

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Portal” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,**

ul. Narwicka 23, 80-557 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Gdańską w Gdańsku, ul. G. Narutowicza 23, 80-557 Gdańsk**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Arkan W.W.**

z siedzibą w Gdańsku, ul. Sianowska 1, 80-298 Gdańsk

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Portal” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Narwicka 23, 80-557 Gdańsk** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Portal” Sp. z o.o. z siedzibą**

w Gdańsku, ul. Narwicka 23, 80-557 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Politechnikę Gdańską w Gdańsku, ul. G. Narutowicza 23, 80-557 Gdańsk** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę **346 zł 80 gr** (słownie: trzysta czterdzieści sześć złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez **Politechnikę Gdańską w Gdańsku, ul. G. Narutowicza 23, 80-557 Gdańsk** tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie oraz kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez **Politechnikę Gdańską w Gdańsku,**

ul. G. Narutowicza 23, 80-557 Gdańsk tytułem opłaty skarbowej od dokumentu pełnomocnictwa.

2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „Portal” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Narwicka 23, 80-557 Gdańsk** na rzecz **Politechniki Gdańskiej w Gdańsku, ul. G. Narutowicza 23, 80-557 Gdańsk** kwotę **3 963 zł 80 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocnika na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od dokumentu pełnomocnictwa.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 4011/24

Uzasadnienie

Politechnika Gdańska, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Sukcesywną dostawę środków chemii gospodarczej dla jednostek organizacyjnych Politechniki Gdańskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 października 2024 r. pod numerem 00528112.

W dniu 29 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Portal” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Arkan W.W. z siedzibą w Gdańsku**, zwanego dalej „wykonawcą Arkan”, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia

w zakresie w jakim wykonawca zaoferował w ramach pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego produkt posiadający zgodnie z deklaracją wykonawcy rejestrację jako środek biobójczy, uwzględniony w Wykazie produktów biobójczych, w sytuacji gdy żaden ze środków zawierających kwas mrówkowy uwzględnionych w Wykazie produktów biobójczych, posiadających ważne pozwolenie na obrót w okresie realizacji zamówienia, nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia,

ewentualnie

w przypadku uznania, że wykonawca Arkan zaoferował w poz. 20 produkt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia

2.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Arkan, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu, w zakresie, w jakim wykonawca w ramach pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego zastosował nieprawidłową stawkę VAT, tj. stawkę preferencyjną 8% zamiast stawki podstawowej 23%,

- którego skutkiem był nieprawidłowy wybór jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Arkan, która podlega odrzuceniu z postępowania.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamówienia;
- 2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu - w tym odrzucenia oferty wykonawcy Arkan;
- 3.zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., że Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia w postępowaniu jest zawarty w załączniku nr 3 do SWZ „Formularz rzeczowo-cenowy” (rozdz. III ust. 3 SWZ), który – zgodnie z SWZ (rozdz. XI pkt 2) stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu.

W ramach pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego - zamawiający wymagał dostawy 1982 sztuk żelu do czyszczenia wc, określając w zakresie ww. pozycji m.in. wymaganie dotyczące konsystencji (żel, bez dopuszczenia m.in. płynu), składu (na bazie kwasu mrówkowego) oraz PH (>2, bez dopuszczenia m.in. >2):

Natomiast w ramach pozycji nr 17 formularza rzeczowo-cenowego - zamawiający wymagał dostawy 2419 sztuk skoncentrowanego płyn / żelu czyszczącego - dezynfekującego - który to środek m.in. nie był na bazie kwasu mrówkowego:

Zamawiający nie wymagał przy tym złożenia z ofertą żadnych przedmiotowych środków dowodowych, w tym kart charakterystyki, w zakresie poz. 20 (rozdz. VIII ust. 2 SWZ).

Wykonawca Arkan, jak wynika z wartości netto i brutto podanych przez niego w pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego, zaoferował we wskazanej pozycji żel do czyszczenia wc, dla którego wykonawca zastosował stawkę podatku Vat 8%.

W dniu 15.10.2024 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Arkan, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień w przedmiocie stawki podatku VAT uwzględnionej w wartości brutto pozycji nr 20 Formularza rzeczowo-cenowego „Żel do czyszczenia wc”. Zamawiający wymagał wyjaśnień sposobu określenia oraz podstaw zastosowania w ofercie stawki podatku VAT w zakresie wskazanej pozycji.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca złożył w dniu 18.10.2024 r. ogólnikowe wyjaśnienia, w których powołał się na fakt. W wyjaśnieniach wykonawca nie podał żadnych informacji pozwalających na identyfikację zaoferowanego produktu, w tym nazwy środka, nazwy producenta, numeru pozwolenia na obrót. Wskazał jedynie, że „Odnosnie zastosowanej stawki podatku Vat 8% w pozycji nr 20 Formularza rzeczowo- cenowego „Żel do czyszczenia wc” informujemy iż zastosowana stawka vat jest zgodna ze stawką obowiązującą na ten produkt gdyż taka stawka została ustalona przez producenta i z taką stawką produkt ten jest wprowadzany do obrotu, a także nabywany przez FHU Arkan. Produkt zaoferowany w poz. 20 jest preparatem biobójczym, o właściwościach: bakteriobójczych i grzybobójczych. Posiada wpis do rejestru preparatów biobójczych w rozumieniu przepisów ustawy o produktach biobójczych i tym samym służy ochronie zdrowia. Na podstawie art. 41 ust 2 w zw. z poz. 83 zał. nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, sprzedaż produktów biobójczych podlega opodatkowaniu 8% stawką Vat. Zaoferowano vat analogicznie jak w pozycji nr 17.”

W dniu 24.10.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Arkan jako najkorzystniejszej.

Niniejsze postępowanie jest drugim postępowaniem na ten sam przedmiot zamówienia, tj. na dostawę środków chemicznych na rzecz zamawiającego, przeprowadzonym w tym roku. W poprzednim postępowaniu (zakończonym unieważnieniem z powodu odrzucenia wszystkich ofert), przy analogicznych wymaganiach określonych w poz. 20 formularza rzeczowo-cenowego, zarówno odwołujący, jak i wykonawca Arkan, zaoferowali żel do czyszczenia wc z uwzględnieniem stawki 23% Vat. Dodatkowo - oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny (także w zakresie prawidłowości zastosowania stawki podatku Vat, natomiast w zakresie innej pozycji formularza), natomiast zamawiający - w odróżnieniu do sytuacji wykonawcy Arkan w niniejszym

postępowaniu - przed odrzuceniem nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Odnosnie podniesionych zarzutów odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z opisem wymagań określonym w formularzu rzeczowo-cenowym środek oferowany w poz. 20 „Żel do czyszczenia wc” musiał spełniać łącznie m.in. następujące wymagania:

- musiał być żelem,
- musiał to być środek na bazie kwasu mrówkowego,
- musiał posiadać pH>2.

Wykonawca Arkan składając z ofertą wypełniony Arkusz rzeczowo-cenowy zadeklarował, że ww. wymagania są spełnione w przypadku środka zaoferowanego w poz. 20.

Jednocześnie w wyjaśnieniach z 18.10.2024 r. wykonawca ten wskazał, że zaoferowany w tej pozycji środek „*Posiada wpis do rejestru preparatów biobójczych w rozumieniu przepisów ustawy o produktach biobójczych*”. Wykonawca nie podał w wyjaśnieniach numeru pozwolenia na obrót, ani nazwy zaoferowanego preparatu, ani producenta.

Natomiast - żaden z produktów uwzględnionych w Wykazie produktów biobójczych, posiadających w składzie kwas mrówkowy, nie spełnia wszystkich wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Pełen wykaz produktów biobójczych zawierających w składzie kwas mrówkowy oraz informacja od dystrybutora środka „Harpie Aktywny Żel Czyszczący” – stanowią załączniki nr 1 i 2 do odwołania.

W przypadku produktu „Harpie Aktywny Żel Czyszczący” zgodnie z informacją uzyskaną od dystrybutora - produkt ten nie będzie już przez dystrybutora sprzedawany w Polsce. Pozwolenie na ten produkt wygasa 31.12.2024 r., więc nie można go było zaoferować w niniejszym postępowaniu.

W odniesieniu do produktów z pozwoleniem ważnym jedynie do 31.12.2024 r. - produkty te nie mogły być oferowane w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z § 1 ust. 1 i § 2 PPU przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy środków chemicznych na rzecz Zamawiającego, realizowane co do zasady w okresie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Uzyskanie pozwolenia na obrót produktem biobójczym na terenie RP wymaga przeprowadzenia odpowiedniej procedury. Produkt biobójczy musi spełniać wymogi rejestracyjne:

- produkt spełnia definicję produktu biobójczego;
- przeznaczenie produktu powinno zawierać się w kategoriach i grupach opisanych w załączniku V do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 528/2012 z dnia 22 maja 2012 r.;
- produkt biobójczy zawiera istniejące substancje czynne poddane ocenie lub będące w fazie oceny na mocy Rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 1062/2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r. ale które nie zostały zatwierdzone dla tej grupy produktowej;
- produkt biobójczy jest skuteczny w zwalczaniu organizmu szkodliwego;
- zostały określone zasady bezpieczeństwa przy stosowaniu produktu biobójczego;
- dostawca substancji czynnej (lub produktu biobójczego) powinien spełniać wymagania, o których mowa w art. 95 do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 528/2012 z dnia 22 maja 2012 r.

Wykonawca składając ofertę nie mógł więc oferować produktów, których pozwolenie wygasało na początkowym etapie realizacji zamówienia, a co do których nie mógł mieć wiedzy, czy zostanie dla tych produktów wydane nowe pozwolenie.

Wykonawca Arkan w wyjaśnieniach złożonych w dniu 18 października 2024 r. powołał się na analogię do pozycji nr 17. Natomiast nie ma tu mowy o analogii, ponieważ w pozycji 17 - wymagany produkt nie miał zawierać kwasu mrówkowego tylko miał być na bazie podchlorynu sodu lub chloranu (I) sodu, dodatkowo musiał posiadać pozwolenie Ministra Zdrowia na obrót preparatem bakteriobójczym, więc produktem spełniającym opis poz. 17 jest Domestos Przedłużona Moc zagęszczony płyn czyszcząco- dezynfekujący nr pozwolenia 4678/11 z dnia 22.12.2024. W konsekwencji, w tej pozycji wykonawcę obowiązuje zastosowanie 8% VAT. Natomiast w pozycji 20 - produkt musiał zawierać kwas mrówkowy, a spośród produktów zawierających ten składnik, jednocześnie posiadających wpis do rejestru preparatów biobójczych w rozumieniu przepisów ustawy o produktach biobójczych, żaden nie spełnia całości wymagań opisu przedmiotu zamówienia określonych dla pozycji 20.

W tych okolicznościach oferta wykonawcy Arkan podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż oferowany w pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego środek nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia.

Gdyby natomiast uznać, że wykonawca Arkan zaoferował w poz. 20 arkusza rzeczowo- cenowego środek spełniający opis przedmiotu zamówienia określony dla tej pozycji - to oferta wykonawcy Arkan zawiera błąd w obliczeniu polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku Vat, tj. stawki 8% zamiast stawki podstawowej 23% Vat. Nie ma bowiem takiego środka, który jest uwzględniony w Wykazie produktów biobójczych co uzasadnia zastosowanie stawki preferencyjnej 8% Vat - i jednocześnie spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

Zasady opodatkowania i wielkość stawek określa ustawa o VAT, w szczególności dział VIII oraz załączniki tej

ustawy. Podstawową stawką podatku VAT w Polsce jest 23% (art. 146aa) jednak przepisy dopuszczają również obniżone stawki podatkowe VAT. Podatnik ma prawo, a nie obowiązek zastosować preferencyjną stawkę VAT, np. 8%, 5%, ale po spełnieniu warunków określonych w ustawie o podatku od towarów i usług. Organy skarbowe wskazują, że „*stawką podstawową podatku VAT jest stawka 23% (art. 41 ust. 1, art. 146a ustawy o VAT) i wszelkie stawki preferencyjne, stanowią wyjątek od reguły, dlatego wyjątki te należy interpretować ściśle a nie rozszerzająco*” Zgodnie zaś z ugruntowanym orzecznictwem sądowym w odniesieniu do przepisów dotyczących ulg, ulgi podatkowe w systemie prawa powinny być traktowane jako odstępstwo od zasady powszechności i równości opodatkowania a ich zastosowanie nie może być wynikiem wykładni rozszerzającej, systemowej lub celowościowej (por. wyrok NSA z dnia 24.04.2001 r, sygn. akt 1697/99 i wyrok NSA z dnia 09.06.1999 r sygn. akt 384/98).

Uwzględniając powyższe wykonawca Arkan winien wykazać zasadność zastosowania stawki 8%. Na tym etapie postępowania wskazanie na produkt względnie numer pozwolenia nie jest informacją utajnioną. Wykaz produktów biobójczych jest ogólnie dostępny. Co istotne - w wezwaniu do wyjaśnień skierowanym do wykonawcy Arkan - zamawiający wymagał podania sposobu określenia oraz podstaw zastosowania w ofercie stawki podatku VAT w zakresie poz. 20.

Tymczasem wyjaśnienie wykonawcy Arkan jest tak ogólne, że należy je traktować jak odmowę wyjaśnienia kwestii, o które pyta zamawiający. Arkan wskazał jedynie na stosowanie obniżonej stawki przez producenta (bez wskazania nazwy producenta), powołał się na wpis produktu do rejestru produktów biobójczych (bez wskazania numeru wpisu, nazwy produktu, składu, przeznaczenia itp.). Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinna zostać dokonana również z uwzględnieniem, że wykonawcy nie mieli obowiązku podania nazwy produktu w formularzu rzeczowo-cenowym, jak również zamawiający nie wymagał złożenia w zakresie poz. 20 żadnych przedmiotowych środków dowodowych. W tych okolicznościach wyjaśnienie złożone przez wykonawcę Arkan powinno wskazywać konkretne dane identyfikujące produkt, aby można było uznać, że doszło do wyjaśnienia podstawy i sposobu ustalenia stawki podatku VAT.

Tymczasem - podobnej treści odpowiedź mogłaby dotyczyć dowolnych produktów w postępowaniu, pytanie czy w takim przypadku zamawiający również uznałby że wykonawca wyjaśnił sposobu określenia oraz podstaw zastosowania w ofercie preferencyjnej stawki Vat. Jak wskazuje się w orzecznictwie nie tylko wykonawca ma obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku Vat, ale również zamawiający ma obowiązek dokonania weryfikacji zaoferowanej ceny w tym zakresie. Weryfikacja ta - nie może mieć charakteru pozornego.

W sytuacji więc, gdy nie ma takiego środka, który jest uwzględniony w Wykazie produktów biobójczych - co uzasadnia zastosowanie stawki preferencyjnej 8% Vat - i jednocześnie spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia, to zaoferowanie przez wykonawcę Arkan w poz. 20 środka spełniającego te wymagania - oznacza konieczność zastosowania stawki podstawowej 23% Vat.

W rezultacie zastosowanie w poz. 20 stawki 8% Vat stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Arkan na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Fakt zastosowania stawki preferencyjnej nie zgodnie z przepisami ustawy o VAT rodzi również negatywne skutki na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług zgodnie z art. 112b i art. 112 c ww. ustawy.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że nie można traktować opisanej okoliczności jako „niedopatrzienia” czy „omyłki” wykonawcy. Jak wynika z analizy złożonego przez wykonawcę formularza rzeczowo- cenowego - świadomie określił on jako właściwą stawkę preferencyjną nie tylko w poz. 20, ale również w poz. 17 formularza rzeczowo-cenowego, w sytuacji gdy środek zaoferowany w poz. 17 stanowi preparat biobójczy (nr pozwolenia 4678/11 z dnia 22.12.2024, Domestos Przedłużona Moc zagęszczony płyn czyszcząco-dezynfekujący).

W tych okolicznościach zaoferowanie w poz. 20 produktu z uwzględnieniem stawki 8% Vat w pozycji 20 formularza rzeczowo-cenowego, stanowiło wynik świadomego działania wykonawcy.

Niedopuszczalne jest także ewentualne poprawienie oferty w zakresie stawki podatku Vat podanej dla środka oferowanego w poz. 20. Stanowiłoby to bowiem niedopuszczalną zmianę treści oferty.

W złożonej ofercie brak jest jakichkolwiek informacji z których wynikałoby, że rzeczywistą intencją wykonawcy Arkan było zaoferowanie w tej pozycji produktu z uwzględnieniem stawki podatku 23%, a okoliczność przeciwną - potwierdził sam wykonawca w złożonych wyjaśnieniach. Prezentowane stanowisko jest zgodne z orzecznictwem Izby, w myśl którego brak jest możliwości poprawienia stawki podatku VAT, jeżeli zamawiający nie wskazał w specyfikacji stawki podatku i obowiązek ustalenia prawidłowej stawki spoczywał na wykonawcach.

W niniejszej sprawie nie jest możliwe poprawienie formularza rzeczowo-cenowego w ww. zakresie, bowiem zamawiający nie wskazał w SWZ stawki podatku VAT w zakresie ww. pozycji, jak również nie jest możliwe wyinterpretowanie z treści oferty wykonawcy Arkan, że wykonawca zaoferował w tej pozycji środek, dla którego właściwa jest stawka podatku VAT 23%, a okoliczność przeciwna - wynika z wyjaśnień wykonawcy z 18.10.2024 r.

Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiający przekazał

wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 29 października 2024r. drogą elektroniczną poprzez stronę na stronie tego postępowania <https://platformazakupowa.pl/transakcja/991646>.

W dniu 31 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU Arkan W.W. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „przystępującym Arkan”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu

Zamawiający w dniu 15 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i przyznanie zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 20 listopada 2024 odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Arkan W.W. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony oraz uczestnika postępowania do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

- 1) wykaz produktów biobójczych zawierających w składzie kwas mrówkowy,
- 2) informacja od dystrybutora środka „Harpic Aktywny Żel Czyszczący”,
- 3) wydruk zawiadomienia o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania - wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i załączone do złożonego pisma procesowego dowody, tj.:

- 1) Informacja od przedstawiciela firmy Dr. Miele Cosmed Group S.A. wraz z aktualną kartą charakterystyki produktu Kret Żel do WC PURE FRESH.
- 2) Informacja o unieważnieniu pierwszego postępowania na dostawę asortymentu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba dopuściła zawnioskowany przez przystępującego i załączone do złożonego pisma procesowego dowody, tj.:

- 1) Wykaz stanu produktów biobójczych pobrany z internetu z oficjalnej strony URPLiWB na dzień 31.10.2024 r. z uwzględnieniem preparatu Kret anty kamień żel do wc long effect.
- 2) Korespondencję z producentem dr-miele.eu potwierdzającą zasadność zastosowania 8% stawki vat na produkt Kret anty kamień long effect.
- 3) Gotowy produkt wraz z numerami partii i datą produkcji potwierdzający jego dostępność.
- 4) Aktualną kartę charakterystyki preparatu Kret anty kamień żel do WC Long effect, potwierdzającą wartość ph oraz skład (kwas mrówkowy).
- 5) Wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez przystępującego.
- 6) Wyjaśnienia przystępującego dot. stawki vat.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Arkan W.W. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „wykonawcą Arkan”, mimo że jest ona niezgodna z

warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca zaoferował w ramach pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego produkt posiadający zgodnie z deklaracją wykonawcy rejestrację jako środek biobójczy, uwzględniony w Wykazie produktów biobójczych, w sytuacji gdy żaden ze środków zawierających kwas mrówkowy uwzględnionych w Wykazie produktów biobójczych, posiadających ważne pozwolenie na obrót w okresie realizacji zamówienia, nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” podał, że:

„1. Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa środków chemii gospodarczej dla jednostek organizacyjnych PG.
(...)”

3. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 3 do niniejszej SWZ wraz z wymaganiami odnośnie opakowań, etykiet i kart charakterystyki.”.

Wykonawcy, zgodnie z rozdziałem XI „Opis sposobu przygotowania oferty” zobowiązani byli złożyć m.in. Formularz rzeczowo-cenowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ.

Zamawiający w poz. 20 Załącznika nr 3 w kolumnie „Wyszczególnienie” podał:

„Żel do czyszczenia wc -

Żel przeznaczony jest do czyszczenia muszli klozetowych, bidetów i pisuarów,

na bazie kwasu mrówkowego,

żel o pH > 2

skutecznie usuwa kamień, rdzę

Konsystencja żelu ułatwia przyleganie preparatu na pionowych powierzchniach,

posiada właściwości antybakteryjne.

Butelka typu "kaczka".

Opakowanie jednostkowe: pojemność nie mniejsza niż 700 ml lub 700 g”,

Wykonawca zobowiązany był podać „cenę jednostkową netto”, „wartość netto” i „wartość brutto”.

Wykonawca Arkan dla pozycji tej podał w kolumnie „cena jednostkowa netto” „4,87 zł”, w kolumnie „wartość netto” „9 652,34 zł” i w kolumnie „wartość brutto” „11 872,38 zł”.

Zamawiający, pismem z dnia 15 października 2024 r., wezwał wykonawcę Arkan do złożenia wyjaśnień, dotyczących zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% w pozycji nr 20 Formularza rzeczowo-cenowego „Żel do czyszczenia wc”, wskazując że w pozycji 20 Formularza rzeczowo-cenowego „Żel do czyszczenia wc”, złożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą, wartość brutto wyszczególnionych pozycji została określona z uwzględnieniem 8% stawki podatku VAT.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Arkan, pismem z dnia 18 października 2024 r., wyjaśnił że „zastosowana stawka vat jest zgodna ze stawką obowiązującą na ten produkt gdyż taka stawka została ustalona przez producenta i z taką stawką produkt ten jest wprowadzany do obrotu, a także nabywany przez FHU Arkan. Produkt zaoferowany w poz. 20 jest preparatem biobójczym, o właściwościach: bakteriobójczych i grzybobójczych. Posiada wpis do rejestru preparatów biobójczych w rozumieniu przepisów ustawy o produktach biobójczych i tym samym służy ochronie zdrowia. Na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 83 zał. nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, sprzedaż produktów biobójczych podlega opodatkowaniu 8% stawką Vat. Zaoferowano vat analogicznie jak w pozycji nr 17.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Przepis ten jest skorelowany z treścią art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, który z kolei stanowi, że „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.”. Oznacza to, że aby uznać, że treść oferty nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w dokumentach zamówienia, należy porównać świadczenie zaoferowane przez wykonawcę z wymogami zawartymi w dokumentach zamówienia. Jeśli ofertowany przedmiot świadczenia jest inny, bądź też inny jest sposób realizacji zamówienia, to ma miejsce niezgodność prowadząca do odrzucenia oferty.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający w Formularzu rzeczowo-cenowym określił wymagania dotyczące środków chemii gospodarczej, wymagając jedynie podania przez wykonawców ceny jednostkowej środka spełniającego wymagania odnoszące się do danej pozycji formularza oraz wartości netto i brutto zaoferowanego środka w ilości wymaganej i wskazanej w tej pozycji. Nie wymagał natomiast podania nazwy oferowanego produktu, nazwy producenta, symbolu katalogowego, ani żadnych innych danych umożliwiających jego identyfikację, jak i złożenia jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, w tym kart charakterystyki oferowanych produktów. Z SWZ taki obowiązek nie wynikał. To dopiero na etapie realizacji umowy – jak podkreślił zamawiający – ma być weryfikowane czy dostarczone produkty są zgodne z wymaganiami opisanymi w formularzu, czy

też nie. Jeśli więc dostarczony produkt nie będzie spełniał wymagań zamawiającego to zamawiający – jak dodał - nie dokona jego odbioru.

Wykonawca Arkan, jak wynika z treści pisma z dnia 19 listopada 2024 r., w poz. nr 20 zaoferował produkt o nazwie Kret Anty kamień żel do WC Long effect, który – jak wprost wynika z załączonej do pisma karty charakterystyki tego produktu – spełnia wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego dla produktu oferowanego w tej pozycji. Co więcej jest to produkt wpisany do rejestru produktów biobójczych. A ponadto jest to produkt dostępny. Wykonawca oferowany produkt okazał na rozprawie. Na jego opakowaniu umieszczona była data jego ważności i przydatności, tj. „02.01.2027”.

Skoro więc produkt, którego dotyczy pozycja 20 formularza spełnia wymagania zamawiającego brak jest podstaw do jego kwestionowania, a tym samym twierdzenia, że jest on niezgodny z treścią SWZ.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Arkan, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu, w zakresie, w jakim wykonawca w ramach pozycji nr 20 formularza rzeczowo-cenowego zastosował nieprawidłową stawkę VAT, tj. stawkę preferencyjną 8% zamiast stawki podstawowej 23%, którego skutkiem był nieprawidłowy wybór jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Arkan, która podlega odrzuceniu z postępowania (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale XIII SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” podał:

„1. Cenę oferty należy obliczyć na podstawie formularza rzeczowo-cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ.

2. Wykonawca zobowiązany jest wycenić każdy asortyment zawarty w formularzu rzeczowo-cenowym i wpisać/obliczyć ceny brutto dla poszczególnych pozycji formularza rzeczowo-cenowego.

3. Obliczoną sumę wartości brutto (pozycja „ Razem wartość brutto”) z formularza rzeczowo – cenowego należy przenieść do formularza ofertowego – zał. nr 1 do SWZ. Ceną oferty jest cena podana w formularzu ofertowym.

4. Cena oferty brutto, ceny jednostkowe netto oraz poszczególne wartości netto winny być wyrażone liczbowo w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z zasadami działań matematycznych.

5. Rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich.

6. Cena oferty musi obejmować wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego, terminowego i kompletnego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również koszty związane z dostarczeniem przedmiotu zamówienia do wskazanych jednostek organizacyjnych przez Zamawiającego. Koszty poniesione przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia a nieuwzględnione w cenie oferty nie będą przez Zamawiającego dodatkowo rozliczane.

7. Ceny określone w ofercie obowiązują przez cały okres związania ofertą i będą wiążące dla zawieranej umowy.

8. Waloryzacja cen będzie dokonywana z zachowaniem zasad określonych w par. 9 wzoru umowy.

Sposób obliczenia cen i podatek VAT

9. Wykonawca krajowy oblicza cenę oferty z podatkiem VAT. Stawka podatku VAT powinna być określona zgodnie z przepisami prawa. (...)”.

Wykonawcy, zgodnie z rozdziałem XI „Opis sposobu przygotowania oferty” zobowiązani byli złożyć m.in. Formularz rzeczowo-cenowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, w którym wykonawca zobowiązany był podać „cenę jednostkową netto”, „wartość netto” i „wartość brutto”.

Wykonawca Arkan dla pozycji tej podał w kolumnie „cena jednostkowa netto” „4,87 zł”, w kolumnie „wartość netto” „9 652,34 zł” i w kolumnie „wartość brutto” „11 872,38 zł”.

Zamawiający, pismem z dnia 15 października 2024 r., wezwał wykonawcę Arkan do złożenia wyjaśnień, dotyczących zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% w pozycji nr 20 Formularza rzeczowo-cenowego „Żel do czyszczenia wc”, wskazując że w pozycji 20 Formularza rzeczowo-cenowego „Żel do czyszczenia wc”, złożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą, wartość brutto wyszczególnionych pozycji została określona z uwzględnieniem 8% stawki podatku VAT.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Arkan, pismem z dnia 18 października 2024 r., wyjaśnił że „zastosowana stawka vat jest zgodna ze stawką obowiązującą na ten produkt gdyż taka stawka została ustalona przez producenta i z taką stawką produkt ten jest wprowadzany do obrotu, a także nabywany przez FHU Arkan. Produkt zaoferowany w poz. 20 jest preparatem biobójczym, o właściwościach: bakteriobójczych i grzybobójczych. Posiada wpis do rejestru preparatów biobójczych w rozumieniu przepisów ustawy o produktach biobójczych i tym samym służy ochronie zdrowia. Na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 83 zał. nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, sprzedaż produktów biobójczych podlega opodatkowaniu 8% stawką Vat. Zaoferowano vat analogicznie jak w pozycji nr 17.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Oznacza to, że oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu. Chodzi przy tym o takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki podatku VAT, gdyż stawka podatku VAT jest elementem cenotwórczym.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Arkan dla pozycji 20 Formularza rzeczowo-cenowego zastosował 8% stawkę podatku VAT. Produkt zaoferowany w poz. 20 A ponieważ – jak wyjaśnił wykonawca - jest preparatem biobójczym, a więc wpisanym do rejestru preparatów biobójczych. Jest więc produktem, który zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2024 r. o podatku od towarów i usług (tj.: Dz. U. z 2024 r., poz. 361, 852, 1473) i załącznikiem nr 3 do tej ustawy, podlega opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT. Wobec powyższego wykonawca ten wskazał stawkę podatku VAT zgodną w tym zakresie z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie bowiem załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług zawierającym WYKAZ TOWARÓW I USŁUG OPODATKOWANYCH STAWKĄ PODATKU W WYSOKOŚCI 8%, „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 (Dz. U. z 2021 r. poz. 24) są opodatkowane 8% stawką VAT. Oznacza to więc, że wykonawca ten zastosował prawidłową stawkę podatku VAT. Wynika to wprost z przywołanej treści ustawy o podatku od towarów i usług. Okoliczność tę potwierdza także korespondencja z producentem zaoferowanego produktu dr-miele.eu, który potwierdza prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT. Na moment rozstrzygania, jaki i składania ofert nie ma więc żadnych podstaw do kwestionowania prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT. Argumenty odwołującego sprowadzają się w istocie do hipotetycznych sytuacji, które mogą a nie muszą wystąpić w przyszłości.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: