

Katowice, dn. 13.05.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mogilnie
ul. Kościuszki 10
88-300 Mogilno

Odwołujący:

„Farmacol-Logistyka” Sp. z o.o.
ul. Szopienicka 77
40-431 Katowice

Postępowanie: o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę produktów farmaceutycznych” – nr postępowania: 6PFspzoz2021

ODWOŁANIE

do postępowania: o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę produktów farmaceutycznych” – nr postępowania: 6PFspzoz2021

Data powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania: **13.05.2021 r.**
(INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ)

Jako Odwołujący, w oparciu o art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, dalej w skrócie: UPZP, ustawa Pzp) niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego (zaniechań czynności do których Zamawiający zgodnie z prawem jest zobowiązany), tj.:

- bezzasadne unieważnienie postępowania w zakresie Zadania nr 23 w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania i bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu za niezgodność z SWZ, co skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy i unieważnieniem postępowania w tym pakiecie z powodu braku ważnych ofert;

- bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zakresie Zadań nr 23 i 24 pomimo tego, iż jej treść odpowiada SWZ w zakresie zaoferowanego w ww. zadaniach asortymentu,

- wybór jako oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 24 oferty Wykonawcy: Konsorcjum firm: Urtica Sp. z o.o. i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., Urtica Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław, PGF S.A., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź, pomimo faktu, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą,

- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako ważnej, niepodlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej dla Zadań nr 23 i 24 mimo spełnienia wszystkich przesłanek ku temu,

Powyższym czynnościom (zaniechaniom) Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- zarzut naruszenia przepisu art. 255 pkt. 2) UPZP poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania i bezzasadne uznanie, że po czynności badania i oceny oferty Odwołującego istnieje niezgodność z SWZ skutkująca odrzuceniem jego oferty, niemożnością zawarcia ważnej umowy i unieważnieniem postępowania w Zadaniu nr 23 z powodu braku ważnych ofert;

- zarzut naruszenia art. 107 ust. 2, 128 ust. 1 - 5 ustawy Pzp, w związku z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie Odwołującego w toku badania i oceny ofert przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w szczególności wyjaśnień odnośnie zaoferowanego w Zadaniach nr 23 i 24 asortymentu;

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 UPZP poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo tego, iż jej treść odpowiada SIWZ;

- zarzut naruszenia art. 204 ust. 1 UPZP w związku z art. 239 ust. 1 UPZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego dla Zadań nr 23 i 24, chociaż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

- zarzut naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt. 1, 2 i 3 UPZP.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr 23 ze względu na fakt, że nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie Zadań nr 23 i 24;
3. dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej, niepodlegającej odrzuceniu, najkorzystniejszej;
4. z ostrożności - wezwanie Wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności w zakresie zaoferowanego w Zadaniach nr 23 i 24 asortymentu;
5. wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej, niepodlegającej odrzuceniu, najkorzystniejszej i wygrywającej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego dla Zadań nr 23 i 24.

UZASADNIENIE

Zamawiający pismem z dnia 13.05.2021 r. (INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ) informuje, że dokonał unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr 23 i odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Zadań 23 i 24 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) UPZP, tj. ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Powyzsza czynność została dokonana z rażącym naruszeniem prawa z uwagi na poniższe:

- w **Zadaniu nr 23 poz. 29** formularza asortymentowo-cenowego Zamawiający wymagał: „*Fenistil żel 50g na rany*”, podczas gdy Odwołujący zaoferował preparat: „*Fenistil żel 1mg/ml 50g*”, **czyli lek o właściwej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego dawce, postaci, substancji leczniczej.** Pragniemy nadmienić, że Zamawiający nie uszczegółowił jakie wskazania stosowania zaoferowany preparat powinien posiadać, nie mniej jednak wniosek wysnuty przez Konsorcjum firm jest przedwczesny. Zaoferowany został preparat zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Brak dopisku w nazwie handlowej „na rany” nie przesądza, że został zaoferowany nieprawidłowy preparat, jest to błąd systemowy w opisie leku.

- w **Zadaniu nr 24 poz. 157** formularza asortymentowo-cenowego Zamawiający wymagał: „*Nurofen forte 400 mg x 20 tabl*”, podczas gdy Odwołujący zaoferował preparat: „MIG 400mg*20 tabl.powl. BERLIN-CHEMIE”, **czyli lek o właściwej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego dawce, postaci, substancji leczniczej.** Pragniemy nadmienić, że Zamawiający nie uszczegółowił jakie wskazania stosowania zaoferowany lek powinien posiadać, nie mniej jednak wniosek wysnuty przez Konsorcjum firm jest przedwczesny. Zaoferowany został lek zgodny z wymaganiami Zamawiającego:

1 tabletki powlekane Nurofen Forte zawiera 400 mg ibuprofenu, identycznie jak 1 tabletki powlekane MIG 400 mg, tabletki powlekane, 20 szt. Ibuprofen jest substancją, która należy do grupy niesteroidowych leków przeciwzapalnych (NLPZ) i skoro w obydwu lekach dawka i postać jest tożsama to wskazania stosowania również są jednakowe a zaoferowana ilość opakowań została odpowiednio przeliczona do wielkości opakowania. Wniosek Konsorcjum firm byłby słuszny gdyby zaoferowany lek był preparatem złożonym o różnym składzie i/lub proporcjach w stosunku do leku wymaganego przez Zamawiającego. Zaoferowany przez Odwołującego lek jest jednym z oficjalnych zamienników Nurofen Forte 400mg: <https://www.gdziepolek.pl/produkty/55142/nurofen-forte-tabletki-powlekane/zamienniki>

Oferta Odwołującego złożona do Zadania nr 23 i 24 nie zasługuje więc na odrzucenie.

Odwołujący złożył w ww. Postępowaniu ważną, niepodlegającą odrzuceniu, wygrywającą w zakresie Zadania nr 23 i 24 ofertę przetargową. Dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów Ustawy PZP czynność polegająca na unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 23 będzie skutkowałą brakiem możliwości uzyskania zamówienia na leki wyspecyfikowane w tym zadaniu, bowiem nie zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego na dostawę tych leków, mimo złożenia przez Odwołującego oferty, która w żadnym razie nie przyczynia się do unieważnienia Postępowania (stanowi co najmniej jedną, nie podlegającą odrzuceniu, ważną ofertę). Unieważnienie postępowania nastąpiło poprzez nieprawidłowe zastosowanie art. 255 pkt. 2) UPZP to jest Zamawiający błędnie przyjął, że wszystkie oferty złożone do Zadania nr 23 podlegają odrzuceniu oraz naruszenie wyrażonej w art. 16 pkt. 1, 2 i 3 Ustawy PZP zasady uczciwej konkurencji poprzez bezzasadne unieważnienie przetargu bez podjęcia ostatecznej decyzji o zamiarze zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta jest najkorzystniejsza (oferta Odwołującego).

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest błędne, a podjęte przez niego i zaskarżone przez Odwołującego czynności są sprzeczne z ustawą PZP, a ponadto narusza cel, dla którego następuje wszczęcie oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy. Zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt. 2) ustawy Pzp w sytuacji, gdy *„wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podległy odrzuceniu”*, a taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie podnosimy, że w przypadku wątpliwości lub braków w złożonych ofertach Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty i/lub ewentualnego uzupełnienia brakujących dokumentów w tym zakresie.

Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest w tym zakresie dopuszczalna, nieznajdująca podstawy w przepisach decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Czynność unieważnienia postępowania winna mieć miejsce w sytuacjach ściśle odpowiadających treści przepisu art. art. 255 pkt. 2) i w sytuacji posiadania dowodów na niezgodność złożonej oferty z SIWZ. Zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, że zachodzą przesłanki określone we wskazanym przepisie. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 17 października 2011r. (KIO 2134/11): *„aby dokonać oceny podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy dokonać niejako pewnej projekcji celem ustalenia, czy ewentualne w przyszłości zawarcie umowy w sprawie danego zamówienia nie spowoduje takiej sytuacji, kiedy właściwy organ nie będzie mógł w oparciu o przesłanki ustawowe dokonać jej unieważnienia. Te przesłanki [...] zostały przez ustawodawcę zasadniczo uregulowane w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten określa bezwzględne przesłanki dla unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego o charakterze generalnych naruszeń przepisów ustawy, których stwierdzenie wprost statuuje obowiązek unieważnienia umowy.”* (pogląd ten został

potwierdzony przez KIO także w wyroku z dnia 6 marca 2014r. KIO 264/14, KIO 344/14). W przypadku, gdy przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog sytuacji określonych w art. 146 ust. 1 ustawy PZP, na Zamawiającym ciąży szczególny obowiązek sprecyzowania na tyle dokładnie przyczyny unieważnienia, aby nie było wątpliwości, że ma ona charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W szczególności konieczne jest wykazanie naruszenia konkretnego przepisu ustawy PZP regulującego udzielanie zamówień (jak wady postępowania czy faktyczny brak oferty niepodlegającej odrzuceniu) oraz istotnego charakteru tej wady jako wpływającego na ważność umowy, co implikuje związek przyczynowy pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia umowy, a ponadto wykazanie nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie (tak: wyrok KIO z dnia 30 lipca 2013r., KIO 1732/13). Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1) Zamawiający musi brać pod uwagę art. 146 ust. 6 starej ustawy PZP, co nakłada na niego obowiązek zachowania szczególnej ostrożności i dbałości dokonując czynności unieważnienia postępowania. Powołany przepis zawiera klauzulę generalną, która w ugruntowanej opinii KIO, nie powinna być stosowana rozszerzająco, czyli w ten sposób, że Zamawiający obejmie nim wszelkie nieprawidłowości w toku postępowania, a tym samym unieważni postępowanie z uwagi na jakąkolwiek wadę postępowania. W przeciwnym wypadku, mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności, gdy stwierdzenie wad miałoby miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców (tak KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 lipca 2013r., KIO 1420/13, oraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 marca 2011r., KIO 582/11).

Odnośnie Zadania nr 24 – jak zostało wyżej wykazane – oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego tak więc nie zasługuje na odrzucenie.

Dlatego też wnioskujemy o unieważnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu ww. Postępowania w zakresie Zadania nr 23, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej, nie podlegającej odrzuceniu, ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty odnośnie zaferowanego asortymentu w Zadaniu nr 23 i 24 oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej uwzględniając ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą i wygrywającą w zakresie Zadania nr 23 i 24.

Analizując orzecznictwo Odwołujący wskazuje, że zdefiniowane zostały przesłanki niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W orzecznictwie Izby, odnośnie podstawy odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, ukształtował się jednoznaczny pogląd, że treść oferty to

zobowiązanie wykonawcy wykonania zamówienia w jego merytorycznej warstwie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, stanowiącymi treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe wskazuje chociażby: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt KIO/KD 79/14 oraz wyroki z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1516/10; z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 627/15; z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 674/15.

W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, Sad Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestie treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji.

Warto w tym miejscu przytoczyć również wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1365/14 - *„Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. (...) Postępowanie o zamówienie publiczne stanowi mechanizm służący wyborowi wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, co z perspektywy Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu. Zatem to oświadczenie, podlega ocenie przez pryzmat zgodności z SIWZ. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach.”*

Interes prawny

Wykonawca ma interes prawny w złożeniu Odwołania, ponieważ ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów UPZP uniemożliwia Wykonawcy pozyskanie zamówienia mimo złożenia ważnej, niepodlegającej odrzuceniu i wygrywającej dla Zadań nr 23 i 24 – w ocenie Odwołującego – oferty przetargowej, i tym samym Wykonawca może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go realnych korzyści finansowych w postaci uzyskania założonego zysku w wyniku realizacji zamówienia. Interes Wykonawcy wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes w wnoszeniu środków ochrony prawnej”*.

Zamawiający – dokonując czynności prowadzących do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innej niż oferta Odwołującego - w sposób oczywisty naruszył normę art. 239 ust 1 UPZP.

Celem badania złożonych w toku postępowania ofert, złożonych przez poszczególnych Wykonawców jest sprawdzenie ich poprawności pod względem nie tylko formalnym, ale i merytorycznym. Powyższe działania są uprawnieniami Zamawiającego, ale i stanowią również jego obowiązek. Pragnąc zatem zapobiec ewentualnym nieprzyjemnościom związanym z weryfikacją postępowań pod opisanym wyżej kątem oraz działając z zamiarem zachowania poprawnych relacji uczestników obrotu, a także w celu zapobieżenia stratom po stronie Wykonawcy, zwracamy się o rozważną weryfikację złożonych ofert (pod kątem merytorycznym) i dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Mając na uwadze równe traktowanie każdego Wykonawcy i w myśl zasady uczciwej konkurencji, wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego czynności jak wyżej.

Prosimy o ustosunkowanie się do niniejszego pisma w terminie do 19.05.2021 r. do godz. 13.00. W przypadku negatywnej odpowiedzi, bądź jej braku, „Farmacol – Logistyka” Sp. z o.o. w Katowicach będzie zmuszona skorzystać z przysługujących jej środków ochrony prawnej. Nadto rozważamy powiadomienie w trybie 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 2019 ze zm.) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych celem wszczęcia kontroli doraźnej, gdyż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Mając na uwadze powyższe argumenty wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem,