

Sygn. akt: KIO 785/18

## WYROK

z dnia 11 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę AlfaChem Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie,

przy udziale wykonawcy Chemagra Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 785/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę AlfaChem Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę AlfaChem Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu 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 2017 r. poz. 1579 ze zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 785/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na

dostawę sprzętu laboratoryjnego dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Przyrodniczego w Lublinie z podziałem na 39 części (znak postępowania: AZP/PNO/5/2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 marca 2018 r. pod numerem 527237-N-2018.

W dniu 23 kwietnia 2018 r. wykonawca AlfaChem Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący” lub „AlfaChem”] wniósł odwołanie w zakresie części 30 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Chemagra Sp. z o.o. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu w ofercie (zadanie nr 30) nieprawidłowej stawki podatku VAT w poz. 52, 53,

120, 128, 139, 150, 164, 180, 211, 212, 213, 220, 488, 489, 514, 515, tj.:

- zastosowanie w poz. 52 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 53 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 120 stawki VAT w wysokości 23 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 8 %,
- zastosowanie w poz. 128 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 139 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 150 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 164 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 180 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 211 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 212 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 213 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 220 stawki VAT w wysokości 23 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 8 %,
- zastosowanie w poz. 488 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 489 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 514 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,
- zastosowanie w poz. 515 stawki VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa, ustalona zgodnie z przepisami prawa stawka VAT wynosi 23 %,

2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Chemagra Sp. z o.o., pomimo że Zamawiający powinien był odrzucić tę ofertę jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Chemagra Sp. z o.o.;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że wykonawca Chemagra Sp. z o.o. w treści swojej oferty, w części dotyczącej poz. 52, 53, 120, 128, 139, 150, 164, 180, 211, 212, 213, 220, 488, 489, 514, 515, zastosował błędne, niezgodne z przepisami prawa stawki VAT. Większość popełnionych przez Chemagra Sp. z o.o. błędów w zakresie stawek VAT polegała na zastosowaniu przez tego wykonawcę stawki preferencyjnej w wysokości 8 %, w sytuacji gdy zastosowanie powinna znaleźć stawka podstawowa (23 %).

Odnosząc się do poszczególnych, ww. pozycji formularza ofertowego Odwołujący wskazał, że zgodnie z jego wiedzą:

1. poz. 52 i 53 - na rynku nie są oferowane filtry nylonowe, które mogłyby być objęte stawką VAT w wysokości 8 %. Najwięksi producenci tego rodzaju asortymentu (Merck, Sartorius, Whatman, Macherey-Nagel, Roth) oferują tego rodzaju produkty stosując podstawową stawkę VAT - 23 %,
2. poz. 120 - Zamawiający wskazał, że oczekuje dostarczenia końcówek automatycznych pasujących do pipet producenta Brand Transferpette S. Pasują do nich jedynie końcówki tego producenta, które są sprzedawane na rynku ze stawką VAT 8 %,
3. poz. 128 - produkt o podanych przez Zamawiającego wymiarach jest oferowany tylko przez jednego producenta, którego wyłącznym dystrybutorem jest Dom Handlowy Nauki Sp. z o.o. Produkt ten nie był zgłaszany jako wyrób medyczny, stąd też brak jest przesłanek do stosowania w jego przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować ten produkt ze stawką 23 % VAT,
4. poz. 139, 150, 164, 180 - Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał dostarczenia produktu pakowanego po 150 szt. Tego rodzaju produkt jest oferowany tylko przez jednego producenta, którego wyłącznym dystrybutorem jest Dom Handlowy Nauki Sp. z o.o. Produkt ten nie był zgłaszany jako wyrób medyczny, stąd też brak jest przesłanek do stosowania w jego przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować ten produkt ze stawką 23 % VAT,
5. poz. 211, 212, 213 - na rynku nie są oferowane produkty, które zostały zakwalifikowane jako wyroby medyczne. Brak zatem podstaw do zastosowania w tym przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować te produkty ze stawką 23 % VAT,
6. poz. 220 - kuwety reakcyjne, które pasują do analizatora biochemicznego Metrolab, nie są zarejestrowane jako wyrób medyczny. Brak zatem podstaw do zastosowania w tym przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować te produkty ze stawką 23 % VAT,
7. poz. 488 - rynienki do odczynników na pipety 8-kanalowe nie są rejestrowane jako wyrób medyczny. Brak zatem podstaw do zastosowania w tym przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować te produkty ze stawką 23 % VAT,
8. poz. 489 - smoczki do zakraplaczy nie są rejestrowane jako wyrób medyczny. Brak zatem podstaw do zastosowania w tym przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować te produkty ze stawką 23 % VAT,
9. poz. 514 i 515 - statywy z PP nie są rejestrowane jako wyrób medyczny. Brak zatem podstaw do zastosowania w tym przypadku 8 % stawki VAT. Chemagra Sp. z o.o. powinien był zaoferować te produkty ze stawką 23 % VAT.

Następnie Odwołujący przywołał właściwe przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221) - art. 5 ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 1, art. 2 pkt 6, art. 8 ust. 1. Nadto wskazał, iż w myśl art. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2 - 12c, art. 43, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 (art. 41 ust. 2 ustawy o VAT). Stosownie do treści art. 146a pkt 1 i 2 ustawy o VAT w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018 r. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23% (pkt 1), natomiast stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8% (pkt 2).

Następnie Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy o VAT nakładają uprawnienie

1 jednocześnie obowiązek określenia stawki podatku VAT na wystawcę faktury - podatnika (art. 106d ust. 1 pkt 12). Zgodnie z przyjętą przez Krajową Izbę Odwoławczą linią orzecniczą dotyczącą stosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT w ofertach, nieprawidłowa stawka VAT w ofercie wykonawcy powinna skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (tak KIO w wyroku z dnia 1 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 80/16; z dnia

2 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2271/15). Odwołujący przywołał również fragment uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 53/11. Odwołujący podkreślał, że w sytuacji gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT nie może poprosić nieprawidłowo zastosowanej stawki VAT jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podobny pogląd wyraził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r. sygn. akt: XXIII Ga 365/17, w uzasadnieniu którego sąd ten podkreślił, że tylko oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, obiektywnie sprawdzalnej, bo wynikającej z obowiązujących przepisów stawce podatku VAT.

W ocenie Odwołującego analizując zakres dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać, że jedyna pozycja załącznika nr 3 do ustawy o VAT (stawka 8 %), pod którą mogłyby zostać zakwalifikowane ww. poz. formularza ofertowego, to poz. 105, zgodnie z którą stawka 8 % może być stosowana w stosunku do wyrobów

medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na

terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Żadna z pozostałych pozycji tego załącznika nie obejmuje asortymentu, który jest przedmiotem udzielanego zamówienia (z wyłączeniem poz. 120 i 220).

Odwołujący przywołał również określoną w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyborach medycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 211) definicję wyrobu medycznego.

Odnosząc się do stanowiska wykonawcy Chemagra Sp. z o. o. z dnia 11 kwietnia 2018 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie dotyczące zastosowania stawki VAT wskazał, że bardzo częstym błędem jest powtarzanie przez wykonawców stawki VAT, która została zastosowana przez producenta bądź importera. Wykonawcy wychodzą bowiem z założenia, że producenci oraz importerzy są przekonani o prawidłowości zastosowanej stawki. Wskazał, iż zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje swoje towary i usługi. Powyższe w praktyce oznacza, że każdy podmiot odpowiada za poprawność dokonanej klasyfikacji i tym samym stosowanych stawek VAT. Stanowisko to ma swoje źródło w szeregu interpretacji podatkowych. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał fragment interpretacji indywidualnej ITPP3/443-129/12/AF z dnia 5 września 2012 r., jak również wskazał, iż podobne stanowisko wyrażono w interpretacji indywidualnej IBPP2/443-11/14/KO z dnia 18 kwietnia 2014 r. Nadto Odwołujący przywołał fragment wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 czerwca 2000 r. sygn. akt. I SA/Ka 2367/98, w którym Sąd wskazał, że: „Treść art. 18 ust. 1, jak i brzmienie niektórych innych przepisów ustawy z 1993 r. o VAT, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że ustawodawca jako regułę określił sytuację, w ramach której stawka tego podatku wynosi 22 proc. Skoro zaś tak, to winno być poza sporem, że wyjątki od tej reguły nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Jeśli więc w stosunku do danego rodzaju towarów i usług nie zostało wyraźnie określone w przepisach szczególnych, iż ma do niego zastosowanie niższa stawka podatkowa, to tego rodzaju towar lub usługa podlegają opodatkowaniu 22 proc. stawką podatku”.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że żaden z wymienionych w ww. pozycjach formularza ofertowego rodzaj asortymentu nie jest kwalifikowany jako wyrób medyczny. W związku z tym wykonawca Chemagra Sp. z o.o. nie miał prawa do zaoferowania w tym zakresie preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8 %. W opinii Odwołującego, Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę tego wykonawcy jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia tej oferty spowodowało,

że Zamawiający ocenił nieporównywalne oferty (Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego pomimo faktu, że zaoferował on - w odniesieniu do ww. pozycji formularza ofertowego - inne stawki podatku VAT).

