grupowania jest obowiązkiem producenta (względnie usługodawcy), co wynika z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi.

Protestujący, zgodnie z powyższymi zasadami oraz własnościami fizykochemicznymi, strukturą i zastosowaniem wyrobu przyjął, że wyroby objęte zamówieniem w części 55 nie

mieszczą się w grupie PKWiU (24.66.42-10.60 - testy i odczynniki diagnostyczne, medyczne) określonej w Załączniku nr 3 poz. 82 do ustawy o podatku od towarów i usług i w związku z tym nie są testem i odczynnikiem diagnostycznym, medycznym.

Stwierdził, że zamawiający podjął działania podważające zasadę równego traktowania wykonawców i zwrócił się tylko do jednego wykonawcy (pismem z dnia 23.04.2009 r.) z prośbą o wyjaśnienie podstawy zastosowania przez niego stawki VAT 7%, nie zwrócił się natomiast z takim zapytaniem do protestującego o podstawę zastosowania stawki 22%, w wyniku czego jedynie w oparciu o przedstawione wyjaśnienie firmy Hornik Sp. z o.o. zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty.

Podniósł, że pismo wykonawcy Hornik Sp. z o.o. z dnia 24.04.2009 r. nie może stanowić podstawy do uznania, że zastosowana 7% stawka VAT jest prawidłowa, ponieważ wykonawca nie przedstawił pełnej treści Interpretacji Standardów i Klasyfikacji Urzędu Statystycznego w Łodzi, nie wiadomo więc o jaki pytało towar i o jaki podatek VAT chodziło. Domniemuje, iż chodziło na przykład o podatek VAT w imporcie towarów i usług, dla którego taka interpretacja byłaby właściwa - dla grupy CN 3822 00 00 stosuje się stawkę VAT w wysokości 7%. Nie ma natomiast automatycznego zastosowania tej stawki do sprzedaży usług towarów przez podatników krajowych.

Podniósł także, że wykonawca Hornik Sp. z o.o. w sposób wybiórczy stosuje zasady kwalifikacji wyrobów w celu ustalenia stawki VAT - w części 49 - "Kit do testu DAS-ELISA Ervinia Amylovora Zestaw firmy PlantPrintDiagnostics zawierający przeciwciała, kontrolę pozytywną i negatywną oraz bufor ekstrakcyjny i podłoże do namnażania bakterii", gdzie przedmiotem zamówienia są odczynniki chemiczne do wykrywania bakterii powodujących zarazę ogniową (na jabłoniach i gruszach) wykonawca ten zastosował stawkę VAT 22%.

Zwrócił też uwagę, że zgodnie z § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) do celów m.in. opodatkowania podatkiem od towarów i usług - do dnia 31 grudnia 2009 r. stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU), wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (tzw. PKWiU 1997) (Dz. U. Nr 42, poz. 264, ze zm.).

Protestujący wniósł o:

1. odrzucenie oferty firmy Hornik Sp. z o.o. w związku z niespełnieniem wymogów SIWZ i art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp,
2. ponowne rozpatrzenie ważnych ofert w części 55,
3. wybór oferty spełniającej wymagania określone przez SIWZ.

Do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca Hornik Sp. z o.o., wskazując, że w wyniku wniesienia protestu jego interes w uzyskaniu zamówienia

publicznego może doznać uszczerbku, bowiem jego oferta została uznana za najkorzystniejszą z punktu widzenia przyjętych kryteriów oceny ofert.

W uzasadnieniu, odnosząc się do zarzutów naruszenia postanowień rozdziału VII pkt 10 SIWZ stwierdził, że jego oferta była trwale spięta, posiadała spis treści, a na tytułowej stronie podane były wszystkie niezbędne informacje wymagane przez SIWZ w rozdziale VII pkt 10, co przesądza o spełnieniu wszystkich wymagań tego punktu.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa arbitrażowego niespełnienie wymogów techniczno - formalnych nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty przetargowej w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Zwrócił także uwagę, że zgodnie z art. 25 i 40 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (DZ.U. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.) - służby statystyki publicznej są uprawnione do interpretowania obowiązujących standardów klasyfikacyjnych, co oznacza pomoc zainteresowanym podmiotom w wyborze grupowania określonego wyboru lub usługi, ale zaklasyfikowanie leży w gestii samego producenta lub usługodawcy. Ocena, czy wyrób lub usługa spełniają warunki zaklasyfikowania do wskazanego grupowania nie leży w gestii służb statystyki publicznej. W związku z powyższym stanął na stanowisku, że oferowane są odczynniki enzymatyczne, wobec których brak jest podstaw do zastosowania podstawowej stawki podatku VAT.

Zamawiający protest uwzględnił, zapowiadając powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w części 55 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie informując, że dokonał zapowiadanych czynności, w wyniku których postanowił odrzucić ofertę spółki Hornik z powodu błędów w obliczeniu ceny oraz postanowił wybrać ofertę konsorcjum.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wyjaśnił, że dokonał pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wyjaśnienia firmy Hornik i argumentację zawartą w piśmie tego wykonawcy z dnia 24.04.09 r. (towar zamawiany jest towarem z grupy PKWiU 24.66.42-10.60 "Testy i odczynniki diagnostyczne, medyczne" i jako taki "podlega opodatkowaniu w stawce 7%" na podstawie załącznika nr 3 poz. 82 do ustawy o podatku od towarów i usług), a dodatkowo opinię Ośrodka Interpretacji Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi, która wskazywała, że towar zamawiany to towar klasyfikowany przez wykonawcę do pozycji CN 3822 00 00 i powiązany z grupowaniem PKWiU 24.66.42-10.

Wyjaśnił także, że w wyniku protestu konsorcjum zwrócił się z prośbą do firmy Hornik o udostępnienie pełnej treści wystąpienia do Ośrodka Interpretacji i Standardów GUS Łódź oraz pełnej treści odpowiedzi tego Ośrodka, czemu spółka nie uczyniła zadość, a co w ocenie zamawiającego mogłoby mieć istotne znaczenia dla wyjaśnienia tego problemu.

Zamawiający wskazał, że zamiast oczekiwanych dokumentów w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego wykonawca zmienił w sposób zasadniczy swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 24.04.2009 r., podając nową grupę PKWiU 24.14.64-70, która na podstawie załącznika nr 3 poz. 53 do ustawy o podatku VAT objęta jest podatkiem VAT 7%. Według nowej interpretacji wykonawcy wyroby stanowiące przedmiot zamówienia nie są testami diagnostycznymi tylko enzymami, preparatami enzymatycznymi (gdzie indziej nie wymienionymi ani nie włączonymi). Wykonawca jako podstawę kwalifikacji towaru do grupy PKWiU 24.14.64-70 podał oświadczenie producenta, że towar zalicza się do kategorii odczynników enzymatycznych i że służą do wykrywania wirusów roślin metodą ELISA.

W ocenie zamawiającego, druga interpretacja nie może być uznana za pomyłkę w przyjętym kodzie PKWiU, ponieważ nie obejmuje ona samego kodu, dołączono obszernie i świadome wyjaśnienie podstawy zastosowania tego kodu.

Zamawiający stwierdził, że klasyfikacja i uzasadnienie wykonawcy jest błędne, wewnątrznie sprzeczne i nie uwzględnia Zasad Metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, oceniając, że oferowanego wyrobu nie można zaliczyć do:

- 24 Produkty chemiczne
- 24.1 Chemikalia podstawowe
- 24.14 Chemikalia organiczne podstawowe pozostałe
- 24.14.6. Estry, nadtlenki organiczne, związki epoksydowe, acetale i hemocetale: związki organiczne pozostałe
- 24.14.64 Enzymy i inne związki organiczne, gdzie indziej nie sklasyfikowane
- 24.14.64-70 Enzymy; preparaty enzymatyczne (gdzie indziej niewymienione ani niewłączone).

Podniósł, że klasyfikacja według tej drabiny kodów jest przeznaczona dla produktów chemicznych jako surowców i półproduktów, preparatów stosowanych np. w przemyśle spożywczym przetwórczym.

Zdaniem zamawiającego, błędną klasyfikację potwierdza oświadczenie producenta - firmy Bioreba, że odczynniki diagnostyczne składające się z przeciwciała, koniugatu przeciwciała - enzym, pozytywnej i negatywnej kontroli są produktem enzymatycznym do wykrywania patogenów roślin w testach ELISA, czyli test immunoenzymatyczny lub immunoenzymosorbcyjny - jeden z najpowszechniej stosowanych testów w badaniach biomedycznych, zarówno naukowych, jak i diagnostycznych, służący do wykrycia określonych białek w badanym materiale z użyciem przeciwciał poliklonalnych lub monoklonalnych skoniugowanych z odpowiednim enzymem, co w ocenie zamawiającego oznacza, że jest to:

1. odczynnik diagnostyczny,
2. enzym nie w czystej postaci tylko połączony z przeciwciałem,

3. ujęty opisem "produkt enzymatyczny", podany jest w cudzysłowie (w oświadczeniu producenta w angielskiej wersji językowej) jako, że całość nie stanowi produktów enzymatycznych i przyjętą jest to, nazwa wynikająca z zasady działania testu ELISA, gdzie ważnym elementem w reakcji jest enzym, ale substancją wyjściową jest specyficzne przeciwciało z przyłączonym enzymem.

Takie wyjaśnienie powinno służyć, zgodnie z Zasadami Metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług zaliczeniu towaru wg następujących kroków:

- 24 Produkty chemiczne
- 24.6 Produkty Chemiczne pozostałe
- 24.66 Produkty Chemiczne pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane
- 24.66.4 Produkty Chemiczne pozostałe
- 24.66.42. Pasty modelarskie, wosk (...); gotowe pożywki do hodowli mikroorganizmów; złożone odczynniki diagnostyczne i laboratoryjne gdzie indziej nie sklasyfikowane
- 24.66.42-10 Odczynniki złożone diagnostyczne lub laboratoryjne, gdzie indziej nie wymienione
- 24.66.42-10.90 Odczynniki złożone diagnostyczne lub laboratoryjne, gdzie indziej nie wymienione,

które podlegają opodatkowaniu stawką podstawową VAT w wysokości 22%.

Przystępujący na etapie postępowania protestacyjnego wykonawca Hornik Sp. z o.o., zwany dalej także odwołującym, złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy, polegające na:

1. oddaleniu przystąpienia do protestu po stronie zamawiającego,
2. odrzuceniu oferty firmy Hornik jako niespełniającej warunków - zawierającej błędy w obliczeniu ceny,
3. wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej

oraz żądając:

1. unieważnienia czynności rozstrzygnięcia protestu polegającej na jego uznaniu,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. uznania, że oferta Hornik Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu.

Wykazując swój interes prawny odwołujący wskazał, że jego oferta uznana pierwotnie za najkorzystniejszą, po uwzględnieniu protestu, została niezgodnie z przepisami prawa odrzucona.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej uzasadniającej odrzucenie jego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny,

stosownie do dyspozycji art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W piśmie odrzucającym ofertę ewidentnie zabrakło informacji o podstawie prawnej odrzucenia oferty, zamawiający poprzestał wyłącznie na podaniu uzasadnienia faktycznego odrzucenia.

Odwołujący stwierdził, że jego oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy oraz została prawidłowo określona stawka podatku VAT, a zatem nie może być mowy o jakichkolwiek błędach w sposobie obliczenia ceny, które byłyby zarazem podstawą prawną do odrzucenia jego oferty przetargowej.

Odwołujący zgodził się z twierdzeniami protestu, że zgodnie z opisem przedstawionym w SIWZ przedmiotem zakupu są specyficzne odczynniki chemiczne przewidziane do badań materiału pobranego z roślin (ziemniak) stosowane w laboratoriach Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony, nieprawdą jest jednak, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka podstawowa, tj. 22%.

Wyjaśnił, że w toku postępowania, na wezwanie zamawiającego, złożył wyjaśnienia na okoliczność ustalenia 7% stawki VAT, zaś w wyniku złożonego protestu okazało się, że błędnie podał podstawę prawną PKWiU, umożliwiającą zastosowanie stawki 7%. Jednak w ocenie odwołującego zmiana sposobu kwalifikacji odczynnika wg PKWiU nie ma jednak żadnego znaczenia dla sprawy, albowiem w żaden sposób nie powoduje zmiany ceny oferty.

Podniósł, że w żadnym punkcie SIWZ zamawiający nie żądał wskazania numeru PKWiU dla oferowanych odczynników, nie żądał również udowodnienia ustalenia poprawnej stawki podatku VAT.

Wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa za ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT całkowitą odpowiedzialność ponosi zawsze sprzedawca.

Powołując się na treść przystąpienia do postępowania protestacyjnego, podkreślił, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, na podstawie załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r., zastosowanie ma obniżona stawka podatku w wysokości 7%. O słuszności zastosowania tej stawki podatku świadczy okoliczność, że odczynniki diagnostyczne produkowane przez firmę Bioreba służą do wykrywania wirusów roślin metodą Elisa zwaną również immunoenzymatyczną. Test Elisa jest stosowany w badaniach biomedycznych, zarówno naukowych jak i diagnostycznych. Służy do wykrywania określonych białek w badanym materiale z użyciem przeciwciał poliklonalnych lub monoklonalnych skonfigurowanych z odpowiednim enzymem. Zasada działania testu Elisa opiera się na tym, że przeciwciało związane z określonym enzymem może specyficznie rozpoznać dane białko. Po dodaniu przeciwciał następuje utworzenie kompleksów immunologicznych, zatem przeciwciało także zostaje unieruchomione. Po wypłukaniu niezwiązanego przeciwciała i dodaniu substratu dla enzymu związanego z przeciwciałem zajdzie reakcja enzymatyczna, czemu z kolei będzie towarzyszyło pojawienie się produktu. W skład odczynników służących do przeprowadzenia testu Elisa wchodzi: przeciwciała, koniugaty, kontrole pozytywne

i kontrole negatywne. Wymienione preparaty mają zastosowanie jedynie łącznie i stanowią podstawę do wykonania testów immunoenzymatycznych. W związku z powyższym przedmiotowe odczynniki muszą być zakwalifikowane do kategorii 24.14.64-70.00 PKWiU, co w konsekwencji powoduje konieczność zastosowania obniżonej, a nie podstawowej stawki podatku VAT.

Podniósł, że w swojej ofercie nie wskazał żadnej PKWiU, została ona omyłkowo podana w złożonych wyjaśnieniach. Omyłkę taką można jednak poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem nie powoduje ona w żadnym wypadku istotnych, a wręcz nie powoduje żadnych zmian w treści złożonej oferty. Nie ma również żadnego wpływu na zmianę ceny oferty, bowiem niezależnie od kwalifikacji wg PKWiU stawka podatku VAT pozostaje nadal taka sama, tj. 7%.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz przystąpieniu do postępowania odwoławczego, a także zaprezentowanych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy odwołujący w części 55 zaoferował najniższą cenę, a ta stanowiła jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu (Rozdział XII pkt 1 SIWZ), oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił także, że zgodnie z § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 207, poz. 1293), do 31.12.2009 r. do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług stosuje się PKWiU wg rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 42, poz. 262 z późn. zm.)

Skład orzekający Izby nie zaliczył w poczet materiału dowodowego przedłożonej przez odwołującego na rozprawie: Procedury badawczej przeprowadzenia testu diagnostycznego metodą DAS-ELISA oraz opinii dr Krzysztofa Tredera z Instytutu Hodowli i Aklimatyzacji Roślin w Radzikowie, ponieważ nie zostały one podpisane.

Pismem z dnia 23.04.2009 r. zamawiający, korzystając z uprawnienia, jakie daje mu przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, skierował do odwołującego pismo, w którym prosił o wyjaśnienia odnośnie zastosowanej przez odwołującego w części 55 zamówienia stawki podatku od towarów i usług (VAT).

Odnosząc się do argumentu odwołującego, że omyłkę, jaka pojawiła się w złożonych przez niego wyjaśnieniach można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, skład orzekający Izby stwierdza, że wyjaśnienia odwołującego (pismo z dnia 24.04.2009 r.) nie stanowią treści samej oferty, ale komentarz składającego ofertę wykonawcy, jak zamawiający winien odczytywać treść tej oferty. Nie będąc treścią oferty, ewentualne omyłki w treści wyjaśnień nie podlegają żadnym poprawkom przez zamawiającego, ponieważ przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje taką możliwość jedynie w stosunku do treści oferty, nie zaś innych oświadczeń, zawiadomień czy informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a za takie dodatkowe informacje uznać należy składane po terminie otwarcia ofert treść wyjaśnień do treści oferty.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalił się pogląd, zgodnie z którym zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług (VAT) stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie wskazał, jaką stawkę podatku towarów i usług (VAT) winni zastosować wykonawcy w części 55 zamówienia. Żaden z wykonawców nie zwracał się również do zamawiającego z zapytaniem w tej kwestii.

Ustalenie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) jest niewątpliwie obowiązkiem wykonawcy. Jednak prawidłowość ustalonej i zastosowanej przez wykonawcę stawki tego podatku podlega sprawdzeniu przez zamawiającego, wobec jego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert z błędami w obliczeniu ceny czyli, jak wskazano wyżej, również z błędnie obliczonym podatkiem VAT. Skoro na zamawiającym, jako prowadzącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa obowiązek zgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzenia tego postępowania, to właśnie zamawiający jest uprawniony i zobowiązany sprawdzić prawidłowość zastosowanej przez wykonawców stawki podatku od towarów i usług (VAT).

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że do oferowanych przez siebie w przedmiotowym postępowaniu w części 55 zamówienia odczynników zastosował obniżoną, 7% stawkę podatku od towarów i usług (VAT), opierając się na tym, że odczynniki

te należy zakwalifikować wg PKWiU jako „enzymy; preparaty enzymatyczne (gdzie indziej niewymienione ani niewłączone) - symbol 24.14.64.-70.

Istota przedmiotowego sporu sprowadza się zatem do ustalenia, czy według PKWiU oferowane odczynniki należy zakwalifikować tak, jak uczynił to odwołujący, ponieważ będzie to oznaczało, że odwołujący prawidłowo zastosował 7% stawkę, skoro w załączniku nr 3 „Wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%” do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) pod poz. 53 przewidziano taki właśnie (tj. 24.14.64.-70) symbol PKWiU.

Orzekając o niezasadności wniesionego odwołania, skład orzekający Izby zwrócił uwagę na zmienność stanowiska odwołującego, zaprezentowanego w wyjaśnieniach z dnia 24.04.2009 r. (gdzie odwołujący powołał się na PKWiU 24.66.42-10.60) oraz w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, a powtórnego w odwołaniu (gdzie odwołujący powołał się na PKWiU 24.14.64.-70).

W ocenie składu orzekającego Izby, oczekiwane przez zamawiającego i zaoferowane przez odwołującego odczynniki diagnostyczne nie są preparatami enzymatycznym, ani tym bardziej enzymami.

Każdy odczynnik składa się z 4 elementów, które stanowią: przeciwciała, przeciwciała z enzymem (inaczej koniugat lub - zgodnie z tłumaczeniem przysięgłym oświadczenia producenta Bioreba - przeciwciała sprzężone z enzymem), kontrola pozytywna i kontrola negatywna.

Nie można twierdzić, że odczynnik jest enzymem, skoro żaden z jego składników nim nie jest. Jeden ze składników (koniugat) jest jedynie połączeniem przeciwciała i enzymu.

Nie można także twierdzić, że odczynnik jest preparatem enzymatycznym, ponieważ jego udział w odczynniku - w sensie ilościowym - nie jest dla samego odczynnika dominujący, na odczynnik składają się bowiem 3 inne składniki.

W ocenie składu orzekającego Izby, fakt, że oferowane odczynniki służą wykonaniu testów ELISA, które kwalifikowane są jako testy immunoenzymatyczne, ze względu na obecność w odczynniku enzymu połączonego z przeciwciałem, który uruchamia reakcję enzymatyczną, nie oznacza, że sam odczynnik jest preparatem enzymatycznym. To nie testy immunoenzymatyczne, ale odczynniki diagnostyczne są przedmiotem zamówienia.

Za absurdalny skład orzekający Izby uznał argument odwołującego, że nowy sposób konfekcji odczynników, polegający na zapakowaniu wszystkich odczynników przeznaczonych dla poszczególnych laboratoriów wojewódzkich uprawnia go do

zastosowania obniżonej stawki od towarów i usług (VAT), ponieważ w żaden sposób nie zmienia to cech, czy sposobu użycia samych odczynników.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego i nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby pozostawił natomiast bez rozpoznania zarzut odwołującego, iż zamawiający informując go o odrzuceniu oferty nie wskazał żadnej podstawy prawnej, pomimo dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ zarzut ten odwołujący podniósł dopiero w odwołaniu. Rozszerzenie zakresu rozpoznania odwołania o zarzut, który nie został zawarty w proteście jest, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, niedopuszczalne.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem. Biorąc pod uwagę fakt, że powyższy zarzut nie wyczerpywał zarzutów zawartych w odwołaniu, skład orzekający Izby nie miał podstaw do odrzucenia odwołania w całości na posiedzeniu, jednak ze względu na wskazany powyżej przepis ustawy Pzp, pozostawił go bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby pozostawił także bez rozpoznania zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, polegającego na oddaleniu przystąpienia odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku protestu wniesionego przez konsorcjum Pro Scientium - Neogen Europe Limited, ponieważ zarzut ten odwołujący podniósł dopiero w odwołaniu. Rozszerzenie zakresu rozpoznania odwołania o zarzut, który nie został zawarty w proteście jest, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, niedopuszczalne.

Zatem dodatkowo jedynie skład orzekający Izby stwierdza, że ustawa Pzp w ogóle nie przewiduje możliwości oddalenia przez zamawiającego przystąpienia do protestu, a jedynie możliwość oddalenia protestu, a nadto, że stanowisko zamawiającego nie może wpłynąć na prawo wniesienia przez przystępującego wykonawcę odwołania, ponieważ o skuteczności przystąpienia na etapie protestu rozstrzyga Krajowa Izba Odwoławcza, stosując przepis art. 181 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....