

**WYROK**

Warszawa, dnia 8 maja 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Solispharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zgierzu,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Solispharm spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego i Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
  - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

**Uzasadnienie**

31 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zgierzu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Dostawa leków oraz produktów farmaceutycznych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania zespołów zabezpieczenia medycznego oraz MUŚ i Ambulatoriów 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego”, nr postępowania: 52/ZP/24.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 27 marca 2024 r. nr 2024/BZP 00261190/01.

W postępowaniu tym wykonawca Solispharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 17 kwietnia 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia złożonej przez niego w postępowaniu oferty i w konsekwencji wobec unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści

oferty co doprowadziło zamawiającego do wyciągnięcia błędnych i bezpodstawnych wniosków co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z warunkami zamówienia;

2)art. 255 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie postępowania pomimo, że nie występowała ku temu przesłanka, ponieważ oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności z dnia 12 kwietnia 2024 r. polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania;

2)ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie zgodnej z SWZ oferty Odwołującej spowodowało, że nie została wybrana jej oferta mimo iż jest najkorzystniejszą i zgodną z SWZ oraz ustawą. W konsekwencji Odwołujący bezpodstawnie utracił możliwość realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający należycie zastosował przepisy ustawy Pzp i nie odrzucił oferty Odwołującego, postępowanie nie zostałoby unieważnione a za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego, przez co Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ wykonawca obowiązany był podać w formularzu cenowym:

- producenta zaoferowanego produktu;
- nazwę handlową zaoferowanego produktu,
- ceny jednostkowe netto, wartość netto, wartość brutto dla każdej pozycji.

Odwołujący wyjaśnił, że w SWZ wskazano, że brak podania w/w danych skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem VI SWZ na ofertę składają się formularz cenowy i formularz ofertowy.

Następnie Odwołujący wskazał na treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty, zgodnie z którym oferta została odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W treści uzasadnienia faktycznego Zamawiający podał, że w pkt 14 formularza cenowego Odwołujący zaferował produkt Olfen żel 50g, który zawiera substancję czynną Diclofenacum 10mg/g, zamiast wymaganych przez Zamawiającego 20mg/g. Zatem zaferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą oceną. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był wobec niego zastosować przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z oferta przedmiotowych środków dowodowych, które określają parametry oferowanego asortymentu. Odwołujący poniósł, że Zamawiający nie wskazał również w SWZ w jaki sposób dokona oceny zgodności oferowanego asortymentu z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, a ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie kierował również żadnej korespondencji do odwołującej na etapie badania ofert. Nie jest więc Odwołującemu znany sposób wysnucia w trakcie badania formularza asortymentowo-cenowego odwołującej wniosku, że oferowany przez nią w ramach pozycji 14 asortyment zawiera substancję czynną Diclofenacum w dawce 10mg/g co doprowadziło do uznania jej za niezgodną z wymaganiami.

Ponadto Odwołujący argumentował, że w zakresie pozycji 14 Diclofenacum 20 mg/g, żel 50 g wskazaliśmy wymagane informacje o oferowanym przez nas zgodnym z tym wymaganiem produkcie tj.: - producenta zaoferowanego produktu: TEVA B.V. - nazwę handlową zaoferowanego produktu: Olfen - cenę jednostkową netto: 18,06 - wartość netto: 1607,34 - wartość brutto: 1735,93. Zdaniem Odwołującego podał on w ofercie komplet wymaganych przez Zamawiającego informacji. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę treść pkt. 9 opisu przedmiotu zamówienia: „9. *Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych powyżej stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne*” dodatkowo w celu potwierdzenia zgodności asortymentu z opisem przedmiotu zamówienia oprócz nazwy oferowanego produktu podał dodatkowe informacje w zakresie: - formy oferowanego produktu: żel - gramatury oferowanego produktu: 50g tak, aby dodatkowo potwierdzić zgodność oferowanego produktu z wymaganiami w tym zakresie. Z powyższych informacji nie jest możliwe wysnucie wniosku, jakoby zaferowany produkt był niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia i zawierał Diclofenacum w dawce 10mg/g podczas, gdy przedmiotem oferty jest produkt w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawierający Diclofenacum w dawce 20 mg/g, żel 50 g.

Odwołujący wyjaśnił, że producent TEVA zgodnie z informacjami zawartymi na swojej stronie internetowej <https://www.teva.pl/our-products/product-catalog/> (katalog produktów w załączniku), w ramach produktów o wspólnej nazwie handlowej Olfen, oznaczającej grupę leków zawierających Diclofenacum, oferuje w Polsce następujące produkty:

- Olfen 100 SR (produkt w formie tabletek)
- Olfen 50 tabletki powlekane (produkt w formie tabletek)
- Olfen 75 (produkt w formie tabletek)

- Olfen 75 SR (produkt w formie tabletek)
- Olfen hydrożel (produkt w formie żelu)
- Olfen Max 20 mg/g żel (produkt w formie żelu)
- Olfen Patch (plaster leczniczy)
- Olfen UNO (produkt w formie tabletek).

Odwołujący wskazał, że spośród wyżej wskazanych produktów występujących pod nazwą handlową Olfen oferowanych przez producenta TEVA wyłącznie jeden produkt spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia co do dawki, formy i gramatury wymaganej opisem przedmiotu zamówienia poz. 14 i jest to produkt, którego pełna nazwa to Olfen Max 20 mg/g żel i to właśnie ten produkt Odwołujący zaoferował w złożonej przez nas ofercie, gdyż jest on w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie precyzował co dokładnie rozumie poprzez określenie „nazwa handlowa” oraz jaki stopień szczegółowości należy zachować przy jej podawaniu w formularzu asortymentowo-cenowym. Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający uznał przedstawione w ofercie informacje za niewystarczające lub powziął wątpliwość co do zgodności zaoferowanego w poz. 14 asortymentu z opisem przedmiotu zamówienia zobowiązany był, zdaniem Odwołującego, do zastosowania w pierwszej kolejności art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwania do wyjaśnienia treści oferty – lecz tego nie uczynił.

W ocenie Odwołującego, w przypadku prawidłowego zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający otrzymałby wyjaśnienia, które w pełni potwierdzają zgodność zaoferowanego asortymentu z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5). Odwołujący stoi na stanowisku, że jego oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia - zastosowanie wymienionej podstawy prawnej i odrzucenie oferty odwołującej stanowiło więc naruszenie tego artykułu przez Zamawiającego.

W złożonej pismem z 6 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że na podstawie posiadanej przez niego wiedzy ocenił, że Odwołujący zaoferował produkt zawierający Diclofenacum w dawce 10mg/g. Tymczasem substancję czynną Diclofenacum w dawce 20mg/g zawiera jedynie produkt Olfen Max. W ocenie Zamawiającego udzielenie wyjaśnień co do treści oferty prowadziło by do jej zmiany, co jest niedopuszczalne i to było powodem zaniechania zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest zdaniem Zamawiającego prawidłowa.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania. Oferta Odwołującego była jedyną złożoną w tym postępowaniu.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

W rozdziale III SWZ, Zamawiający wskazał opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt 8 *Wykonawca obowiązany jest podać w formularzu cenowym:*

- *producenta zaoferowanego produktu;*
- *nazwę handlową zaoferowanego produktu,*
- *ceny jednostkowe netto, wartość netto, wartość brutto dla każdej pozycji.*

*Brak podania ww danych skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.”*

W pkt 9 SWZ wskazano: „*Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych powyżej stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne. Niespełnienie ww wymagań minimalnych będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”*

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ, na ofertę składają się formularz ofertowy (Załącznik nr 3 do SWZ) i formularz cenowy (Załącznik nr 1 do SWZ).

Na podstawie wzoru formularza cenowego ustalono, że sporna poz. 14 miała następujący opis: „*Diclofenacum 20 mg/g,*

żel 50 g”.

W postępowaniu została złożona tylko jedna oferta – przez Odwołującego.

Z treści złożonego przez Odwołującego formularza cenowego wynika, że w spornej poz. 14, Odwołujący w miejscu przeznaczonym na podanie nazwy handlowej wskazał: „*Olfen żel 50 g*”, a w miejscu przeznaczonym na podanie nazwy producenta wskazał: „*TEVA B.V.*”.

Zamawiający pismem z 12 kwietnia 2024 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego i w konsekwencji – o unieważnieniu postępowania o zamówienie. Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne jest następujące: „*Zamawiający w pozycji nr 14 Formularza cenowego wymagał leku z substancją czynną Diclofenacum 20mg/g, żel 50 g, Wykonawca zaproponował produkt Olfen żel 50 g, który zawiera substancję czynną Diclofenacum 10mg/g.*

*Zaoferowany produkt przez Wykonawcę nie spełnia wymagań Zamawiającego.*”

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała że w okolicznościach tej sprawy Zamawiający nie naruszył tej normy prawnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy, a także po zapoznaniu się ze stanowiskami pisemnymi Stron, Izba ustaliła, że producent TEVA posiada w swojej ofercie dwa produkty w postaci żelu o nazwie Olfen hydrożel oraz Olfen Max 20mg/g żel. Zamawiający wyjaśnił, że oba produkty mają postać żelu, natomiast produkt Olfen hydrożel nieznacznie różni się konsystencją. Oba produkty występują również w pojemności 50 g. Ponadto oba produkty posiadają w składzie tą samą substancję czynną, a zasadnicza różnica między nimi polega na tym, że Olfen hydrożel ma w składzie 1 g żelu 10 mg diklofenaku sodowego, natomiast produkt Olfen Max 20mg/g żel w 1 g zawiera 23,2 mg diklofenaku dietyloamoniowego co odpowiada 20 mg diklofenaku sodowego. Nie jest sporne między stronami, że produktem, jaki w swojej ofercie posiada podmiot TEVA, spełniającym wymagania Zamawiającego, jest Olfen Max 20mg/g żel. Potwierdza to również dowód w postaci korespondencji email złożony przez Zamawiającego.

Z treści poz. 14 złożonego przez Odwołującego formularza cenowego wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że oznaczając oferowany produkt posłużył się on opisem „*Olfen żel 50 g*”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, w ocenie Izby Zamawiający słusznie nie zastosował art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp służy więc wyjaśnieniu kwestii wątpliwych, jakie pojawiły się w treści oferty. Skorzystanie z dyspozycji tego przepisu nie może prowadzić do uzupełnienia treści oferty, o informacje które nie zostały w niej uprzednio zawarte, lecz powinno służyć wyjaśnieniu treści zawartej w ofercie (budzącej wątpliwości z uwagi np. na sprzeczność z inną informacją znajdującą się w ofercie albo innego rodzaju wątpliwość). Wobec powyższego stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zaniechania zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała w okolicznościach tej sprawy za słuszne. W wyniku ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Zamawiający otrzymałby oświadczenie zmierzające do jednoznacznego sprecyzowania przedmiotu oferty. Opis, jakim posłużył się Odwołujący w poz. 14 formularza cenowego, nie pozwala bowiem w sposób jednoznaczny przesądzić, czy został zaoferowany produkt spełniający wymogi SWZ. Natomiast zdaniem Izby Zamawiający wykazał, że z uwagi na zbyt ogólny opis podany przez Odwołującego, do podanego przez Odwołującego opisu poz. 14 pasuje produkt Olfen hydrożel, który nie spełnia wymagań Zamawiającego. Można również uznać, że do podanego przez Odwołującego opisu pasują potencjalnie dwa różne produkty z oferty producenta TEVA, przy czym jeden z tych produktów jest zgodny z SWZ, a drugi nie. Wyjaśnienie tej kwestii musiałoby wobec tego prowadzić do podania dodatkowych informacji precyzujących oświadczenie wykonawcy co do oferowanego świadczenia, którego wcześniej w ofercie nie było.

W ocenie Izby słusznie również Zamawiający uznał, że istnieje ryzyko, że przy takim opisie poz. 14 przez Odwołującego, gdyby Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego, to na etapie realizacji zamówienia mógłby otrzymać produkt niespełniający jego wymagań. Podkreślenia wymaga, że formularz cenowy był skonstruowany w ten sposób, że opis w kolumnie pt. „*Opis przedmiotu zamówienia SUBSTANCJA CZYNNA*” pochodzi o Zamawiającego, a wykonawca miał sprecyzować przedmiot oferty wypełniając kolumny pt. „*Producent*” oraz „*Nazwa handlowa*”. Obowiązkiem wykonawcy jest sprecyzowanie przedmiotu oferty w sposób, który nie powinien budzić wątpliwości, co do tego co jest przedmiotem oferty. Tego również oczekiwał Zamawiający wprost w treści SWZ wskazując, że oczekuje podania nazwy handlowej oferowanego produktu. Stąd też w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W postępowaniu została złożona tylko jednak oferta, wobec tego, w sytuacji gdy oferta ta podlegała odrzuceniu,

słusznie Zamawiający ocenił, że zmaterializowała się przesłanka wskazana w art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....