W końcu Odwołujący zauważył, że postępowanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Istotne jest bowiem to, że Zamawiający nie wie, jakie produkty zostały zaoferowane przez wykonawców, ponieważ nie wymagał wskazania przez nich na etapie składania ofert nazw, producenta oraz numerów katalogowych tych produktów. Zamawiający pozbawił zatem siebie oraz wykonawców prawa do zweryfikowania zgodności ofert z treścią SIWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 maja 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający argumentował, że żaden obowiązujący przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wskazania stawek VAT dla 647 pozycji asortymentowych wymienionych w załączniku nr 30 do SIWZ, zaś z całą pewnością obowiązkiem tym zostali obarczeni z punktu widzenia ustawy o VAT Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, którzy ponosząc odpowiedzialność, w tym karnoskarbową, mieli podać w swojej ofercie „nie jakkolwiek” lecz zgodną z ustawą stawkę podatku VAT. Jedynie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia i obliczenia podatku VAT, który będzie musiał zapłacić, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku VAT w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. W tym jedynym przypadku Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek VAT, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Odnosząc się do zarzutów, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania w ofercie nazw producentów oraz numerów katalogowych oferowanych produktów, Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i dlatego nie żądał od wykonawców nazw producentów i numerów katalogowych i uznał te informacje za zbędne i niepotrzebne.

W ocenie Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, odnosi się zawężająco do błędu w obliczeniu ceny, a więc złego, nieprawidłowego wyniku lub rezultatu obliczenia ceny, przy czym błąd w obliczeniu ceny będzie błędem „ekonomicznym” Wykonawcy, wyrażającym się pod takimi pojęciami jak koszt, zysk, nakłady, zakres zamówienia.

Zamawiający podkreślał, że nie istnieje żaden obowiązujący sposób obliczenia ceny, szczególnie w odniesieniu do stawek VAT, a podatek VAT nie ma znaczenia cenotwórczego w rozumieniu działania matematycznego, które w sposób dokładny nakazywałoby jego zastosowanie do obliczenia ceny ofertowej. Wykonawca zawsze może w ofercie podać określoną kwotę lub stawkę VAT, a jednocześnie faktycznie skalkulować w cenie zupełnie inne wartości. Ponadto Wykonawca może zakładać pokrycie kosztów przyszłych zobowiązań podatkowych ze źródeł innych niż otrzymana cena i z tego względu faktycznie w ogóle w kwocie swojego wynagrodzenia ich nie wkalkulowywać.

Zamawiający podniósł również, że stopień skomplikowania systemu podatkowego w Polsce uniemożliwia Zamawiającemu zidentyfikowanie prawidłowych stawek VAT, by narzucić je wykonawcom do obliczenia cen ofertowych w postępowaniu. Dlatego też, Wykonawcy powinni byli skalkulować cenę ofertową według uznania, biorąc pod uwagę przyszłe zobowiązania podatkowe, czyli przyjąć cenę brutto jaka wynika z ich potrzeb i interesów, a Zamawiającemu powinni byli podać ją w rozbiciu na cenę netto, brutto i podatek VAT.

Zamawiający zauważył, że w niniejszym postępowaniu oferty mogli składać zarówno VAT-cy, w tym korzystający z różnych form opodatkowania i podmiotowych zwolnień, jak i podmioty nieprowadzące działalności gospodarczej i nieopodatkowane VAT, Wykonawcy zagraniczni, również spoza Unii Europejskiej, co nie oznacza, iż w świetle przepisów ustawy Pzp ich oferty byłyby „nieporównywalne”. Zarzut nieporównywalności ofert Odwołujący użył w kontekście stosowania różnych stawek VAT przez Wykonawców w postępowaniu. Ustawa

Pzp zakłada i wymaga od Zamawiającego porównywalności cenowej ofert tylko w jednym aspekcie - wysokości ceny płaconej przez Zamawiającego, zaś sposób uwzględnienia wysokości stawki VAT przez Wykonawców podających w ofertach swoją cenę, jest ich ryzykiem, a w przypadku podania w kalkulacji kosztów ceny ofertowej niższej stawki niż

rzeczywiście obowiązująca, Wykonawca poniesie wyższe koszty VAT niż zakładał w ofercie. Ponadto Wykonawca może w rzeczywistości uwzględnić realnie swoje koszty podatkowe w ramach własnych cen, w sposób odpowiadający jego interesom i kalkulacjom, a w strukturze ceny ofertowej uwidaczniać dowolne „prawidłowe” wysokości procentowe podatku czyli podać zaniżoną cenę netto i podać 23% stawkę VAT kalkulując w rzeczywistości VAT na poziomie 8%, co poza przypadkiem sprawdzenia oferty pod kątem rażąco niskiej ceny pozostaje dla Zamawiającego niemożliwe do zweryfikowania. Tym samym to rzeczywisty poziom kosztów uwzględniony przez Wykonawcę w ofercie oraz sposób realizacji jego celów przez stosowaną politykę cenową, wpływa na ostateczną wysokość ceny, a jej obniżenie, może przesądzić o uzyskaniu zamówienia publicznego. Dlatego też należy stwierdzić, że oferty z odmiennie skalkulowaną ceną brutto, póki dotyczą tego samego zakresu zamówienia są zgodne ze SIWZ, jak również są matematycznie porównywalne.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Zatem, nie można podatnikowi, w szczególności w sytuacjach, w których mogą zrodzić się wątpliwości, co do oceny prawnopodatkowej konkretnego zdarzenia gospodarczego, odebrać prawa do zastosowania danej stawki podatkowej (sygn. akt: KIO 349/16 z dnia 24 marca 2016 r.). Tym samym, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, bezzasadny jest zarzut, że Zamawiający dokonał oceny ofert zawierających różne stawki podatku VAT, czyli ofert nieporównywalnych, nawet jeśli, w spornym zakresie, stawki były różne, tym bardziej, że w treści swojej oferty Odwołujący w 30 pozycjach zastosował preferencyjną 8% stawkę podatku VAT, zaś w tych samych pozycjach Przystępujący zastosował 23% stawkę VAT. Zarówno z treści informacji złożonej do Zamawiającego w dniu 29.03.2018 r. jaki i z treści odwołania wynika, że Odwołujący jedynie domniemuje, że w ww. pozycjach 8% stawka podatku VAT jest stawką błędnie zastosowaną przez Przystępującego. Odwołujący używa słów "nie spotkałem się", „zakładam”, „nie wiem na jakiej podstawie”. Odwołujący przytacza w tekście odwołania ogólniki nie przedstawiając żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska. To na Odwołującym, jako na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne spoczywa ciężar dowodu wykazania tego faktu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Chemagra Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 785/18 w dniu 27 kwietnia 2018 r. po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 8 maja 2018 r., w którym przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne swojego stanowiska.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz ofertę wykonawcy Chemagra Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego oraz Uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 maja 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dokumencie pn. Oszacowanie wartości zamówienia publicznego w dostawach dla części 30 przedmiotu zamówienia - plastikowy sprzęt laboratoryjny Zamawiający wskazał jako właściwą stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%.

Przedmiotem zamówienia w zakresie części 30 była dostawa plastikowego sprzętu

laboratoryjnego dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Przyrodniczego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 30 został zawarty w załączniku nr 30 do SIWZ. W treści ww. załącznika Zamawiający wymagał podania przez wykonawców, w odniesieniu do każdego produktu, ceny jednostkowej netto, wartości netto, stawki podatku VAT oraz wartości brutto. Nadto Zamawiający wymagał od wykonawców podania w treści oferty (załącznik nr 40 do SIWZ), w odniesieniu do części 30 zamówienia, ceny netto, stawki podatku VAT oraz ceny brutto. Zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania w ofercie nazw produktów, producentów czy numerów katalogowych oferowanych produktów.

W rozdziale 12 SIWZ pn. Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający nie wskazał wysokości stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia w zakresie części 30.

W części 30 zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 556 225,55 zł oraz Przystępujący z ceną 545 268,85 zł.

Wykonawca Chemagra Sp. z o.o. w ofercie wskazał, że w części 30 zamówienia zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%. Z kolei w załączniku nr 30 do SIWZ wykonawca Chemagra Sp. z o.o. w poz. nr 52, 53, 128, 139, 150, 164, 180, 211, 212, 213, 488, 489, 514 i 515 podał 8% stawkę podatku VAT, a w poz. 120 i 220 stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

W dniu 5 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w poz. 52,

53, 120, 128, 139, 150, 164, 180, 211 - 213, 220, 488, 489, 514 i 515 załącznika nr 30 do specyfikacji.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r. wykonawca Chemagra Sp. z o.o. wyjaśnił, że w poz. nr 52, 53, 128, 139, 150, 164, 180, 211, 212, 213, 488, 489, 514 i 515 zaproponował produkty zgodne z opisem Zamawiającego - zaoferowane produkty są zgodne z opisem w SIWZ wraz z uwzględnieniem żądanej wielkości opakowań. W ww. pozycjach została zastosowana 8% stawka VAT zgodnie z ofertami otrzymanymi od dostawców. Z kolei w poz. 120 i 220 wykonawca zaproponował produkty zgodne z opisem i wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ z uwzględnieniem wielkości opakowań i zastosował stawkę 23% VAT zgodnie z ofertą cenową utrzymaną od dystrybutorów.

W dniu 16 kwietnia 2018 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Chemagra Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.

#### Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Chemagra Sp. z o.o. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu w ofercie (zadanie nr 30) nieprawidłowej stawki podatku VAT

w poz. 52, 53, 120, 128, 139, 150, 164, 180, 211, 212, 213, 220, 488, 489, 514, 515 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Osią sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości zastosowanej przez wykonawcę Chemagra Sp. z o.o. w określonych pozycjach załącznika nr 30 do SIWZ stawki

podatku VAT. Wykonawca Chemagra Sp. z o.o. w poz. nr 52, 53, 128, 139, 150, 164, 180, 211, 212, 213, 488, 489, 514 i 515 załącznika nr 30 do specyfikacji zastosował 8% stawkę podatku VAT, a w poz. 120 i 220 stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Nadto w treści oferty ww. wykonawca wskazał, że w części 30 zamówienia zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23%.

Izba zauważyła, że w odniesieniu do pozycji 220 Odwołujący w treści odwołania na stronie drugiej i siódmej wskazał, że właściwa dla tego asortymentu jest stawka podatku VAT

w wysokości 8%. Z kolei na stronie ósmej odwołania, w zakresie ww. pozycji, Odwołujący stwierdził, że kuwety rekreacyjne, które pasują do analizatora biochemicznego Metrolab, nie są rejestrowane jako wyrób medyczny, a zatem brak było podstaw do zastosowania w odniesieniu do ww. asortymentu stawki podatku VAT w wysokości 8%.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, pod warunkiem, że zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości. Podkreślić również należy, iż obowiązek odrzucenia oferty zawierającej nieprawidłową stawkę podatku VAT aktualizuje się niezależnie od tego, czy przyjęcie błędnej stawki podatku VAT było działaniem zamierzonym ze strony wykonawcy, czy też takiego charakteru nie miało. Wymaga również zaznaczenia, że obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT w złożonych ofertach spoczywa na Zamawiającym, który obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie zaś z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2 - 12c, art. 43, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 (art. 41 ust. 2 ustawy o VAT). Stosownie natomiast do treści art. 146a pkt 1 i 2 ustawy o VAT w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018 r. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23% (pkt 1), natomiast stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8% (pkt 2). Stawka podatku VAT w wysokości 8% znajdzie zastosowanie m.in. do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika nr 3 (poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż kwestia zastosowanej przez wykonawcę Chemagra Sp. z o.o. stawki podatku VAT dla produktów określonych pod ww. pozycjami była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca Chemagra Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w sposób rzeczowy wyjaśnił, że w zakresie spornych pozycji załącznika nr 30 do SIWZ zastosował stawki podatku VAT zgodnie z ofertą cenową otrzymaną od swoich dostawców oraz dystrybutorów. Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, iż wykonawca Chemagra Sp. z o.o. obowiązany był, w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, do złożenia dokumentów, które potwierdzałyby wyjaśnienia ww. wykonawcy w zakresie żądanym przez Zamawiającego. Wskazać należy, że wykonawca nie jest zobowiązany do składania Zamawiającemu dokumentów niewymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Następnie wskazać należy na okoliczność podnoszoną przez Odwołującego, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w ofertach nazw produktów, producentów czy też numerów katalogowych zamawianego asortymentu. Konsekwencją powyższego był brak możliwości jednoznacznego ustalenia i zweryfikowania na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakie produkty i jakich producentów zaoferował w niniejszym postępowaniu Przystępujący w ramach części 30 zamówienia. Tym samym twierdzenia Odwołującego co do błędu w obliczeniu ceny oferty z uwagi na nieprawidłową stawkę podatku VAT zastosowaną przez Przystępującego w ww. pozycjach załącznika nr 30 do SIWZ, oparte zostały na nieznanych Odwołującemu produktach oferowanych przez wykonawcę Chemagra Sp. z o.o., co uniemożliwiało ustalenie, czy dany asortyment oferowany przez Przystępującego jest wyrobem medycznym w rozumieniu ww. ustawy i może korzystać z obniżonej stawki podatku VAT, czy też nie.

Nadto zauważyć również należy, iż Zamawiający w opisie przedmiotu części 30 zamówienia nie wymagał, aby oferowany przez wykonawców asortyment stanowił wyrób medyczny w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 211). Tym samym, jak wskazywał w toku rozprawy przed Izbą Przystępujący, dla spełnienia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ dla poszczególnych pozycji załącznika nr 30, możliwym był zaoferowanie produktów niebędących wyrobami medycznymi w znaczeniu ww. ustawy, jak również produktów, które będą odpowiadały definicji legalnej wyrobu medycznego uregulowanej w ustawie wspomnianej powyżej. Powyższe stanowisko nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Izba wskazuje, że argumentacja prezentowana przez Odwołującego sprowadzała się w zasadniczej mierze do dwóch kwestii. Po pierwsze, Odwołujący twierdził, że produkty wskazane w ww. pozycjach załącznika nr 30 do SIWZ (z wyłączeniem pozycji 120 i 220) nie

są wyrobami medycznymi, a zatem nie mogą korzystać z preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%. Po drugie, w ocenie Odwołującego, częstym błędem jest powtarzanie przez wykonawców stawki podatku VAT, która została zastosowana przez producenta bądź

importera produktu, mimo że zasadą jest, iż to zainteresowany podmiot sam klasyfikuje swoje towary i usługi, a w konsekwencji ponosi odpowiedzialność za poprawność dokonanej

klasyfikacji i tym samym stosowanych stawek podatku VAT.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący nie wykazał, że produkty pod ww. pozycjami (z wyłączeniem pozycji 120, dla której w ocenie Odwołującego właściwa była stawka VAT w wysokości 8%, a w zakresie pozycji 220 Przystępujący wskazał stawkę 23%) nie stanowiły wyrobów medycznych, a zatem nie mogły korzystać z preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%. Powyższej okoliczności w ocenie Izby nie dowodzą złożone przez Odwołującego w toku rozprawy faktury czy oświadczenia dostawców produktów, z którymi współpracuje Odwołujący. Zdaniem składu orzekającego rozpoznającego niniejszą sprawę z okoliczności, iż dostawcy Odwołującego stosują określone stawki podatku VAT nie można wywodzić tak dalekich wniosków, że również Przystępujący korzysta z tych samych dostawców, a zatem właściwymi są stawki podatku VAT stosowane przez kontrahentów Odwołującego. Co więcej, w toku postępowania odwoławczego Przystępujący podniósł, że nie współpracuje z dostawcami Odwołującego, składając jako dowód oświadczenia własnych dystrybutorów zamawianego asortymentu potwierdzające wysokość przyjętej stawki podatku VAT w zakresie spornych pozycji załącznika nr 30 do SIWZ.

Odnosząc się do kwestionowanej przez Odwołującego, w szczególności, stawki podatku VAT zastosowanej przez Przystępującego dla asortymentu określonego w pozycji 128 załącznika nr 30 Izba wskazuje, że w piśmie z dnia 26 kwietnia 2018 r. (załącznik nr 1 do pisma Przystępującego z dnia 8 maja 2018 r.) w odniesieniu do ww. produktu Przystępujący wskazał numer katalogowy GP414. Ww. numer katalogowy widnieje również na oświadczeniu dystrybutora ww. asortymentu - GenoPlast Biochemicals z dnia 27 kwietnia 2018 r., w którym wskazano, iż produkt ten jest wyrobem medycznym przeznaczonym do diagnostyki in vitro posiadającym certyfikat CE potwierdzającym wymogi Dyrektywy in vitro 98/79/EC i jako spełniający wymogi ww. dyrektywy podlega opodatkowaniu podatkiem VAT w wysokości 8%. Zestawiając powyższe informacje z informacjami podanymi w oświadczeniach Domu Handlowego Nauki Sp. z o.o., złożonych przez Odwołującego, zauważyć należy, iż w ww. pismach dla produktu określonego w pozycji 128 załącznika nr 30 do SIWZ został podany inny numer katalogowy, tj. 88011 i 89011, niż podany przez Przystępującego. Ponadto z ww. oświadczeń wynika, iż producentem produktu oferowanego przez Odwołującego jest firma Zaplast s.c., a wyłącznym dystrybutorem Dom Handlowy Nauki Sp. z o.o. oraz że produkt ten nie został zgłoszony do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych jako wyrób do diagnostyki in vitro, a zatem nie ma podstaw do zastosowania w odniesieniu do tego produktu preferencyjnej stawki VAT 8%.

Z powyższego zdaniem Izby wynika tylko tyle, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący w zakresie pozycji 128 współpracowali z innymi dystrybutorami oraz że

produkty pochodzące od dystrybutora Przystępującego posiadają certyfikat CE i mogą korzystać z obniżonej stawki podatku VAT, w przeciwieństwie do produktów dystrybuowanych przez Dom Handlowy Nauki Sp. z o.o., na które powoływał się Odwołujący. Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, nie dowodzą tego, że jedynym na rynku spełniającym wymogi Zamawiającego określone w SIWZ dla pozycji 128 załącznika nr 30 jest produkt firmy Zaplast s.c., którego wyłączny dystrybutor - Dom Handlowy Nauki Sp. z o.o. sprzedaje ww. asortyment z zastosowaniem stawki VAT 23%, co potwierdzałoby prawidłowość ww. stawki podatku VAT dla tego produktu.

Nie zasługiwała również na uwzględnienie dalsza argumentacja podnoszona przez Odwołującego dotycząca błędnego powielania przez wykonawców stawki podatku VAT stosowanej przez producenta bądź importera produktu. Gdyby nawet przyjąć, iż powyższe stanowi częsty błąd popełniany przez wykonawców, czego Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, to nie sposób a priori przyjąć, że stawka podatku VAT zastosowana przez producenta bądź importera będzie niewłaściwa dla zastosowania przez wykonawcę. Odwołujący nie udowodnił, że taka sytuacja miała miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy, a jego twierdzenia w ww. zakresie pozbawione były szerszego wywodu merytorycznego.

W tym miejscu Izba wskazuje na niekonsekwencję Odwołującego w zakresie prezentowanej wyżej argumentacji. Odwołujący w treści odwołania na poparcie swoich twierdzeń w zakresie nieprawidłowej stawki podatku VAT zastosowanej przez wykonawcę Chemagra Sp. z o.o. w odniesieniu do poz. 52, 53 i 120 sam powoływał się na stosowaną przez producentów ww. produktów stawkę podatku VAT uznając jej wysokość za właściwą. Ponadto Izba wskazuje, że w zakresie pozycji 120 Przystępujący złożył oświadczenie Equimed

potwierdzające, że końcówki do pipet automatycznych, pasujące do pipet Brand o określonym numerze katalogowym, sprzedawane są z 23% VAT oraz że ww. podmiot nie posiada dokumentu CE potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE dotyczącą wyrobów medycznych, co uniemożliwiało zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT dla ww. produktu.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu wynikającemu z treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że zastosowane przez Przystępującego stawki podatku VAT w ww. pozycjach załącznika nr 30 do SIWZ były niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, a w konsekwencji by oferta wykonawcy Chemagra Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Izba wskazuje, iż podnoszona przez Odwołującego argumentacja dotycząca nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia uniemożliwiających Zamawiającemu oraz wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zweryfikowanie produktów oferowanych przez poszczególnych wykonawców, jako spóźniona, nie mogła podlegać rozpoznaniu.

W konsekwencji powyższych ustaleń nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Stosownie do treści § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na niezłożenie do akt sprawy rachunku potwierdzającego ich poniesienie.

Przewodniczący: .....