

Sygn. akt: KIO 658/22

WYROK

z dnia 23 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2022 r. przez wykonawcę **Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Powiat Chełmski w Chełmie**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Powiatowi Chełmskiemu w Chełmie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Powiat Chełmski w Chełmie**
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 **Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Powiatu Chełmskiego w Chełmie** – na rzecz wykonawcy **Solispharm Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – kwotę **11 134 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Chełmski w Chełmie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup leków i środków medycznych dla Domu Pomocy Społecznej w Nowinach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 marca 2022 roku wykonawca Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia jego oferty,
2. czynności w postaci unieważnienia postępowania w zakresie części 1.,
3. zaniechania przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego, pomimo tego, że jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 260 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niepodanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego, tj. niewskazanie zakresu rzekomej niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją warunków zamówienia;
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że ta oferta jest zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia;
3. naruszenie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, bowiem odrzuceniu nie podlegała oferta odwołującego;
4. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niewybranie oferty odwołującego, pomimo że jest najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu ofertą, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, a następnie:

1. nakazanie unieważnienia czynności z dnia 3 marca 2022 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;

2. nakazanie unieważnienia czynności z dnia 3 marca 2022 r. polegającej na unieważnieniu postępowania;
3. nakazanie przeprowadzenie badania i oceny ofert, zgodnie z prawidłowo złożonymi w postępowaniu ofertami;
4. nakazanie wybrania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że 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 odrzuceniem oferty odwołującego, pomimo że powinna ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odrzucenie zgodnej z prawem i s.w.z. oferty odwołującego spowodowało, że nie została wybrana jego oferta, mimo iż jest najkorzystniejszą prawidłowo złożoną ofertą. W konsekwencji odwołujący bezpodstawnie utracił możliwość realizacji zamówienia. Gdyby zamawiający należycie zastosował przepisy ustawy P.z.p. i nie odrzucił oferty odwołującego, za najkorzystniejszą zostałaby uznana właśnie oferta odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości.
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 4.2.1. w ppkt 12 specyfikacji warunków zamówienia wykonawca winien złożyć ofertę na podstawie cen urzędowych zawartych w obwieszczeniu Ministra Zdrowia aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania (*dowód: specyfikacja warunków zamówienia w aktach sprawy*).

Aktualnym w tym postępowaniu było obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 stycznia 2022 r. (Dz. Urz. Min. Zdr. z 2021 r., poz. 100).

Zgodnie z rozdziałem XVI s.w.z.: „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” w pkt 16.2, cena winna uwzględniać wymagania wskazane w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, s.w.z. i projektowanych postanowieniach umowy (*dowód: specyfikacja warunków zamówienia w aktach sprawy*).

W piśmie z dnia 9 lutego 2022 roku zamawiający w odpowiedzi na pytanie 13. o treści:

„Czy Zamawiający wymaga podania cen refundowanych w cenie 100% czy po uwzględnieniu odpłatności najkorzystniejszej dla mieszkańca?”

wskazał:

„Zamawiający prosi o uwzględnienie cen najkorzystniejszych dla mieszkańca” (dowód: pismo z dnia 9 lutego 2022 roku w aktach sprawy).

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym oferta odwołującego (dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez prowadzenia negocjacji w aktach sprawy).

Pismem z dnia 3 marca 2022 roku zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. oraz o odrzuceniu wszystkich ofert na podstawie art. 253 ust. 1 pkt ustawy P.z.p. (dowód: pismo z dnia 3 marca 2022 roku w aktach sprawy).

W odniesieniu do oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający informuje, iż odrzuca ofertę Wykonawcy SOLISPHARM Sp. z o.o., ul. Stefana Starzyńskiego 10, 03-459 Warszawa w oparciu o przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż w toku badania oferty Zamawiający stwierdził, iż wystąpiła niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zatem na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego (wyrok z dnia 2410.2008r., KIO/UZP1093/08).

Zgodnie z pkt 4.2.1 ppkt 12) SWZ „Wykonawca winien złożyć ofertę na podstawie cen urzędowych zawartych w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania”. Wykonawca wskazał w złożonej ofercie ceny niezgodne z cenami urzędowymi zawartymi w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania tj. w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na 1 stycznia 2022 r. (DZ. URZ.

Min. Zdr. 2021.100) co spowodowało, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Stan faktyczny w świetle przytoczonych przepisów Prawa zamówień publicznych w pełni uzasadnia odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że informacja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była bardzo lakoniczna. W szczególności zamawiający nie wskazał pozycji, które – w jego ocenie – były wycenione w sposób sprzeczny ze specyfikacją warunków zamówienia. Izba nie mogła zatem ustosunkować się do zasadności twierdzeń zamawiającego i ocenić zakwestionowanej czynności pod kątem postanowień s.w.z.

Jednakowoż Izba wskazuje, że zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 9 lutego 2022 roku, zamawiający oczekiwał podania cen refundowanych po uwzględnieniu odpłatności najkorzystniejszej dla mieszkańca. Odwołujący był zatem uprawniony i zobowiązany do uwzględnienia tej informacji przy dokonywaniu wyceny poszczególnych pozycji w swojej ofercie.

Izba zwraca uwagę, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści s.w.z. (art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p.). Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści s.w.z. wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert (art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p.). *Ratio legis* art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p. polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w s.w.z., w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści s.w.z. prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11).

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. stanowi integralną część s.w.z. i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SIWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15).”

Wskazując na powyższe Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego. Wydaje się, że zamawiający, dokonując oceny oferty odwołującego, nie uwzględnił treści odpowiedzi na pytanie do s.w.z. z dnia 9 lutego 2022 roku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 marca 2022 roku wskazał na nieprawidłowości w ofercie odwołującego, które nie zostały podane w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 3 marca 2022 roku. Zamawiający wskazał na takie okoliczności, jak fakt, że w chwili przedkładania oferty odwołujący nie mógł posiadać wiedzy, z jaką odpłatnością zostanie w przyszłości wypisana recepta oraz okoliczność, że wobec niektórych leków zaoferowanych przez odwołującego wygasły ich pozwolenia na dopuszczenie do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Izba pominęła wskazaną wyżej argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie. Izba podkreśla, że jej zadaniem jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego, które zostały przez niego ujawnione w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania z dnia 3 marca 2022 roku. Zamawiający nie jest uprawniony do wskazywania w odpowiedzi na odwołanie innych podstaw odrzucenia oferty wykonawcy niż te, które wskazał w informacji o odrzuceniu oferty. Zgodnie bowiem z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Oznacza to, że okoliczności,

które zdecydowały o odrzuceniu oferty odwołującego, mogą być wskazane wyłącznie w tej informacji. Na podstawie tych informacji wykonawca podejmuje decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania na czynności zamawiającego, wobec których to czynności odwołujący podnosi zarzuty, które wskazuje w odwołaniu. Wskazanie innych podstaw odrzucenia oferty dopiero w trakcie postępowania odwoławczego uniemożliwia wykonawcy podniesienie zarzutów wobec okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia i – tym samym – uniemożliwia prawidłowe skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej w celu obrony własnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: