



Apteka Całodobowa

Warszawa, 21 sierpnia 2023 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Solispharm sp. z o.o.
ul. Stefana Starzyńskiego 10
03-456 Warszawa
nr KRS 0000494178
e-mail: aptekanamyslowska@gmail.com

Zamawiający:

Dom Pomocy Społecznej
ul. Szpitalna 1
05 - 530 Góra Kalwaria
przetargi@dpsgk.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Solispharm sp. z o.o., na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej - „**p.z.p.**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na:

- 1. Bezpodstawnym nieważnieniu postępowania;**
- 2. Odrzuceniu oferty dodatkowej Solispharm Sp. z o.o.;**
- 3. Zaniechaniu przez Zamawiającego wyboru oferty Solispharm sp. z o.o. pomimo tego, że jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu;**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr AG.261.9.2023 pn.: „Dostawy leków do Domu Pomocy Społecznej w Górze Kalwarii” (dalej - „**Postępowanie**”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 czerwca 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00257021/01.



Apteka Całodobowa

Zamawiającemu zarzucam :

1. Naruszenie **art. 255 pkt 6 p.z.p.** poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie postępowania pomimo, że nie występowała ku temu przesłanka, ponieważ oferta wykonawcy Solispharm Sp. z o.o. była najkorzystniejsza i nie podlegała odrzuceniu a tym samym postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
2. Naruszenie **art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) p.z.p.** poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Solispharm Sp. z o.o. pomimo, że ta oferta jest zgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i jest najkorzystniejsza;
3. Naruszenie **art. 239 ust. 1 p.z.p.** poprzez niewybranie jako najkorzystniejszej oferty Solispharm Sp. z o.o. pomimo, że jest najkorzystniejszą ofertą, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach Postępowania oraz jest zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia;

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości, a następnie.:

1. Nakazanie unieważnienia czynności z dnia 16 sierpnia 2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Solispharm Sp. z o.o. oraz unieważnieniu Postępowania;
2. Nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. Nakazanie wybrania oferty złożonej przez Solispharm Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w Postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu.

UZASADNIENIE

PRZESŁANKI FORMALNE

1. **Termin** do wniesienia odwołania został zachowany. Informacja o unieważnieniu Postępowania została udostępniona 16 sierpnia 2023 r. drogą mailową oraz poprzez platformę na której prowadzone jest postępowania poprzez przesłanie



Apteka Całodobowa

załącznika o nazwie „Unieważnienie postępowania”. Termin 5-dniowy upływa więc 21 sierpnia 2023 r.

2. **Kopia odwołania** została przesłana Zamawiającemu poprzez e-mail, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania.

3. **Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania** zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów p.z.p. skutkowało unieważnieniem postępowania i brakiem wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej pomimo, że powinna ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odrzucenie zgodnej z SWZ oferty Odwołującej spowodowało, że nie została wybrana jej oferta mimo iż jest najkorzystniejszą i zgodną z SWZ. W konsekwencji Solispharm sp. z o. o. bezpodstawnie utraciła możliwość realizacji zamówienia.

Gdyby Zamawiający należycie zastosował przepisy p.z.p. i nie odrzucił oferty Odwołującej, postępowanie nie zostałoby unieważnione a za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Solispharm sp. z o.o. przez co Odwołująca posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

NARUSZENIE ART. 255 PKT 6 P.Z.P.

1. Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w piśmie z dnia 18.08.2023 r. w żaden sposób nie uzasadnił tej podstawy unieważnienia postępowania poprzez wskazanie na czym miałyby polegać wskazana wada postępowania, tymczasem zgodnie z orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 882/2), unieważnienie postępowania w oparciu o ten przepis ma charakter wyjątkowy, a Zamawiający obowiązany jest uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 p.z.p., czego w niniejszej sprawie Zamawiający całkowicie zaniechał. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że orzecznictwo KIO szczegółowo wskazuje w jakich przypadkach przedmiotowy przepis ma zastosowanie i jakie czynności należy przeprowadzić żeby móc go zastosować. W pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów p.z.p. do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega



Apteka Całodobowa

unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 p.z.p. – wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 878/23. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. może mieć miejsce jedynie przy spełnieniu wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek – wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 882/23.

Zamawiający odrzucając ofertę Solispharm Sp. z o.o. i unieważniając postępowanie, bezpodstawnie uznał, że zachodzi wskazana przesłanka do unieważnienia postępowania.

W ramach niniejszego postępowania zostały złożone 2 oferty o identycznej cenie tj. 71 978,00 zł brutto, w związku z czym, Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Solispharm Sp. z o.o. w dniu 19 lipca 2023 r. złożyła ofertę dodatkową, która opiewała na kwotę 71 977,90 zł a więc była ofertą najkorzystniejszą. Oferta ta była też zgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego mogła być ważnie zawarta.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania stanowi załącznik nr 1 do odwołania.

NARUSZENIE ART. 226 UST. 1 PKT 5) I 7) P.Z.P.

2. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5p.z.p Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta Solispharm Sp. z o.o. została błędnie uznana przez Zamawiającego za podlegającą odrzuceniu zgodnie z powyższymi przepisami.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przesłanym drogą mailową w dniu 16 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że w treści oferty dodatkowej, w pozycji nr 12 Załącznika nr 2 do SWZ, Wykonawca jako cenę jednostkowa brutto zaoferował wartość 0,00 zł, co zdaniem Zamawiającego jest niezgodne z SWZ oraz ustawą z dnia 09 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Zdaniem Zamawiającego cena 0,00 zł nie może zostać zaoferowana. Tymczasem z powołanego przez Zamawiającego przepisu nie wynika, że cena ma być wartością wyższą od 0. Żaden przepis prawa nie zabrania stosowania ceny 0 zł za poszczególne usługi. Wykonawca, co należy podkreślić, zaoferował cenę 0 zł za jedną pozycję z oferty, nie zaś za całość oferty. Nie jest to sprzeczne z jakąkolwiek ustawą. W szczególności nie jest to sprzeczne z ustawą o informowaniu o cenach towarów i usług. Ustawa ta w art. 3 definiując cenę, odwołuje się do wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Przepisy tej ustawy nie stawiają wymogu, aby wartość ta została wyrażona w jednostkach wyższych od zera. Tym samym wartość 0 zł spełnia definicję ceny w rozumieniu tej ustawy i może być w pełni stosowana.



Apteka Całodobowa

Zastosowanie ceny 0,00 zł jest też w pełni zgodna z SWZ oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”). Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem w tym zakresie w pełni dopuszczalne jest wskazanie ceny zero za określony element, etap czy składową zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO wskazanie ceny zerowej za określony element zamówienia (np. w jednej z pozycji kosztorysu) nie powoduje, że nie mamy do czynienia z wyceną danego towaru/usługi. W wyroku KIO 1302/14 z dnia 09.07.2014 r. potwierdził, że „wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty 0 zł jest jej wyceną. 0 jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi 0 przypisana jest więc konkretna wartość liczbowa. Wskazanie kwoty 0 zł stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę 0 zł wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. Wskazanie, iż jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, iż dany element jest – mówiąc potocznie – bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba 0 przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku KIO 1902/13 z dnia 21.08.2013 r.

Zaoferowanie ceny 0 zł za jeden z elementów przedmiotu zamówienia nie stanowi również zaoferowania rażąco niskiej ceny. Orzecznictwo KIO akceptuje zaoferowanie ceny zerowej za marginalny element czy składową przedmiotu zamówienia, w sytuacji, w której cena całkowita oferty określona została w sposób realny i rynkowy. W wyroku KIO 706/17 z dnia 09.05.2017 r., wskazano, że podstawą skutecznego odrzucenia oferty w oparciu o przesłankę zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest wyłącznie sytuacja, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś gdy cena części składowej oferty jest niska.

Oferta Wykonawcy, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wycena jednego z elementów składowych oferty na cenę 0,00 zł nie ma w niniejszej sprawie znaczenia. Wykonawca złożył ofertę na cały przedmiot zamówienia a nie tylko na jeden z jego elementów, Wykonawca w ramach postępowania oferuje kompleksową dostawę leków i produktów leczniczych wymienionych w SWZ a nie każdego z osobna. Cena wskazana w ofercie przez Wykonawcę jest ceną ryczałtową, obejmującą całość przedmiotu zamówienia – jest ceną realną, nie odbiegającą swoją wartością od cen innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (oferta Cefarm opiewała na



Apteka Całodobowa

kwotę 71 978,00 zł). Wykonawca oferuje więc swoje świadczenie (pełne świadczenie) za świadczenie pieniężne o adekwatnej wysokości. Reasumując, cena zaoferowana przez Wykonawcę za całość świadczenia rozkłada się na wszystkie jego części, niezależnie od tego jaką wartość mają poszczególne elementy zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty, w żaden sposób nie przedstawił w jaki sposób doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w tym zakresie Zamawiający powołał się na pismo Cefarm S.A. (jednego z wykonawców) żywo zainteresowanego niekorzystnym rozstrzygnięciem dla Solispharm Sp. z o.o., nie przedstawiając swojej analizy w tym zakresie, co uznać należy za zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia złożonych ofert.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty powołuje się też na przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, jednakże art. 106 ust. 1 wskazany w uzasadnieniu zawiadomienia został uchylony ustawą z dnia 07 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 35) i nie obowiązuje już od 01 stycznia 2014 r., z tym dniem przepis ten utracił moc. Powoływanie się na jego brzmienie jest w tym przypadku całkowicie bezpodstawne i bezcelowe.

Nie mniej jednak, wskazać należy, że czynność wystawienia faktury VAT za dostarczony towar jest czynnością następczą do postępowania przetargowego i w żaden sposób nie może być oceniane w ramach procedury przetargowej. SWZ w żadnym ze swoich punktów nie wskazuje, że ocenie podlegać będzie dokument faktury VAT. Jedynie w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ w § 9 ust. 6 wskazane jest co powinna zawierać faktura VAT, m.in. cenę jednostkową, jednak nie ma uszczegółowienia w jaki sposób cena ta ma być zapisana. W tej sytuacji odnieść się należy do treści art. 106e ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, który reguluje treść faktury VAT, zgodnie z ust. 1 pkt 9) i 10) faktura VAT powinna zawierać między innymi cenę jednostkową towaru lub usługi bez kwoty podatku (cenę jednostkową netto); kwoty wszelkich opustów lub obniżek cen, w tym w formie rabatu (...). Przepis ten pozwala na uwzględnianie w fakturze opustów lub obniżek cen. SWZ w pkt XVI Sposób obliczania ceny wskazano, że cena stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w formularzu ofertowym wskazane zostały ostateczne ceny ryczałtowe po jakich Wykonawca będzie dostarczał leki Zamawiającemu a więc z uwzględnieniem wszelkich opustów lub obniżek cen, w tym w formie rabatu co będzie miało swoje odzwierciedlenie w treści wystawionej faktury VAT, którą Wykonawca jako czynny podatnik VAT zobowiązany jest wystawić zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Zamawiający w



Apteka Całodobowa

sytuacji kiedy faktura byłaby wystawiona niezgodnie z obowiązującymi przepisami może wstrzymać za nią płatność.

Należy również zwrócić uwagę, że **Zamawiający uznał ofertę dodatkową złożoną przez Solispharm Sp. z o.o. za zgodną z SWZ**, gdyż w dniu 02.08.2023 r. wezwał ją do złożenia podmiotowych środków dowodowych, na podstawie rozdziału XII pkt 17 SWZ „Zamawiający wezwie wykonawcę, **którego oferta została najwyższej oceniona**, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia”. Po złożeniu w wyznaczonym terminie wymaganych podmiotowych środków dowodowych nie wystąpiła żadna zmiana okoliczności prawnych ani faktycznych, która uzasadniałaby zmianę tego stanowiska.

NARUSZENIE ART. 239 UST. 1 P.Z.P.

1. Zgodnie z art. 239 ust. 1 p.z.p., Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, czego nie zastosował w niniejszym postępowaniu, gdyż nie dokonał wyboru oferty Solispharm Sp. z o.o. pomimo tego, że złożyła najkorzystniejszą ofertę, która nie podlega odrzuceniu.

Zważywszy na powyższe, wnoszę jak na wstępie.

.....
Paweł Gajewski, Członek zarządu Solispharm sp. z o.o.

Załączniki :

1. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania;
2. Oferta dodatkowa z dnia 19.07.2023 r.;
3. Pismo Solispharm Sp. z o.o. z dnia 19.07.2023 r.;
4. dowód uiszczenia wpisu;
5. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
6. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu KRS.