

WYROK

Warszawa, dnia 31 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 9 i 18 grudnia 2024 roku przez wykonawcę PRO CLEANING SOLUTIONS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielon Górze, ul. Wojska Polskiego 63 w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 28 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY z siedzibą w Siedlcach, ul. Witolda Pileckiego 5

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie A.S. i M.S. prowadzący działalność pod firmą Hurtico spółka cywilna z siedzibą w Kaliszu ul. Złota 44

orzeka:

sygn. akt KIO 4675/24

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczonego wpisu, , kwotę 202 zł 00 gr (dwieście dwa złote zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

Sygn. akt KIO 4799/24

1. uwzględnia odwołanie i zakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności sprostowania informacji o wyniku postępowania z dnia 13 grudnia 2024 r. ,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 202 zł 00 gr (dwieście dwa złote zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 702 zł 00 gr (siedem tysięcy siedemset dwa złote zero groszy) tytułem zwrotu wpisu i kosztów dojazdu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4675/24

KIO 4799/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę środków czyszczących i polerujących nr postępowania: D/139/2024 zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2024/BZP 00577526

Sygn. akt 4675/24

3 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

9 grudnia 2024 r. PRO CLEANING SOLUTIONS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wojska Polskiego 63 wniósł odwołanie przez członka zarządu. Wraz z odwołaniem złożono dowód uiszczenia wpisu.

Do odwołania uzupełniono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu jako niezgodne z ustawą nie odrzucenie ofert firm HURTICO, PGD, MAKCHEN DAFIPAPIER, NATURAL, BARLON.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

I.unieważnienia czynności wyboru oferty firmy HURTICO

II.odrzucenie ofert firm HURTICO, PGD, MAKCHEM, DAFIPAPIER, NATURAL, BARLON jako niezgodnych z SWZ

III.wybór oferty firmy PRO CLEANING SOLUTIONS SP.Z O.O. jako najkorzystniejszej

Nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą

W postępowaniu firmy HURTICO, PGD, MAKCHEM, DAFIPAPIER, NATURAL, BARLON zaoferowały produkty niezgodne ze SWZ.

Niezgodność w ofertach HURTICO, PGD, MAKCHEM, DAFIPAPIER, NATURAL którzy zaoferowali:

poz. 16 – WC TOILET FRESHENER – kostka WC firmy Enigma

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia następująco:

Poz. 16 „ Kostka toaletowa zapachowa do WC – likwiduje bakterie i zapewnia higienę i bezpieczeństwo. Wkład o wadze 40 gram”

Produkt nie spełnia wymagań OPZ, ponieważ zaoferowana kostka nie jest produktem biobójczym w żadnym zakresie, a wskazania bakteriobójczości przez zamawiającego nie zostały spełnione. Produkt nie posiada pozwolenia na obrót produktem biobójczym zgodnie z przepisami Ustawy o produktach biobójczych / Dz. U. 2015 poz 1926 – Ustawa z dnia 9 października 2015r /

Zgodnie z art. 3 pkt 1. Ustawy, gdzie definiuje się produkty m. in bakteriobójcze oraz art. 4 pkt 1, gdzie jednoznacznie ustawodawca wskazuje jakie produkty mogą znajdować się w obrocie na terenie RP: „ ... w obrocie i stosowaniu na terenie RP mogą znajdować się tylko te produkty biobójcze, na które:

1) zostało wydane pozwolenie na wprowadzenie do obrotu...”

Zamawiający w każdym momencie może sam zweryfikować rejestr produktów biobójczych, ponieważ jest on ogólnie dostępny na stronie internetowej Urzędu, poniżej link:

<https://www.gov.pl/web/urpl/wykaz-produktow-biobojczych2>

W tabeli można wyszukać produkty filtrując poszczególne jej kolumny. Jest darmowe narzędzie i dostępne dla każdego.

Zamawiający nie musi się zastanawiać wystarczy sprawdzić w rejestrze.

Zamawiający ma obowiązek stosować obowiązujące prawo na terenie RP.

Produkt nie spełnia wymagań SWZ, oferta podlega odrzuceniu.

Niezgodność w ofercie BARLON, która zaoferowała:

poz. 14 – LIMAX – płyn do pielęgnacji mebli firmy Barlon

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia następująco:

Poz. 14 „ Środek do pielęgnacji mebli- preparat w sprayu do czyszczenia i pielęgnacji mebli, zapobiega osadzaniu się kurzu, nadaje połysk. Opakowanie: 350ml”

Definicja słowa spray wg wikipedia:

„Spray (IPA: [sprej] lub [spræj]), także sprej lub spraj – płyn znajdujący się, wraz z gazem nośnym, w pojemniku pod dużym ciśnieniem i przeznaczony do rozpylania. Spray to również potoczna nazwa pojemnika z tym płynem. Spray podczas użycia wytwarza gazozol...” Definicja słowa spray wg słownika języka polskiego pwn:

spray [wym. sprej] «płyn znajdujący się pod ciśnieniem w specjalnym pojemniku, przeznaczony do rozpylania; też: pojemnik z takim płynem»

Zamawiający wymagał tego typu produkty

Tu odwołujący wkleił zdjęcie opakowania produktu Sidolux meble

Firma Barlon zaoferowała taki produkt.

Tu odwołujący wkleił zdjęcie opakowania produktu Barlon Płyn do pielęgnacji mebli.

Jeżeli dokumenty załączone przez firmę Barlon, czyli kartę charakterystyki zamawiający nie potrafi zweryfikować to może obrazki pomogą.

Zamawiający jednoznacznie opisał przedmiot zamówienia i wymagał produktu w sprayu nie w atomizerze.

Produkt jest nie zgodny ze SWZ

Odwołujący nie widzi podstaw prawnych uznania ofert firm HURTICO, PGD, MAKCHEM, DAFIPAPIER, NATURAL, BARLON jako spełniających wymagania SWZ, ponieważ w żadna z ww firm nie zaoferowała produktów zgodnych ze SWZ.

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia a wykonawca składa ofertę na produkty zgodne z jego opisem, w tym przypadku tak się nie stało.

Jako wykonawca odwołujący umie czytać SWZ i stosuje się do jej zapisów.

Wykonawca nie może złożyć oferty z produktami jakie chce czy jakie posiada na stanie. Po co zamawiającemu SWZ jak jej zapisów nie respektuje wykonawca ani zamawiający. Trzeba czytać specyfikację po to ona jest.

Na tym etapie postępowania zamawiający nie może zmieniać zapisów SWZ, które jednoznacznie określają produkty. Ponadto zamawiający ma obowiązek szacować przedmiot zamówienia przed ogłoszeniem postępowania co uczynił na poziomie 334 070, 16 zł brutto po czym wybiera ofertę za połowę tej kwoty 160 177,80 zł. W związku z tym odwołujący pyta zamawiającego czy nie potrafi szacować prawidłowo przedmiotu zamówienia czy nie potrafi poprawnie zweryfikować otrzymanych ofert. Przygotowując ofertę odwołujący uważnie przeczytał SWZ i złożył ofertę na produkty zgodnie z nią co potwierdza też kwota zbliżona do szacowanej zamawiającego.

3 grudnia 2024 zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty - wybierając ofertę firmy HURTICO zamiast ją odrzucić. Powyższe działanie wskazuje na błąd zamawiającego w trakcie oceny i badania ofert, co stanowi naruszenie przepisów ustawy art. 16 pkt. 1 zasadę równości i uczciwej konkurencji.

Wszystkie opisane powyżej czynności i zaniechania zamawiającego sprawiają, że odwołanie niniejsze jest zasadne oraz konieczne i wniósł jak na wstępie.

10 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

12 grudnia 2024 r. wykonawcy A.S. i M.S. wspólnie ubiegający się o zamówienie jako Hurtico spółka cywilna zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym wnosząc wspólnie przystąpienie po stronie zamawiającego. Jako interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego wskazali, że ich interesem jest uzyskanie oraz realizacja tego zamówienia publicznego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego odrzucenie z uwagi na to, że nie otrzymał do upływu terminu na wniesienie odwołania kompletnego odwołania, tzn. otrzymał odwołanie, ale bez załączników merytorycznych, co w jego ocenie stanowi, o podstawie odrzucenia odwołania, o której mowa z art. 528 pkt 6 ustawy. Powołał postanowienie KIO z 18 stycznia 2022 r. KIO 3788/22 i z 26 czerwca 2022 r. sygn. KIO 1118/18. Merytorycznie wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów na podstawie załączonego spisu kosztów. Odnosząc się do zarzutów podniósł, że zaoferowane przez spornych wykonawców kostki toaletowe do WC posiadają dwie substancje czynne kwas alkilobenzenosulfonowy i węglan sodu, które mają właściwości czyszczące zwilżające i i odtłuszczające oraz jest regulatorem PH, co wpływa na zdatność środka do usuwania brudu i bakterii. Węglan sodu lekki to aktywny wypełniacz, który zwiększa efekt piorący mydeł i innych powierzchniowo czynnych związków anionowych i niektóre związki chemiczne. Ma właściwości higroskopijne i można za jego pomocą zdezynfekować i wyczyścić całą łazienkę. Poparł te tezy kartą charakterystyki, oświadczeniem przystępującego oraz oświadczeniem technologa K.. Co do poz. 14 i oferty konsorcjum Barlon, to zamawiający podniósł, że z karty dla tego produktu wynika, że jest on w spray', a nadto zamawiający wymagał środka, który rozpyla lub rozkłada ciecz w spray'u. Użycie w SWZ pojęcia Spray nie było wskazaniem sposobu zastosowania, a nie właściwości produktu jako takiego Jako dowody powołał kartę produktu i kartę charakterystyki

Sygn. akt KIO 4799/24

13 grudnia 2024 r. zamawiający sprostował informację o wynikach postępowania i odrzucił ofertę odwołującego.

18 grudnia 2024 r. odwołujący wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 18 grudnia 2024 r., udzielonego przez członka zarządu. Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu oraz dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.Art. 239 ust. 1 ustawy przez błędny wybór oferty Wykonawcy HURTICO s.c. A.S. M.S. ul. Złota 44, 62-800 Kalisz jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą stanowi oferta odwołującego;
- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert HURTICO s.c. A.S. M.S., PGD POLSKA Sp. z o. o Makchem A.M., D.M. S.C., „DAFIPAPIER” Sp. z o. o., Konsorcjum firm P.P.H.U. BARLON B., R. i P.O. s.c. Nowe Mias Folwark 53, 09-120 Nowe Miasto i P.P.H.U. BARLON B.O., których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
- 3.Art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień z zakresie zasadności wskazanej stawki Vat oraz wskazanej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego w wyniku dokonania bezpodstawnej czynności sprostowania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 4.Art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako oferty, której treść zawiera błędy w zakresie obliczenia ceny;
- 5.Art. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która to oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

I.unieważnienia czynności polegającej na sprostowaniu, nr sprawy D/139/2024.

II.unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy HURTICO s.c. A.S. M.S. ul. Złota 44, 62-800 Kalisz jako najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert;

III.unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako oferty, której treść zawiera błędy w zakresie obliczenia

ceny;

IV. wezwania odwołującego do wyjaśnienia niejasności w zakresie wybranej stawki Vat oraz obliczenia ceny.

V. odrzucenia ofert HURTICO s.c. A.S. M.S., PGD POLSKA Sp. z o. o., Makchem A.M., D.M. S.C., „DAFIPAPIER” Sp. z o. o., Konsorcjum firm P.P.H.U. BARLON B., R. i P.O. s.c. i P.P.H.U. BARLON B. O których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

VI. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż według kryterium oceny ofert („Cena” 60%) powinna uzyskać najwyższą liczbę punktów spośród ofert złożonych w tym postępowaniu.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę, przez nieuzyskanie zamówienia. W ten sposób odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia.

Interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w tym, że dokonanie czynności związanych z usunięciem naruszeń ujawnionych w trakcie postępowania warunkują nie tylko prawidłowość w zakresie stosowania przepisów ustawy przez zamawiającego, ale przede wszystkim dają odwołującemu realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Po dokonaniu przez zamawiającego czynności sprostowania zawiadomienia o wynikach postępowania i dokonaniu przez niego ponownej czynności merytorycznej w postaci oceny ofert, doszło do odrzucenia oferty firmy PRO CLEANING SOLUTIONS Sp. z o.o. Brak jest natomiast podstawy prawnej do podjęcia ponownie czynności zmierzających do analizy i badania złożonych ofert pod kątem ich dopuszczalności, w drodze sprostowania zawiadomienia o wynikach postępowania. Zamawiający przez zaniechanie unieważnienia błędnej czynności zawiadomienia o wynikach postępowania i braku wezwania dokonał błędne przyjęcie obniżonej stawki podatku VAT do pozycji 6 formularza cenowego.

W dniu 3 grudnia 2024r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z treści której wynikało, że najkorzystniejsza została złożona przez Wykonawcę: HURTICO s.c. A.S. M.S. ul. Złota 44, 62-800 Kalisz. Od niniejszej czynności Odwołujący złożył odwołanie wskazując, iż produkt wskazany w poz. 16 przez w/w firmę nie spełnia wymagań OPZ, gdyż nie jest produktem bójczym. Podobne zastrzeżenia odwołujący przedstawił w stosunku do produktów innych produktów proponowanych przez PGD POLSKA Sp. z o. o., Makchem A.M., D.M. S.C. „DAFIPAPIER” Sp. z o. o., Konsorcjum firm P.P.H.U. BARLON B., R. i P.O. s.c. i P.P.H.U. BARLON B.O..

Na skutek odwołania odwołującego zamawiający dokonał w dniu 13 grudnia 2024r. sprostowania zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 3 grudnia 2024r. i jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy wskazując, że oferta odwołującego zawiera dla poz. 6 błędną stawkę VAT 23%.

Powyższe działanie jest zdaniem odwołującego obarczone błędem i stanowi o naruszeniu przepisów ustawy, w tym naruszeniu jednej z fundamentalnych zasad równości i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt. 1 ustawy.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił kryterium oceny ofert jako „Cena” 100%. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia listopada 2024 r. oferty zostały złożone przez 12 wykonawców.

Niemniej jednak, większość wykonawców wskazali w swoich ofertach produkty które nie spełniały warunków opisu produktu określanego przez zamawiającego w OPZ i SWZ, podobnie jak produkt wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w pozycji 16 wskazał produkt „ Kostka toaletowa zapachowa do WC – likwiduje bakterie i zapewnia higienę i bezpieczeństwo. Wkład o wadze 40 gram”

Spółka HURTICO s.c. A.S. M.S. zaoferowała poz. 16 oferty – WC TOILET FRESHENER – kostka WC firmy Enigma.

Wskazany przez firmę HURTICO s.c. A.S. M.S. produkt nie spełnia jednak wymagań OPZ, ponieważ zaoferowana kostka nie jest w żadnym zakresie produktem bójczym, zatem wskazania bakteriobójczości przez zamawiającego nie zostały spełnione. W tym zakresie odwołujący w całości podtrzymał argumentację i wnioski dowodowe zawarte w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 4675/24. W odniesieniu do ofert pozostałych kwestionowanych wykonawców poza Konsorcjum Barlon odwołujący podtrzymał swoje stanowisko z odwołania w sprawie KIO 4675/24, że wykonawcy ci zaoferowali w poz. 16 oferty – WC TOILET FRESHENER – kostka WC firmy Enigma. Podtrzymał również argumentację i wnioski dowodowe zawarte w odwołaniu KIO 4675/24.

Odnosnie oferty Konsorcjum firm P.P.H.U. BARLON B., R. i P.O. s.c. i P.P.H.U. BARLON B.O., odwołujący wskazał, że zamawiający w poz. 14 OPZ oczekiwał „ Środek do pielęgnacji mebli- preparat w sprayu do czyszczenia i pielęgnacji mebli, zapobiega osadzaniu się kurzu, nadaje połysk. Opakowanie: 350ml”.

Konsorcjum zaoferowało pod tą pozycją - LIMAX- płyn do pielęgnacji mebli firmy Barlon czyli preparat w formie płynnej nierozpylający się w sposób właściwy dla sprayu.

Podtrzymał w tym zakresie argumentację zawartą w odwołaniu w sprawie KIO 4675/24. Przechodząc do zarzutów związanych z odrzuceniem własnej oferty odwołujący wskazał, że na skutek odwołania odwołującego zamawiający dokonał w dniu 13 grudnia 2024r. sprostowania zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 3 grudnia 2024r. i jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy wskazując, że oferta odwołującego zawiera dla poz. 6 błędną stawkę VAT 23%.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ma zawsze możliwość sprostowania swoich błędów, w tym odrzucenia oferty wykonawcy, nie mniej jednak musi to zrobić zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, że konwalidowanie swoich błędnych czynności nie może nastąpić przez dokonanie bezpośredniego sprostowania bez unieważnienia błędnej czynności. Sprostować zgodnie z definicją słownika języka polskiego oznaczać dokonać naprawy, korekty jakiejś informacji, której znaczenie nie ma charakteru istotnego. Ustawa poza dokonywaniem sprostowania omyłki pisarskiej rachunkowej i matematycznej w treści dokumentu, nie przewiduje możliwości dokonywania korekt czy też sprostowań czynności zamawiającego podejmowanych w ramach postępowania ustawy. Bezpośrednie sprostowanie wyniku postępowania bez unieważnienia wcześniejszej czynności może być dopuszczalne w wyjątkowych przypadkach, ale tylko jeśli błąd wynika z oczywistego przeoczenia technicznego lub pisarskiego, które nie wpływa na istotę decyzji. Jeśli zmiana wpływa na wynik postępowania (np. odrzucenie oferty która pierwotnie podlegała merytorycznej ocenie), konieczne jest unieważnienie.

Podstawą prawną takiego działania jest zasada przejrzystości i równego traktowania wykonawców (art. 16 ustawy), która wymaga, aby postępowanie było prowadzone w sposób logiczny i spójny. Nie można dokonywać nowych czynności bez uchylecia wadliwej. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) wskazuje, że unieważnienie wcześniejszej czynności jest procedurą zapewniającą transparentność i możliwość kontroli działań zamawiającego przez wykonawców. Pozwala to również na zabezpieczenie praw wykonawców, którzy mogą wnieść odwołanie od decyzji zamawiającego.

Zamawiający powinien najpierw unieważnić pierwotną czynność, która była wadliwa polegająca na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Dopiero po unieważnieniu tej czynności zamawiający może dokonać nowych działań, takich jak: odrzucenie oferty, wybór innej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert. Unieważnienie pierwotnej czynności jest konieczne, jeśli decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty była błędna (np. nie uwzględniono podstawy do odrzucenia oferty), lub gdy zamawiający dostrzegł, że oferta, która pierwotnie nie została odrzucona, faktycznie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy.

Zamawiających jednak zaniechał unieważnienia swojej wadliwej czynności i w sposób niezgodny z przepisami ustawy dokonał ponownej merytorycznej oceny ofert, zaniechując jednocześnie żądania od odwołującego wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanego podatku Vat.

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń (art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy).

Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy, nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Na zamawiającym ciąży jednak obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty.

Problematyka związana z wysokością stawki Vat nie jest okolicznością oczywistą i rodzi wiele wątpliwości z uwagi na częstotliwość zmian w prawie podatkowym jak również istnienia licznych wyłączeń uzależnionych od charakteru produktu lub charakteru prowadzonej działalności i statusu podatnika. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

W ocenie odwołującego zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty w zakresie wskazanej przez odwołującego w pozycji nr 6 stawki VAT, w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych.

Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić.

Skutkiem niezastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 223 ust. 1 ustawy jest przyjęcie przez wykonawcę na siebie ryzyka, że zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty wykonawcy i wyciągnie z

nich określone skutki prawne. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy służy usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli wykonawca tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczną, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli wykonawcy (zob. wyrok z dnia 18 stycznia 2020 r., KIO 2581/20).

Odrzucenie oferty jest najbardziej dotkliwym dla wykonawcy skutkiem, dlatego zamawiający powinien skorzystać z wszelkich możliwych narzędzi dostarczonych mu przez ustawę w celu zbadania i ustalenia zgodności ofert z dokumentem SWZ oraz innymi przepisami prawa. Udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego należy postrzegać jako element korzystny dla obu stron prowadzonego postępowania o zamówienie, który nie powinien być pomijany, z uwagi na brak bezpośredniej sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Zatem powyższe zaniechanie unieważnienia przez zamawiającego wadliwych czynności obarczonych błędem stanowi o naruszeniu przepisów ustawy i tym samym naruszenie jednej z fundamentalnych zasad równości i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt. 1 ustawy.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób w pozycji 6 OPZ- „Płyn do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń - produkt przeznaczony do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń sanitarnych: muszle, bidety, pisuary o działaniu bakteriobójczym. Usuwa zabrudzenia, osad wapienny i kamień. Posiada dozownik ułatwiający czyszczenie trudnodostępnych elementów muszli. Opakowanie: 1l ”

Ustawodawca w ustawie z dnia 11 marca 2004 r o podatku od towarów i usług.– załącznik 3 pozycja 13 - stawka 8%:

„poz. 15 - bez względu na CN - Środki odkażające o właściwościach bakteriobójczych, grzybobójczych i wirusobójczych, mające zastosowanie wyłącznie w ochronie zdrowia, na które zostało wydane pozwolenie tymczasowe albo dokonany wpis do rejestru produktów biobójczych w rozumieniu ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych

Uzasadnienie odrzucenia oferty PRO CLEANING SOLUTIONS Sp. z o. o. przez zamawiającego co do zastosowania stawki podatku VAT:

uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca PRO CLEANING SOLUTIONS Sp. z o. o. ul. Wojska Polskiego 63 65-762 Zielona Góra składający ofertę 10, dla poz. 6 w złożonej ofercie błędnie wskazał stawkę podatku VAT 23%, albowiem dla asortymentu: a) Płyn do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń - produkt przeznaczony do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń sanitarnych : muszle, bidety, pisuary o działaniu bakteriobójczym. Usuwa zabrudzenia osad wapienny oraz kamień - prawidłowa stawka podatku VAT wymienionej pozycji to 8%, która sklasyfikowana jest do grupy kodu PKWiU 20.20.14.0. Na mocy art. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 528/2012 z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie udostępniania na rynku i stosowania produktów biobójczych (Dz.Ur.UE.L.2012.167) "produkt biobójczy" oznacza: - każdą substancję lub mieszaninę w postaci, w jakiej jest dostarczana użytkownikowi, składającą się z jednej lub kilku substancji czynnych lub zawierającą lub wytwarzającą jedną lub więcej substancji czynnych, której przeznaczeniem jest niszczenie, odstraszanie, unieszkodliwianie organizmów szkodliwych, zapobieganie ich działaniu lub zwalczanie ich w jakikolwiek sposób inny niż działanie czysto fizyczne lub mechaniczne, - każdą substancję lub mieszaninę, wytwarzaną z substancji lub mieszanin, przeznaczoną do niszczenia, odstraszania, unieszkodliwiania organizmów szkodliwych, zapobiegania ich działaniu lub zwalczaniu ich w jakikolwiek sposób inny niż działanie czysto fizyczne lub mechaniczne. Za produkt biobójczy uznaje się poddany działaniu produktów biobójczych wyrób o podstawowej funkcji biobójczej. Na podstawie art. 41ust. 2 ustawy z związku z art. 146 aa ust. 1 pkt. 2 i ust.1a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, towar ten spełnia powyższe wymagania, i kwalifikuje się do towarów wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT pod poz. 15 bez względu na CN – środki odkażające o właściwościach bakteriobójczych i wirusowych mające zastosowanie wyłącznie w ochronie zdrowia na które zostało wydane pozwolenie tymczasowe albo dokonany wpis o rejestru produktów biobójczych w rozumieniu ustawy z dnia 9 października 2015r o produktach biobójczych (Dz. U. z 2024 r poz. 361). do których zastosowanie znajduje stawka podatku 8%. Zaoferowany produkt posiada pozwolenie o numerze 9908/24 z dnia 26.09.2024 r oraz wpis do rejestru produktów biobójczych.

Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy i jej fundamentalnych zasad art. 16 pkt. 1 zasadę równości i uczciwej konkurencji

Zamawiający błędnie wskazał stawkę podatku VAT 8% za prawidłową. Jest to jednostronna ocena zamawiającego. Zamawiający jeżeli cytuje przepisy prawa powinien dokonywać tego z należytą starannością nie pomijać istotnych szczegółów

Zamawiający jest ustawodawcą - ma jednak obowiązek stosować prawo i nie tworzyć własne, ponieważ nie ma do tego uprawnień

Zamawiający nie zna aktów prawnych obowiązujących na terenie RP, którymi się posługuje, nie rozumie zapisanych tam przepisów Ustawy z dnia 11 marca 2004 r o podatku od towarów i usług .

Zamawiający jednoznacznie wskazuje jaki produkt chce zakupić w tej pozycji, w opisie brak jest chociażby wzmianki o produkcie medycznym lub rozszerzonym zakresie bójczości: na bakterie, grzyby i wirusy co dawałoby podstawę do

zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Zamawiający sam dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w pozycji 6 formularza wskazując tylko na produkt: „...o działaniu bakteriobójczym...”

Zamawiający błędnie przyjął obniżoną stawkę podatku VAT za prawidłową względem własnego opisu przedmiotu zamówienia i potrzeb. Zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług załącznik 3 pozycja 13 Ustawodawca stawia 3 warunki, które musi spełnić produkt łącznie, żeby mógł być sprzedawany w obniżonej stawce podatku Vat:

a)Środki odkażające o właściwościach bakteriobójczych, grzybobójczych i wirusobójczych

b)mające zastosowanie wyłącznie w ochronie zdrowia

c)na które zostało wydane pozwolenie tymczasowe albo dokonany wpis do rejestru produktów biobójczych w rozumieniu ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (D

Zamawiający w myśl art. 223 ust.1 ustawy nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z zastosowaniem innej stawki podatku VAT

Produkt WC HIT firmy DCC Chemia Polska posiada pozwolenie o nr 9908/24 z dn. 26-09-2024 zgodnie z rejestrem”

„... postać użytkowa produktu biobójczego i jego przeznaczenie:

Płyn przeznaczony do dezynfekcji i czyszczenia powierzchni niemających kontaktu z żywnością. Wykazuje działanie bakteriobójcze i grzybobójcze...”

Dowód: Poniżej wycinek z cytowanego Rejestru Produktów Biobójczych – również jako załącznik nr 8

Cytowane powyżej akty prawne i dowody w sprawie potwierdzają jednoznacznie, że produkt w pozycji 6 WC HIT został zaferowany w prawidłowej stawce podatku VAT 23%.

Odwołujący nie widzi żadnych podstaw prawnych do uznania błędnej stawki podatku VAT 8% wskazanej przez zamawiającego do ww produktu i będącej podstawą odrzucenia jego oferty.

Zamawiający naruszając przepisy ustawy narusza jednocześnie regulacje zawarte w ustawie o podatku od towarów i usług, ustawie o produktach biobójczych, uczciwej konkurencji oraz dyscyplinie finansów publicznych.

Zdaniem odwołującego działania zamawiającego są nieprawidłowe – w tym miejscu odwołujący ;ponowił chronologię zdarzeń mających miejsce w postępowaniu oraz swoje wywody dotyczące wadliwości czynności sprostowania wyniku postępowania, bez jego uprzedniego unieważnienia.

Odwołujący zaznaczył, że wobec zaistniałego stanu faktycznego i prawnego wykazanego we wszystkich powyższych punktach, zamawiający winien wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą (i wobec tego wnosi o wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy.

18 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

20 grudnia 2024 r. wykonawcy A.S. i M.S. wspólnie ubiegający się o zamówienie jako Hurtico spółka cywilna zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym wnosząc wspólnie przystąpienie po stronie zamawiającego. Jako interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego wskazali, że ich interesem jest uzyskanie oraz realizacja tego zamówienia publicznego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania na podstawie złożonego wpisu kosztów. Odnośnie zarzutów wobec ofert HUTRICO, MAKCHEM, PGD, Dafipapier Natural i Konsorcjum Barlon zamawiający przedstawił identyczne uzasadnienie jak w przypadku odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 4675/24. Natomiast dodatkowo podniósł w odniesieniu do właściwej stawki podatku, że dla asortymentu płyn do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń – produkt przeznaczony do czyszczenia o dezynfekcji urządzeń sanitarnych: muszle, bidety, pisuary, o działaniu bakteriobójczym usuwa zabrudzenia osad wapienny oraz kamień prawidłowa stawka podatku VAT to 8 %. Wskazał art. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 528/2012 w sprawie udostępnienia na rynku i stosowania produktów biobójczych na definicję produktu biobójczego. Powołał art. 41 ust. 2, art. 146aa ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy o VAT oraz załącznik nr 3 poz. 15 podnosząc, że dla produktów posiadających wpis do rejestru produktów biobójczych ma zastosowanie 8 % VAT. Powołał postanowienia SWZ nakładające na wykonawcę obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatkowej oraz wskazujących, że błędny Vat będzie skutkował odrzuceniem oferty. Wobec braku wątpliwości, co do prawidłowej stawki podatkowej, zamawiający nie miał podstaw, aby zastosować art. 223 ust. 1 ustawy i prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy. Powołał wyrok KIO z 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 760/21. Co do nieprawidłowości sprostowania, to uznał, że czynność była prawidłowa, bo niezależnie od formy, czy trybu czynności rezultat byłby taki sam tj. wybrano by Hurtico i odrzucono ofertę odwołującego.

Stan faktyczny:

Dla ustalenia wartości zamówienia w tym powiększonej o podatek VAT zamawiający dla wszystkich 18 pozycji z wyjątkiem poz. 6, 12 i 14 przyjął stawkę 23%, natomiast dla poz. 6, 12 i 14 przyjął stawkę 8%.

Z SWZ wynikają następujące ustalenia:

Rozdział IIIOpis przedmiotu zamówienia

1.Przedmiotem zamówienia jest całościowa (jednorazowa) dostawa środków czyszczących i polerujących w następujących ilościach

6.Płyn do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń – 1l szt. 2600

14.Środek do pielęgnacji mebli – 350ml szt. 200

16.Kostka toaletowa zapachowa do WC – wkład o wadze 40g szt. 3000

2.Wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniono w załączniku nr 1 do SWZ- Opis przedmiotu zamówienia, który stanowi integralną część umowy

12.Wymagania dodatkowe dotyczące przedmiotu zamówienia:

12.1. Towar ma być fabrycznie nowy, pochodzący z bieżącej produkcji, posiadający nienaruszone cechy pierwotnego opakowania, posiadający wymagane prawem dopuszczenia, atesty, certyfikaty, znak bezpieczeństwa lub certyfikaty zgodności, czy deklaracje zgodności z Polską Normą oraz które będą odpowiadać wszystkim cechom określonym w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ).

12.2. Dostawa zamówienia nastąpi na koszt i ryzyko wykonawcy do wskazanego przez zamawiającego magazynu na terenie 28 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Siedlcach oraz magazynu na terenie Warszawskiej Brygady Pancernej w Warszawie Wesolej.

12.3. Parametry jakościowe – zostały określone w załączniku nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) oraz w załączniku nr 4 (wzór umowy).

Rozdział V Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych

1.W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania oraz cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert lub wymaganiami związanymi za realizację zamówienia, zamawiający wymaga złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1)karty charakterystyki dla produktów chemicznych - pozycje od 1 do 18.

2.Przedmiotowe środki dowodowe wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą.

3.Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia art. 107 ust. 2 ustawy.

4.Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Rozdział XV Opis sposobu obliczenia ceny

1.Przez cenę ofertową należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. 2023 poz. 168 t.j.).

2.Cena oferowana musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia min: koszt ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, koszty załadunku i wyładunku, koszty transportu, itp. a w przypadku wykonawcy spoza wspólnego obszaru celnego Unii Europejskiej również opłaty celne.

3.Jeżeli w postępowaniu zostanie złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny, podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

4.Cena oferty to cena brutto.

5.Cena jednostkowa towaru to cena ustalona za jednostkę określonego towaru, którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach.

6.Wykonawca oblicza cenę oferty w następujący sposób:

- ilość towaru x cena jednostkowa netto = wartość netto;

- wartość netto x % VAT = wartość podatku VAT;

- wartość podatku VAT + wartość netto = wartość brutto (cena brutto oferty).

7.Stawka podatku VAT jest określana zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2024 r., Nr 54 , poz. 361 t.j.).

UWAGA ! Cenę ofertową należy określić w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie wyliczania. Jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest poniżej 5 to parametr setny zaokrągla się w dół, jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest 5 i powyżej to parametr setny zaokrągla się w górę.

8.Rozliczenia pomiędzy zamawiającym i wykonawcą prowadzone będą w złotych polskich.

Załącznik nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie środków czyszczących i polerujących zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia załącznik nr 1 do magazynu infrastruktury 28 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Siedlcach oraz Warszawska Brygada Pancernej, ul. Okuniewska 1, 05-075 Warszawa-Wesoła.

2. Towar musi być fabrycznie nowy, nieużywany oraz spełniać wymagania techniczno-jakościowe określone w dokumentacji technicznej producenta na dany wyrób oraz odpowiednie normy.

6. PŁYN DO CZYSZCZENIA I DEZYNFEKCJI URZĄDZEŃ Płyn do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń - produkt przeznaczony do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń sanitarnych : muszle, bidety, pisuary o działaniu bakteriobójczym. Usuwa zabrudzenia, osad wapienny i kamień. Posiada dozownik ułatwiający czyszczenie trudnodostępnych elementów muszli. Opakowanie: 1l

14. ŚRODEK DO PIELĘGNACJI MEBLI Środek do pielęgnacji mebli - preparat w sprayu do czyszczenia i pielęgnacji mebli, zapobiega osadzaniu się kurzu, nadaje połysk. Opakowanie: 350ml

16. KOSTKA TOALETOWA ZAPACHOWA DO WC Kostka toaletowa zapachowa do WC - likwiduje bakterie i zapewnia higienę i bezpieczeństwo. Wkład o wadze 40 gram

W formularzu ofertowym zamawiający wymagał dla każdej pozycji podania nazwy handlowej i producenta w sposób umożliwiający identyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia

Oferty wykonawców:

Hurtico w poz. 6 zastosowało stawkę 8%, w poz. 16 zaoferowało: WC TOILET FRESHENER 40G Producent: ENIGMA

Karta Charakterystyki

Nazwa produktu: - WC Toilet Freshener - kostka do WC (lemon, flower marine, pine)

Data sporządzenia : 10.08.2015

Data aktualizacji: 13.10.2022

Enigma S.J. ul. Królowej Marysieńki 44, 96-316 Międzyborów

SEKCJA 1: Identyfikacja substancji/mieszaniny i identyfikacja przedsiębiorstwa

1.1.

Identyfikator produktu

WC Toilet Freshener - kostka do WC (lemon, flower, marine, pine)

UFI: TM00-G0Q4-J00Q-FTE9

Istotne zidentyfikowane zastosowania substancji lub mieszaniny oraz zastosowania odradzane

Kategoria głównego zastosowania:

Zastosowania konsumenckie: gospodarstwa domowe (= ogół społeczeństwa = konsumenci)

Kategoria funkcji lub zastosowania:

Produkty do wielokrotnego spłukiwania toalet - PC-CLN-11.3

Zastosowania odradzane: inne niż wymienione powyżej

Klasyfikacja wg 1272/2008 (CLP)

Nr rejestracyjny

-

7757-82-6

231-820-9

Siarczan sodu <80%

Nie dotyczy

01-2119519226-43XXXX

-

85536-14-7

287-494-3

Kwas Alkilobenzenosulfonowy <5%

Acute Tox.4, H302

Skin Corr.1C, H314

01-2119490234-40-XXX

011-005-00-2

497-19-8

207-838-8

Węglan sodu lekki <1,5%

Eye Irrit 2, H319

01-2119485498-19-0013

Uwaga : Kwas Alkilobenzenosulfonowy ulega w 100 % całkowitemu zobojętnieniu w procesie technologicznym w wyniku reakcji z węglanem sodu .

PGD zaoferowało w poz. 6 stawkę 8%, w poz. 16 Nazwa handlowa: WC TOILET FRESHENER 40G Producent: ENIGMA

MAKCHEM w poz. 6 zaoferowało stawkę 8%, a w poz. 16 Kostka WC 40g Producent Garchem

Kostka WC CleanPro „Morska”

KARTA CHARAKTERYSTYKI

SEKCJA 1 : Identyfikacja substancji/mieszaniny i identyfikacja przedsiębiorstwa.

1.1 Identyfikator produktu .

nazwa wyrobu :

Kostka WC CleanPro „Morska” (przywieszka , lub zapas)

1.2 Istotne zidentyfikowane zastosowania substancji lub mieszaniny oraz zastosowania odradzane.

Kostka WC przeznaczona jest do utrzymania czystości muszli klozetowej

Zastosowania odradzane : nieznane.

1.3 Dane dotyczące dostawcy karty charakterystyki

IMPEL DELIVERY Sp. z o.o.

ul. Antoniego Słonimskiego 1

50-304 Wrocław

3.2 Mieszanie

Mieszanie anionowego środka powierzchniowo czynnego z wypełniaczami

Składniki szkodliwe

30 – 60 % - węgiel sodu , nr indeksowy 011-005-00-2 , nr CAS 497-19-8,

nr WE 207-838-8 . Nr rejestracji 01-2119485498-19-XXXX

Klasyfikacja wg Rozporządzenia 1272/2008: Eye Irrit.2, H319 działa

drażniąco na oczy 25 – 50 % - Kwasy benzenosulfonowe, C10-C13 pochodne alkilowe, sole sodowe ; nr indeksowy : nie dotyczy ; nr CAS 68411-30-3, nr WE 270-115-0, nr rejestracji:

01-2119489428-22-XXXX Klasyfikacja wg Rozporządzenia 1272/2008: Eye Dam. 1, H318 powoduje

poważne uszkodzenie oczu ; Skin Irrit.2, H315 działa drażniąco na skórę;

Aquatic Chronic 3 H412 działa szkodliwie na organizmy wodne, powodując długotrwałe skutki.

Dafipapier zaoferował w poz. 6 stawkę 8%, a w poz. 16 Nazwa handlowa: Five Force kostka wc z chlorem Producent: General Fresh

Natural w poz. 6 zaoferował stawkę %, a w poz. 16 Kostkę wc 40g producent DCC Chemia

Barlon zaoferował w poz. 6 stawkę 8%, a w poz. 14 Barlon Producent Limax spray

Pro Cleaning Solutions zastosował w poz. 6 stawkę 8%.

27 listopada 2024 r. zamawiający wezwał PGD, Dafipapier, Natural, Barlon do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w tym dla poz. 14 i 16.

PGD uzupełniło kartę charakterystyki produktu Nazwa produktu: - WC Toilet Freshener - kostka do WC (lemon, flower marine, pine)

Data sporządzenia : 10.08.2015

Data aktualizacji: 13.10.2022

Enigma S.J. ul. Królowej Marysieńki 44, 96-316 Międzyborów

SEKCJA 1: Identyfikacja substancji/mieszaniny i identyfikacja przedsiębiorstwa

1.1. Identyfikator produktu

WC Toilet Freshener - kostka do WC (lemon, flower, marine, pine)

UFI: TM00-G0Q4-J00Q-FTE9

Istotne zidentyfikowane zastosowania substancji lub mieszaniny oraz zastosowania odradzane

Kategoria głównego zastosowania:

Zastosowania konsumenckie: gospodarstwa domowe (= ogół społeczeństwa = konsumenci)

Kategoria funkcji lub zastosowania:

Produkty do wielokrotnego splukiwania toalet - PC-CLN-11.3

Zastosowania odradzane: inne niż wymienione powyżej

1.2. Dane dotyczące dostawcy kart charakterystyki

Enigma Sp. J.

Ul. Królowej Marysieńki 44

96-316 Międzyborów

Dafipapier złożyło KARTĘ CHARAKTERYSTYKI

Nazwa Handlowa: KOSTKA WC FIVE FORCE CYTRYNOWY

Producent: „Pol – Hun” M. Bielska Sp. j.

Adres: ul. 11-listopada 65, 95-040 Koluszki

Natural złożył PPUH DANEX DCC CHEMIA KARTA CHARAKTERYSTYKI PREPARATU NIEBEZPIECZNEGO

Kostka do WC „NEW FRESH”

Data sporządzenia 16/10/2004 r. Data aktualizacji 01/03/2023 r.

Nazwa handlowa WC „NEW FRESH”

Zastosowanie Preparat do stosowania w muszli toaletowej. Czyści, odświeża, zapobiega powstawaniu osadów, posiada właściwości antibakteryjne i dezynfekujące.

oraz kartę techniczną - Kostka do WC – DCC Chemia PPHU Danex

Przeznaczenie: utrzymanie czystości w muszli klozetowej

- Opakowanie: plastikowy biały koszyk z zawieszka
- Zapach: morski
- Waga: 40 g
- Opakowanie: 1 sztuka

Kostka toaletowa z koszykiem o świeżym, morskim zapachu. Pozwala utrzymać muszlę klozetową w czystości i neutralizuje nieprzyjemne zapachy. Likwiduje bakterie, zapewnia higienę i bezpieczeństwo.

Barlon 28 listopada 2024 r. przesyłał wymagane karty charakterystyki.

Oświadczył, że do pozycji 2, 15 i 18 zaoferowane są kosmetyki, na które zgodnie z obowiązującym prawem nie jest wymagana karta charakterystyki (ponieważ nie zawiera żadnych substancji niebezpiecznych). Dla produktów kosmetycznych nie ma obowiązku wystawiania Kart Charakterystyki co jest zgodne z rozporządzeniem REACH - artykuł 2, pkt 6 B którego przepisy tytułu IV nie dotyczą produktów kosmetycznych zdefiniowanych w dyrektywie 76/768/EWG oraz z art. 1.3. pkt 3e Ustawy z dnia 11 stycznia 2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych.

Oświadczył, że zgodnie z obowiązującym prawem produkty będące kosmetykami podlegają zgłoszeniu do Portalu Zgłaszania Produktów Kosmetycznych (CPNP). w załączniku przesyła zgłoszenie CPNP na kosmetyki.

Nadto złożył LIMAX

Data sporządzenia: 01.12.2012 r.

Data aktualizacji (wersja 2.0): 28.12.2022 r.

KARTA CHARAKTERYSTYKI

sporządzona zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 2020/878 z dnia 18 czerwca 2020 r. zmieniające załącznik II do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH)

SEKCJA 1: IDENTYFIKACJA SUBSTANCJI/MIESZANINY I IDENTYFIKACJA PRZEDSIĘBIORSTWA

1.1 Identyfikator produktu

Nazwa handlowa: Płyn do pielęgnacji mebli - LIMAX

1.2 Istotne zidentyfikowane zastosowanie substancji lub mieszaniny oraz zastosowania odradzane

Zastosowanie zidentyfikowane: Preparat do mycia, pielęgnacji i nabyśszczania mebli oraz wszystkich powierzchni drewnianych, laminowanych. Doskonale czyści, pielęgnuje, usuwa kurz oraz zapobiega jego ponownemu osadzaniu, konserwuje powierzchnie. Nie pozostawia smug. Nadaje delikatny połysk i pozostawia przyjemny zapach.

Zastosowanie odradzane: nieznanne

1.3 Dane dotyczące dostawcy karty charakterystyki

Producent:

BARLON Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe

B., R. i P.O. s.c.

09-120 Nowe Miasto

Nowe Miasto Folwark 53

Odwołujący przedstawił:

KARTA CHARAKTERYSTYKI

Sporządzona zgodnie z Rozporządzeniem WE Nr 1907/2006 (REACH) oraz z Rozporządzeniem Komisji (UE) 2020/878

Data sporządzenia 2016.12.19

WC HIT PŁYN

1.1 Identyfikator produktu: Płyn zagęszczony WC HIT

1.2 Istotne zidentyfikowane zastosowania substancji lub mieszaniny oraz zastosowania odradzane:

Zastosowanie odradzane: nie określono

1.3 Dane dotyczące dostawcy karty charakterystyki: DCC CHEMIA

ul. Husarska 17

87-100 Toruń

SEKCJA 2: IDENTYFIKACJA ZAGROZEŃ

2.1 Klasyfikacja mieszaniny:

Produkt został sklasyfikowany jako niebezpieczny

Klasyfikacja tego produktu została przeprowadzona zgodnie z Rozporządzeniem nr 1272/2008 (CLP).

2.3 Inne zagrożenia:

Zastosowanie zdefiniowane: Preparat przeznaczony do mycia, dezynfekcji i wybielania urządzeń sanitarnych, studzienek spustowych oraz do mycia i do dezynfekcji dużych powierzchni zmywalnych jak podłogi, ściany w szpitalach i innych placówkach opieki zdrowotnej.

Stosowany również do wybielania tkanin.

Dowody dołączone do odwołania:

- Oświadczenie z 6 grudnia 2024 r. :Oświadczamy, że firma „POL-HUN” M.BIELSKA SP.J. nie posiada w swoim asortymencie żadnych produktów biobójczych.

Twierdzenie, że produkt jest biobójczy lub wirusobójczy musi być potwierdzone badaniami i posiadać stosowne zezwolenie Urzędu ds. Substancji Biobójczych.

Podsumowując masa „FIVE FORCE” nie ma właściwości biobójczych ani wirusobójczych.

- Korespondencja mejlowa z 9 grudnia 2024 r.:

Dzień dobry,

Odpowiadając na Państwa pismo informuję, że produkowana przez naszą firmę kostka do wc koszyk nie jest zarejestrowana jako preparat biobójczy.

Z poważaniem

R.K. PPUH DANEX

- Opinia z 9 grudnia 2024 r. Polskie Produkty Biobójcze Sp. z o.o. sp.k. ul. Wierzbowa 88, 71-014 Szczecin

W odpowiedzi na pismo z dnia 09.12.2024 r. przedstawiam następującą prawną dotyczącą interpretacji wymogów przetargowych w zakresie produktów o działaniu bakteriobójczym:

Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. a Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 528/2012 (BPR), produkt biobójczy to:

"każda substancja lub mieszanina w postaci, w jakiej jest dostarczana użytkownikowi, składająca się z jednej lub kilku substancji czynnych lub zawierająca lub wytwarzająca jedną lub więcej substancji czynnych, której przeznaczeniem jest niszczenie, odstraszanie, unieszkodliwianie organizmów szkodliwych, zapobieganie ich działaniu lub zwalczanie ich w jakikolwiek sposób inny niż działanie czysto fizyczne lub mechaniczne"

Analogiczną definicję zawiera polska ustawa o produktach biobójczych z dnia 9 października 2015 r.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że:

1. Deklaracja w opisie przedmiotu zamówienia, że produkt ma "likwidować bakterie" jednoznacznie wskazuje na funkcję biobójczą jako istotne przeznaczenie produktu. Nie jest to funkcja wtórna czy drugorzędna.

2. Każdy produkt, którego głównym przeznaczeniem jest zwalczanie mikroorganizmów (w tym bakterii) poprzez działanie inne niż czysto fizyczne lub mechaniczne, spełnia definicję produktu biobójczego i podlega obowiązkowej rejestracji.

3. Nie można wprowadzać do obrotu produktów z deklaracją działania bakteriobójczego bez uprzedniego uzyskania odpowiedniego pozwolenia zgodnie z przepisami BPR i ustawy o produktach biobójczych.

4. Argument o "produkcie ogólnie dostępnym na rynku" jest nietrafiony - dostępność rynkowa nie zwalnia z obowiązku przestrzegania przepisów o produktach biobójczych.

Wnioski dotyczące postępowania przetargowego:

Wymóg przetargowy dotyczący "likwidowania bakterii" może zostać spełniony wyłącznie przez produkty biobójcze posiadające odpowiednie pozwolenie wydane zgodnie z przepisami Rozporządzenia BPR i ustawy o produktach biobójczych.

W związku z tym:

Oferty proponujące produkty nieposiadające statusu produktu biobójczego nie spełniają wymogów określonych w specyfikacji przetargowej, nawet jeśli są korzystniejsze cenowo lub posiadają inne zalety.

Zamawiający, formułując wymóg "likwidowania bakterii", jednoznacznie określił, że oczekuje produktu o działaniu biobójczym, co zgodnie z obowiązującym prawem oznacza, że musi to być produkt biobójczy.

Zamawiający powinien odrzucić propozycje produktów nieposiadających statusu produktu biobójczego jako niespełniające warunków zamówienia, niezależnie od ich dostępności rynkowej czy korzystniejszych warunków cenowych.

- karta charakterystyki Limax – ta sama, którą złożyło zamawiającemu Konsorcjum Barlon,

- wyciąg z Wykazu Produktów Biobójczych nr 9908/24 z dnia 26.09.2024 Płyn WC HIT E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: DCC CHEMIA POLSKA E.K., ul. Husarska 17, 87-100 Toruń E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: DCC CHEMIA POLSKA E.K., ul. Husarska 17, 87-100 Toruń "Aktywny chlor uwalniany przez podchloryn sodu, WE: 231-668-3, CAS: 7681-52-9, zawartość: 4,3 g/100 g Tosylochloramid sodu

(chloramina T), WE: 204-854-7, CAS: 127-65-1, zawartość: 1 g/100 g " Płyn przeznaczony do dezynfekcji i czyszczenia powierzchni niemających kontaktu z żywnością. Wykazuje działanie bakteriobójcze i grzybobójcze. "butelka (polietylen wysokiej gęstości (HDPE))

kanister (polietylen wysokiej gęstości (HDPE))"

Produkt jest przeznaczony do powszechnego stosowania. 1, gr. 2 12 miesięcy od daty produkcji 31.12.2030

- faktura nr FS/16/10/2024 wystawiona przez firmę DANEX na rzecz PCSCHEMIA z 4 października 2024 r. zawiera w poz. 1 płyn myjąco-dezynfekujący WC HIT 750ml, dla którego wyliczono cenę z uwzględnieniem 23% stawki podatku.

Dowody zamawiającego, ponad te, które wynikały z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

- pismo przystępującego z 12.12.2024 zawierające informację o zastosowaniu przez odwołującego nieprawidłowej stawki podatku Vat dla poz. 6, dla której zaoferowano środek, który jest wpisany na listę produktów biobójczych i ze względu na swoje właściwości dezynfekujące posiada matrycę stawki VAT 8% wraz z wnioskiem o odrzucenie tej oferty,

- pismo przystępującego z 12.12.2024 do do kostki toaletowej zapachowej do WC, to przystępujący powołał pismo technologa firmy Kamal i podniósł, że zamawiający nie wymagał produktu biobójczego.

- oświadczenie M.M. Technologa, że większość kostek do WC dostępnych na rynku likwiduje bakterie, a tym samym potwierdza bezpieczeństwo i higienę użytkowników toalet.

Takie działanie jest efektem zastosowania środków powierzchniowo czynnych. Składniki te w połączeniu z wypełniaczami zmieniają pH roztworu czyniąc je mniej przyjaznym dla bakterii. Stosowanie kostek zmniejsza ilość bakterii bytujących w WC.

EAB23 – atomizer do płynów Sprawy and Stream

Dowody przystępującego

- fra VAT nr 691/12/2024 wystawiona przez DANEX na rzecz Hurtico na płyn czyszcząco-dezynfekujący WC HIT 750 ml w stawce 8%

- pismo Danex z 1 października 2024 r. do przystępującego, że podaje nowe nr biobója 9908/24 z 26.09.2024 płyn WC HIT.

Rozważania KIO:

KIO dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A.S. i M.S. prowadzący działalność pod firmą Hurtico spółka cywilna z siedzibą w Kaliszu ul. Złota 44 jako uczestnika postępowania w sprawach KIO 4675/24 i 4799/24.

Sygn. akt KIO 4675/24

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania, w szczególności na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy. Pomiędzy stronami nie było sporne, że w dniu 6 stycznia 2024 r. zamawiający otrzymał odwołanie bez załączników merytorycznych w postaci informacji od dwóch producentów - DANEX i POLHUN, co do właściwości bakteriobójczych kostek do WC, opinii specjalisty z zakresu produktów biobójczych, karty charakterystyki produktu Limax. Zamawiający podnosił, że brak tych dokumentów, jako dokumentów merytorycznych, stanowi o nieprzekazaniu kompletnego odwołania, a w konsekwencji stanowi podstawę odrzucenia odwołania. Bezsporne było, że zamawiający otrzymał te dokumenty 10 grudnia 2024 r. (9 grudnia 2024 r. upłynął termin na wniesienie odwołania). Do tego stanowiska przyłączył się uczestnik. Odwołujący wnosil o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania. KIO w pierwszej kolejności oceniła charakter spornych dokumentów i doszła do wniosku, że są to dowody z dokumentów w rozumieniu art. 538 ust. 1 ustawy, a konkretnie dowody z dokumentów prywatnych, stanowiące dowód, że osoby, które się pod nimi podpisały złożyły oświadczenie określonej treści oraz opinia prywatna sporządzona na zlecenie odwołującego, która stanowiła jedynie wzmocnienie stanowiska strony, co do tego, że zaoferowane przez wykonawców Hurtico, Makchem, Dafipapier, Natural i PGD kostki do WC nie są środkami biobójczymi i nie posiadają takich właściwości. Teza ta wprost wynikała z treści samego odwołania, zatem nie była nowym, czy dodatkowym opisem stanu faktycznego objętego zarzutami odwołania. Zgodnie z art. 535 ustawy – ustawa nie przewiduje prekluzji dowodowej, ani bezpośredniej, ani pośredniej, a strony, aż do zamknięcia rozprawy mogą powoływać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej. KIO posiada uprawnienie do zobowiązywania stron oraz uczestników do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów, z czego KIO w tej sprawie nie korzystała. O dopuszczeniu dowodu każdorazowo decyduje KIO – art. 538 ust. 2 i 3 ustawy. Zatem nawet powołanie dowodów w odwołaniu nie przesądza o ich dopuszczeniu przez KIO. Również do wyłącznych kompetencji KIO należy odmowa przeprowadzenia dowodu w przypadku oceny, że powołany jest on dla zwłoki - art. 541 ustawy. Nadto z art. 516 pkt 10 ustawy wynika, że w odwołaniu odwołujący ma wskazać dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, nie zostało natomiast wskazane, że ma je załączyć. Wskazanie dowodów nastąpiło przez ich podanie w treści odwołania, jak i wskazanie w wykazie załączników. Tym samym należało uznać, że brak dołączenia dla zamawiającego dowodów z dokumentów do odwołania mu przekazywanego nie stanowi o przekazaniu niekompletnego odwołania. W efekcie nie

sposób było uznać, że zachodzi podstawa do odrzucenia odwołanie określona w art. 528 pkt 6 ustawy. Innym przesłanką odrzucenia odwołania KIO nie dopatrzyła się.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO dostrzegła, że zamawiający w różnych preparatach w różny sposób odnosił się do oddziaływania tych preparatów na bakterie. W opisie przedmiotu zamówienia dla poszczególnych pozycji używał różnych określeń:

Poz. 2 – właściwości antybakteryjne,

Poz. 6 - o działaniu bakteriobójczym,

Poz. 15 – właściwości antybakteryjne,

Poz. 16 - likwiduje bakterie.

Z powyższego wynika, że zamawiający świadomie i celowo różnicował używane przez siebie pojęcia i wyłączenie w odniesieniu do poz. 6 wymagał preparatu o działaniu bakteriobójczym. W tym zakresie nie było sporu pomiędzy stronami, że wymagany był produkt bójczy wpisany do Wykazu Produktów Biobójczych – taki produkt zaoferowali zarówno odwołujący jak i uczestnik. W ocenie KIO skoro zamawiający wyraźnie rozróżniał pojęcia bakteriobójczy, antybakteryjny i likwidujący bakterie, to nie ma podstaw, aby na gruncie tej SWZ nadać tym pojęciom tożsamą treść sprowadzającą się, jak chciałby tego odwołujący, do przyjęcia, że likwidacja bakterii może następować tylko przez zastosowanie środka biobójczego. Zamawiający nie określił, ani sposobu likwidacji bakterii przez wskazanie przykładowych substancji czynnych posiadających nr WE lub CAS, ani nie określił czy może to nastąpić przez wpływ na zmianę pH środowiska muszli klozetowej, czy też inne sposoby likwidacji bakterii, nie wskazał też poziomu procentowego bakterii, która powinna cechować środek jako skuteczny dla likwidacji bakterii. Z tego też względu w ocenie KIO nie możliwe było ustalenie warunków zamówienia (w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy), z którymi treści ofert wykonawców Hurtico, Makchem, Dafipapier, Natural i PGD byłyby niezgodne. Z tego względu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 239 ustawy należało oddalić.

Odnosnie przeprowadzonego przez zamawiającego badania oferty Konsorcjum Barlon, to KIO przyznała w tym zakresie rację odwołującemu. Zamawiający w poz. 14 wymagał preparatu w sprayu. Zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia na potrzeby tego SWZ. Pojęcie to posiada swoją językową definicję wynikającą ze Słownika języka polskiego. Z definicji tej wynika, że spray [wym. sprej] «płyn znajdujący się pod ciśnieniem w specjalnym pojemniku, przeznaczony do rozpylania; też: pojemnik z takim płynem. Rację zatem ma odwołujący, że wymagane było zaoferowanie takiego preparatu, który znajduje się pod ciśnieniem w pojemniku przeznaczonym do rozpylania. Zamawiający nie opisał preparatu jako preparatu rozpylanego za pomocą pompki, czy innego alternatywnego sposobu rozpylenia preparatu, jak obecnie próbował argumentować. Zamawiający mógł, aby dopuścić szerokie spektrum produktów mógł użyć po prostu pojęcia preparatu do rozpylania, bowiem zgodnie ze Słownikiem języka polskiego rozpylać, to rozwiać w postaci drobnych cząstek, rozbić ciecz na bardzo drobne krople lub mgłę za pomocą rozpylacza, a więc dokładnie takie działanie jakie opisywał zamawiający na rozprawie, niezależnie od sposobu technicznego uzyskania efektu rozpylenia. Natomiast zamawiający zawęził użyte przez siebie pojęcie do preparatu w sprayu, czyli do płynu znajdującego się pod ciśnieniem w specjalnym pojemniku. Nie ma tu znaczenia, że producent Konsorcjum Barlon oznaczyło swój preparat jako spray i że zamawiającemu wystarczyło rozpylenie preparatu, skoro nie takie wymagania postawił w SWZ. Z tego względu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Barlon zasługiwał na uwzględnienie. Jednak zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy KIO uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi, że naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. KIO ustaliła, że oferta wykonawcy Barlon została sklasyfikowana na poz. 6 w rankingu ofert, tuż przed ofertą odwołującego. Jej wyeliminowanie nie wpłynie zatem w jakikolwiek sposób na wynik tego postępowania. Tym samym, zarzut, choć zasadny nie mógł prowadzić do uwzględnienia odwołania przez KIO.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, kosztów dojazdu odwołującego, przy czym KIO w poczet tych kosztów zaliczyła dojazd do KIO w kwocie 202 zł na którą składały się przejazdy w jedną stronę (koszty przejazdu powrotnego KIO zaliczyła w sprawie KIO 4799/24) i koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu na jego rzecz, natomiast KIO nakazała odwołującemu zwrot na rzecz zamawiającego wydatków pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600zł.

Sygn. akt KIO 4799/24

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy, w którym odwołujący podnosił, że czynność sprostowania odwołanie nie jest znana ustawie, oraz nie może być skutecznie przeprowadzona w sytuacji, gdy po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dokonuje dalszych czynności badania i oceny

ofert nie uchylając pierwotnego wyboru. W ocenie KIO ten zarzut ma rozstrzygające znaczenie dla całego odwołania. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia - to postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Czynności zatem w postępowaniu są prowadzone w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym czynność badania i oceny ofert poprzedza czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zatem przed podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej powinien ustalić, które oferty podlegają odrzuceniu, a które można poddać ocenie w kryteriach oceny ofert i dopiero na podstawie ustalonego rankingu dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Ten wybór wieńczy procedurę udzielania zamówienia po jego dokonaniu zamawiający przygotowuje się wraz z wykonawcą wybranym do zawarcia umowy i umożliwia wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Jest to zatem czas na przekształcenie projektowanych postanowień umownych w umowę gotową do podpisu, zaproszenie wykonawcy wybranego do zawarcia umowy, przekazanie wykonawcom ewentualnych odwołań, a po stronie wykonawcy wybranego uzyskanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeśli zamawiający go wymagał, opracowanie harmonogramów, kosztorysów, czy zgromadzenie wymaganych certyfikatów, gwarancji, dokumentów technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia, jeśli miały one stanowić załączniki do umowy, czy przygotowanie samej dostawy towaru. Nie jest to czas, w którym zamawiający ponawia lub przeprowadza badanie i ocenę ofert. Jedynym przypadkiem, który reguluje ustawa pozwalającym na ponowienie czynności badania i oceny ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej jest sytuacja, gdy wykonawca wybrany uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia – art. 263 ustawy, który ma zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 266 ustawy).

Zamawiający jeśli, dostrzeże niezgodności z ustawą w swoim zachowaniu już po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie może w ocenie KIO, bez naruszenia zasady przejrzystości postępowania, utrzymać w mocy dokonany wybór, a jednocześnie prowadzić czynności badania i oceny ofert. Taka sytuacja bowiem powoduje, że zaburzony zostaje okres stand still, który biegnie od wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto w sytuacji, w której zamawiający nie unieważnia czynności wyboru i utrzymuje w mocy część dokonanych w związku z tym wyborem czynności, a jednocześnie dokonuje badania i oceny już zbadanych i ocenionych ofert, to powoduje, że w postępowaniu istnieją konkurencyjne i sprzeczne za sobą czynności. W okolicznościach tej sprawy ocena i sklasyfikowanie odwołującego na poz. 7 rankingu ofert w ramach wyboru dokonanego 3 grudnia i odrzucenie oferty odwołującego na podstawie sprostowania z dnia 13 grudnia. Zamawiający nie unieważnił wyboru oferty najkorzystniejszej z 3 grudnia, ani nie poinformował wykonawców o ponowieniu czynności badania i oceny ofert. Zatem w tym postępowaniu istnieją jednocześnie czynności sprzeczne za sobą, co wprost jest niezgodne z zasadą przejrzystości, oraz nakazem dokonywania wyboru wykonawcy zgodnie przepisami ustawy. Sprostowanie mogłoby mieć miejsce w przypadku literówki na nazwie wykonawcy jeśli nie byłoby w gronie oferentów wykonawców o zbliżonych nazwach i nie byłoby problemu z ich identyfikacją, czy omyłkowego niepoprawnego zaokrąglenia w przyznanej punktacji nie wpływającego na ranking wykonawców. Takie sytuacje jednak w sprawie nie miały miejsca. Przeciwnie jak wynika z dokumentów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, do dnia 12 grudnia 2024 r. zamawiający nie miał wątpliwości, co do poprawności określenia przez odwołującego stawki podatku VAT dla poz. 6. Przecież dokonał oceny oferty odwołującego w ramach prowadzonej oceny ofert. Dopiero po uzyskaniu informacji od przystępującego, zamawiający zbadał kwestię stawki VAT w ofercie odwołującego. Nie ma najmniejszego dowodu na to, że już 3 grudnia 2024 r. stawka ta rodziła wątpliwości zamawiającego, czy wręcz jak podnosił na rozprawie zamawiający było dla niego oczywiste, że stawka 23% była stawką nieprawidłową. Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania, że omyłkowo 3 grudnia 2024 zapomniał odrzucić ofertę odwołującego. Przeciwnie dowody wskazują na to, że zamawiający uznał ofertę odwołującego za prawidłową, a dopiero w skutek informacji innego wykonawcy zmienił to swoje stanowisko. W ocenie KIO jeśli zamawiający doszedł do przekonania, że informacja od uczestnika o prawidłowej stawce powoduje konieczność ponowienia badania oferty odwołującego, to powinien był unieważnić wybór oferty z dnia 3 grudnia 2024 r i ponowić czynność badania i oceny ofert, a następnie dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tylko taki sposób postępowania zamawiającego zapewniał realizację zasady przejrzystości postępowania i był zgodny z ustawą. Skoro czynność sprostowania sama z siebie była czynnością niezgodną z ustawą, to inne czynności na nią się składające już tylko z tego faktu należało również ocenić jako niezgodne z ustawą. Zamawiający nie mógł bowiem ponawiać badania i oceny ofert, skoro wykonawca wybrany nie uchylał się od zawarcia umowy i nie mógł odrzucić oferty wykonawcy, bez uchylecia pierwotnego wyboru, skoro wybór ten opierał się na czynności oceny ofert, w której to ocenie według zamawiającego uczestniczyła oferta podlegająca odrzuceniu. Skoro zamawiający uważał, że ustalił pierwszy ranking ofert z

uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, to dokonany w ten sposób wybór był nieprawidłowy i należało go unieważnić. Natomiast, gdyby uważał, że pierwotny wybór był prawidłowy, to nie powinien był go prostować w sposób prowadzący do zmiany czynności badania i oceny ofert. W konsekwencji cała czynność sprostowania odwołania była wadliwa i nie można było dokonać oceny jej poszczególnych elementów, pod względem zgodności z przepisami ustawy w takim zakresie, jak zakreślony w odwołaniu. Podjęcie bowiem oceny wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechań zamawiającego związanych z oceną ofert Hurtico, PGD, Dafipapier, Makchem, Natural, Barlon oraz dokonaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego mogłoby bowiem doprowadzić do powstania dalszych konkurencyjnych względem siebie czynności zamawiającego funkcjonujących jednocześnie w postępowaniu. Jedynym możliwym rozstrzygnięciem było zatem nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności sprostowania w całości.

W ocenie KIO uwzględnienie tego jednego zarzutu z uwagi na jego wagę i znaczenie dla postępowania powoduje, że odwołanie należy uznać za uwzględnione w całości. W konsekwencji możliwe jest zastosowanie art. 7 pkt 5 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z par. 7 ust. 5 cyt. rozporządzenia, zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu oraz koszty dojazdu w wysokości 202 zł.

Przewodnicząca: