

Katowice, dn. 30.01.2020 r.

Zamawiający:

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
ul. Młyńska 2  
63-700 Krotoszyn**

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 leków, leków dla Stacji Dializ, żelu do znieczuleń powierzchniowych dla SPZOZ w Krotoszynie” – nr sprawy: AS/1/41 /19**

### **ODWOŁANIE**

**do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:**

**„Dostawę leków, leków dla Stacji Dializ, żelu do znieczuleń powierzchniowych dla SPZOZ w Krotoszynie” – nr sprawy: AS/1/41 /19**

Jako Odwołujący, w oparciu o art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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.:

- wybór jako oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 9 oferty Wykonawcy: Neuca S.A., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń pomimo przesłanek do odrzucenia oferty za nieusuwalną niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia,
- brak odrzucenia oferty w Pakiecie nr 9 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, w Pakiecie nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 UPZP – za niezgodność oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako ważnej, niepodlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 9, mimo spełnienia wszystkich przesłanek ku temu.

Powyższym czynnościom (zaniechaniom) Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 UPZP w związku z art. 82 ust. 3 UPZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Neuca S.A., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń, pomimo tego, iż jej treść w sposób bezsporny nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Pakietu nr 9 poz. 123, 124 i niemożliwe jest zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3) UPZP;

- zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 UPZP w związku z art. 82 ust. 3 UPZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę 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 tego, iż jej treść w sposób bezsporny nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Pakietu nr 9 poz. 123, 124 i niemożliwe jest zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3) UPZP;

- zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 UPZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, 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. 7 ust. 1, 2 i 3 UPZP.

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

1. Unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania w zakresie Pakietu nr 9,
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Pakietu nr 9,
3. Dokonanie ponownej oceny ważnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Pakietu nr 9 z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. Ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 9 i uznanie oferty Odwołującego za ważną i najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

### UZASADNIENIE

Zamawiający pismem z dnia 29.01.2020 r. (INFORMACJA O WYNIKU POSTĘPOWANIA) informuje, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 9 złożonej przez Wykonawcę: Neuca S.A., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń, pomimo tego, iż oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) UPZP, tj. ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powyższa czynność została dokonana z rażącym naruszeniem prawa z uwagi na poniższe.

Zamawiający w Formularzu Asortymentowo-Cenowym dla Pakietu nr 9 poz. 123 i 124 wymagał zaoferowania: „*Parafinum liquidum a 800g / **płyn doustny i na skórę**/” i „*Parafinum liquidum a 100g / **płyn doustny i na skórę**/”*,*

podczas gdy Wykonawca: Neuca S.A., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń zaoferował odpowiednio: „**PARAFINUM PŁYN 800G CEFARM OLSZTYN LABORATORIUM GALENOWE OLSZTYN**” oraz: „**PARAFINUM LIQ. 100G LABORATORIUM GALENOWE OLSZTYN**”, które są produktami do stosowania wyłącznie doustnie.

Identyczne produkty – również z Laboratorium Galenowego Olsztyn - zostały zaoferowane w poz. 123 i 124 Pakietu nr 9 przez Wykonawcę: 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, dlatego oferta tego Wykonawcy również podlega odrzuceniu.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do poz. 123 i 124 Pakietu nr 9 nie pojawiły się żadne zapytania o dopuszczenie innego preparatu. Wskazani wyżej Wykonawcy zaoferowali więc preparaty niezgodne z SIWZ, **mimo że na rynku istnieją preparaty zgodne z wymaganiami Zamawiającego, tj.: „Parafina ciekła-Avena 800g” oraz „Parafina ciekła-Avena 100g” produkcji AVENA Laboratorium Farmaceutyczne PL, które zostały zaoferowane przez Odwołującego, wypełniając tym samym wszystkie wymagania SIWZ w tym zakresie, tj. aby preparat był do stosowania zarówno doustnie jak i na skórę.**

**Odwołujący stwierdza, że wycenione zostały preparaty niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ, tak więc odrzucenie ofert Wykonawców: Neuca S.A. oraz Konsorcjum firm: Urtica Sp. z o.o. i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. w Pakiecie nr 9 jest zasadne.**

Z przykrością informujemy, że na tym etapie postępowania przytoczona niezgodność z SIWZ nie może zostać uzupełniona, poprawiona ani wyjaśniona na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych w związku z art. 87 ust. 1 UPZP, nie stanowi ona również żadnego rodzaju omyłki.

**Dlatego też wnioskujemy o odrzucenie ofert Wykonawców: Neuca S.A. oraz Konsorcjum firm: Urtica Sp. z o.o. i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej uwzględniając ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą i wygrywającą w zakresie Pakietu nr 9.**

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.

Tym samym niezgodność treści oferty (zaoferowanego sprzętu) z treścią SIWZ (sprzęt o cechach wyspecyfikowanych w SIWZ), a niezgodność ta nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, Sąd 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.”

**Pragniemy podkreślić, że ponad wszelką wątpliwość udowodniliśmy, że oferty Wykonawców: Neuca S.A. oraz Konsorcjum firm: Urtica Sp. z o.o. i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. zawierają nieusuwalne błędy niemożliwe do poprawienia czy wyjaśnienia, oferty tych Wykonawców podlegają odrzuceniu a utrzymanie decyzji co do wyboru oferty Wykonawcy NEUCA S.A. jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 9 prowadzić będzie do nieważności zawartej umowy.**

Szczególnie istotnym orzeczeniem dla niniejszego postępowania jest wyrok z dnia 27 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2359/16: „Wykonawca, by oferta stała się zgodna z treścią SIWZ, musiałby w miejsce dotychczas zaoferowanego sprzętu, zaoferować inny, w tym zakresie złożyć nową ofertę, co na gruncie przepisów Pzp jest niedopuszczalne jako naruszające art. 87 oraz art. 7 Pzp.”

Przytoczona wykładnia przepisów ma swoje odzwierciedlenie w bogatym orzecznictwie dotyczącym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, np. wyrok KIO z dnia 17 lutego 2009 r. (KIO/UZP 112/09), w którym m.in. stwierdzono: „Jak już sama nazwa wskazuje SIWZ zawiera warunki istotne, a zatem oferta nie spełniająca wymagań specyfikacji nie może zostać przyjęta przez Zamawiającego. Stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) Treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji w szczególności wówczas, gdy Wykonawca oferuje Zamawiającemu przedmiot inny niż przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego w SIWZ, w tym nie spełniający określonych w specyfikacji wymagań i parametrów technicznych”.

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 – 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 we wnoszeniu środków ochrony prawnej*”.

**Zamawiający – dokonując czynności prowadzących do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innej niż oferta Odwołującego - w sposób oczywisty naruszył normę art. 82 ust 3 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 04.02.2020 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 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843 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.