

AG.261.9.2023

Informacja do wszystkich Wykonawców

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA I ODRZUCENIU OFERTY

Na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022, poz. 1710 ze zm.), Dom Pomocy Społecznej w Górze Kalwarii, zwany dalej Zamawiającym, informuje o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości nie przekraczającej kwoty określonej w Rozdziale I pkt. 3 poz. 11 Obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 01.01.2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P.2021.11 z dnia 2021.01.11) pn.: „Dostawy leków do Domu Pomocy Społecznej w Górze Kalwarii”.

W niniejszym postępowaniu wpłynęły **trzy oferty oraz jedna oferta dodatkowa:**

Numer oferty	Nazwy (firmy) oraz adresy Wykonawców	Cena brutto oferty	Ilość punktów
1	Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Farmaceutycznego Cefarm-Warszawa S.A. ul. Szopienicka 77 40-431 Katowice	71 978,00 zł	100
2	Cefarm Śląski Sp. z o.o. ul. Śląska 53/B102 81-304 Gdynia Apteka Dr Max ul. Zegadłowicza 1 01-214 Warszawa	99 314,50 zł	72,47
3	SOLISPHARM Sp. z o.o.	71 978,00 zł	100
1 oferta dodatkowa	ul. Stefana Starzyńskiego 10 03-456 Warszawa	71 977,90 zł	Oferta odrzucona

Dwóch Wykonawców złożyło oferty zawierające taką samą cenę a ich treść nie podlegała odrzuceniu. 11 lipca 2023r. Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Farmaceutycznego Cefarm-Warszawa S.A. oraz Solispharm Sp. z o.o. do złożenia ofert dodatkowych. 19 lipca Solispharm Sp. z o.o. złożył ofertę dodatkową, która podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 pkt. 1 ust. 7 oraz art. 226 pkt. 1 ust. 5.

Uzasadnienie faktyczne:

W treści złożonej w dniu 19 lipca 2023r. oferty dodatkowej, w pozycji nr 12 Załącznika nr 2 do SWZ, Wykonawca jako cenę jednostkową brutto zaoferował wartość 0,00 zł. W oparciu o Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 23 października 2006 r. UZP/ZO/0-2660/06, Komisja uwzględniła, iż zgodnie z treścią art. 3 ustawy o cenach, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, zaś art. 3 ust. 1 pkt 2 tej ustawy definiujący pojęcie "cena jednostkowa" posługuje się pojęciem "cena" zdefiniowanym w przepisie go poprzedzającym – zatem cena jednostkowa również winna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych i jedynym elementem, który

ją odróżnia od ceny całkowitej jest to, iż cenę taką ustala się za jednostkę danego towaru (usługi) a nie za całe świadczenie. Komisja wzięta pod uwagę również, iż z treści art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że przez pojęcie "zamówienia publicznego" należy rozumieć umowy odpłatne.

Z treści oferty złożonej przez Wykonawcę wynika, że zaoferowała ona jedną pozycję ceny leku za 0,00 zł. Dostawa leku stanowiłaby w tym zakresie darowiznę, a nie realizację zamówienia publicznego. Zdaniem Zespołu Arbitrów, każda wartość ceny jednostkowej winna być wyceniona rzetelnie z uwzględnieniem poniesionych kosztów. W przypadku zaoferowania cen jednostkowych 0,00 zł mamy do czynienia z rażąco niską ceną jednostkową, która miała wpływ na wartość całego zamówienia. Cena jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych i musi zawierać wartość dodatnią. Tak więc oferta jest niezgodna z przepisami w szczególności niezgodna z przepisami ustawy bowiem nie przewiduje zawarcia umowy odpłatnej dostawy leku.

Komisja po zbadaniu oferty uznała również, iż określenie ceny jednostkowej 0,00 zł, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami jednostkowymi (składowymi) w celu złożenia korzystniejszej oferty.

Manipulacja cenowa sprowadza się do przerzucania kosztów między poszczególnymi elementami cenotwórczymi, której celem jest uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców.

Komisja poddała ocenie fakt, iż dużą wątpliwość wzbudziła minimalna różnica wartości oferty dodatkowej Wykonawcy z ofertą pierwotną (przy czym podkreślić należy, iż oferta pierwotna zawierała cenę identyczną z ofertą złożoną przez jednego z uczestników postępowania co w teorii wskazywałoby na niemożliwość rozstrzygnięcia postępowania).

Kolejną wątpliwość jaką wzbudziła treść oferty dodatkowej w opinii Komisji było zawiadomienie jednego z Wykonawców, który brał udział w postępowaniu i po sprawdzeniu oferty dodatkowej złożonej przez Solispharm Sp. z o.o., Wykonawca wskazał:

„ZAWIADOMIENIE

W odpowiedzi na złożoną ofertę firmy Solispharm i zastosowanie ceny 0,00 zł w wycenie poz. 12 załącznika nr 2 FORMULARZA CENOWEGO - LEKI/PREPARATY/SUPLEMENTY BEZ

RECEPTY (Pigmentum Castellani x 125g) - oferta dodatkowa z dnia 20.07.2023 r., informujemy, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

• w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne.

W praktyce, w trakcie realizacji kontraktu (czyli sukcesywnych dostaw również pojedynczych leków) nie jest bowiem możliwa sprzedaż produktu pełnopłatnego w cenie innej niż najmniejsza wartość nominalna pieniądza, tj. w kwocie 0,01 zł a każdorazowe wydanie leku

z apteki musi być udokumentowane dowodem sprzedaży (paragon) lub dołączoną imienną fakturą VAT. Zamawiający w SWZ nie dopuścił także możliwości przekazania zamówionych leków np. w postaci umowy darowizny, gdzie zgodnie z nowelizacją ustawy Prawo Farmaceutyczne z dnia 26 kwietnia 2019 r. art. 86a. ust.1 jest to jedyna sytuacja umożliwiające wydania leku z apteki za darmo (za zero złotych).

W związku z powyższym, Firma Solispharm nie będzie mogła wywiązać się podstawowych zapisów projektowanej umowy stanowiącej załącznik do SWZ regulujących warunki sprzedaży, zapłaty oraz z zapisów dotyczących sposobu wystawiania dokumentów sprzedaży.

Na podstawie § 9 ust. 2 projektu umowy zał. nr 5 do SWZ w związku ze złożoną ofertą Wykonawca Solispharm zobowiązał się do wspomnianego wystawienia dowodu sprzedaży w postaci faktury VAT:

„ 2. Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty należności na podstawie prawidłowo wystawionych faktur VAT, po potwierdzeniu odbioru towaru, którego faktura dotyczy, na zasadzie jedna recepta/ zamówienie dla mieszkańca – jedna faktura VAT (oryginał i kopia), natomiast faktura taka musi zawierać następujące dane:

„6. Faktura VAT powinna zawierać szczegółowy wykaz towarów, ilość, ceny jednostkowe, wartość łączną oraz dane Zamawiającego:

Nabywca: imię, nazwisko, mieszkańca, adres: Dom Pomocy Społecznej Góra,

Kalwaria, ul. Szpitalna 1, numer sekcji, w której przebywa mieszkaniec,

Odbiorca: imię, nazwisko, mieszkańca, adres: Dom Pomocy Społecznej Góra

Kalwaria, ul. Szpitalna 1, numer sekcji, w której przebywa mieszkaniec,

Płatnik: Powiat Piaseczyński / Dom Pomocy Społecznej w Górze Kalwarii

05-500 Piaseczno ul. Chyliczkowska 14, NIP: 123-126-89-96.”

Zastosowany przez Wykonawcę „wybieg” miał na celu sztuczne zaniżenie oferty, która powinna zostać odrzucona.

Na zakończenie informujemy, iż zerowe wartości sprzedaży możliwe są jedynie w przypadku transakcji dla leków refundowanych. Ich wartość określana jest urzędowo, zgodnie z publikowanym co dwa miesiące Obwieszczeniem Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych i zależy od poziomu refundacji ustalonego przez lekarza wypisującego receptę.”

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyrażenie opinii do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego wystosowując pismo następującej treści:

„W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym dotyczącym dostaw leków dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej w Górze Kalwarii oraz wątpliwościami co do jednej ze złożonych ofert, gdzie lek Pigmentum Catelani 125 g wyceniono za 0,00 złotych, zwracamy się do Inspektoratu z pytaniem czy Wykonawca, który zaproponował lek w tej cenie (0,00 zł) będzie miał możliwość realizacji kontraktu bez naruszania przepisów Prawa Farmaceutycznego (szczególnie art.86a), tj. bezpośredniej sprzedaży fiskalnej tego produktu z poziomu apteki w cenie 0,00 zł z jednoczesnym wystawieniem faktury zawierającej szczegółowy wykaz towarów, ilość, ceny jednostkowe, wartość łączną oraz dane Zamawiającego:

Nabywca: imię, nazwisko, mieszkańca, adres: Dom Pomocy Społecznej Góra

Kalwaria, ul. Szpitalna 1, numer sekcji, w której przebywa mieszkaniec,

Odbiorca: imię, nazwisko, mieszkańca, adres: Dom Pomocy Społecznej Góra

Kalwaria, ul. Szpitalna 1, numer sekcji, w której przebywa mieszkaniec,

Płatnik: Powiat Piaseczyński / Dom Pomocy Społecznej w Górze Kalwarii

05-500 Piaseczno ul. Chyliczkowska 14, NIP: 123-126-89-96

Czy sytuację taką należy traktować jako bezpłatne przekazanie, które wymaga uprzedniej zgody WIF?”

W odpowiedzi otrzymując informację:

„Odpowiadając na Pismo z dnia 3 sierpnia 2023r. dotyczące procedur przetargowych dotyczących dostaw leków dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej uprzejmie informuje, że tutejszy Inspektorat nie opiniuje prawidłowości przeprowadzanych postępowań przetargowych. Przepisy ustawy o pomocy społecznej w art. 58 ust. 3: stanowią, że „Dom Pomocy Społecznej pokrywa opłaty ryczałtowe i częściową odpłatność do wysokości limitu ceny, przewidziane w przepisach o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, ale nabywcą leku o kategorii dostępności Rp. jest zawsze pacjent. Na mocy przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 kwietnia 2022 r. w sprawie podmiotów uprawnionych do zakupu produktów leczniczych w hurtowniach farmaceutycznych (t.j 2023. poz. 804) Domy Pomocy Społecznej będą mogły kupić leki, w hurtowni farmaceutycznej jednakże możliwość ta została ograniczona wyłącznie do niektórych produktów leczniczych wydawanych bez recepty (produktów leczniczych o kategorii dostępności „OTC”).

Wynika z powyższego, że DPS mogą realizować recepty pacjentów w aptekach ogólnodostępnych lub dokonywać zakupu wybranych leków w hurtowniach farmaceutycznych.

Jednocześnie informuję, że nadzór nad hurtowniami farmaceutycznymi sprawuje Główny Inspektor Farmaceutyczny.”

Należy zwrócić uwagę na treść art. 106 ust. 1 Ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym podatnicy, o których mowa w art. 15, są obowiązani wystawić fakturę stwierdzającą

w szczególności dokonanie sprzedaży, datę dokonania sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy. Z kolei ust. 7 powyższej regulacji wskazuje, że w przypadku czynności wymienionych w art. 7 ust. 2 i art. 8 ust. 2 tj. nieodpłatnego wydania towarów muszą być wystawiane faktury wewnętrzne.

Z powyższych przepisów wynika, iż ustawodawca, dla celów dokumentacyjnych dokonuje rozróżnienia pomiędzy odpłatną czynnością dostawy (sprzedaży) towarów, a czynnością nieodpłatnego przekazania towarów. W pierwszym przypadku właściwym jest wystawienie faktury sprzedaży wraz ze wszelkimi niezbędnymi elementami (m.in. ceną towaru).

W odniesieniu zaś do nieodpłatnego przekazania towarów ustawodawca nakazuje udokumentowanie takiej czynności fakturą wewnętrzną.

Jak wynika z powyższego, zasady obowiązujące w polskim systemie VAT nie zezwalają na wystawienie faktury sprzedażowej, na której jako jedna z pozycji widnieje sprzedaż towaru za 0,00 zł. Sprzedaż za 0,00 zł należy bowiem traktować jako nieodpłatne przekazanie towarów, które powinno być udokumentowane poprzez wystawienie faktury wewnętrznej, nie zaś faktury sprzedażowej.

W związku z powyższym Komisja uznała za zasadne, iż oferta Wykonawcy Solispharm Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona w prowadzonym postępowaniu w związku z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na manipulacji cenami jednostkowymi (składowymi) w celu uzyskania korzystniejszej niż konkurencja pozycji w postępowaniu. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Uzasadnienie prawne: art. 226 pkt. 1 ust. 7 oraz art. 226 pkt. 1 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r.

Komisja postanowiła unieważnić postępowanie.

Dwóch Wykonawców złożyło oferty zawierające taką samą cenę a ich treść nie podlegała odrzuceniu. 11 lipca 2023r. Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Farmaceutycznego Cefarm-Warszawa S.A. oraz Solispharm Sp. z o.o. do złożenia ofert dodatkowych. 19 lipca Solispharm Sp. z o.o. złożył ofertę dodatkową, która podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 pkt. 1 ust. 7 oraz art. 226 pkt. 1 ust. 5. Tym samym Zamawiający nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Komisja unieważniła postępowanie na podstawie art. 255 ust. 1 pkt. 6 ustawy zamówień publicznych (Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.).

Środki ochrony prawnej

Od niniejszej decyzji zamawiającego, wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej (Odwołanie, Skarga do Sądu).

Termin wniesienia odwołania: 5 dni od dnia przesłania niniejszego pisma przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (poczta elektroniczna), lub 10 dni od dnia przesłania niniejszego zawiadomienia, jeżeli zostało ono przesłane w inny sposób.

Informacje dotyczące środków ochrony prawnej znajdują się w Specyfikacji warunków zamówienia oraz w Dziale IX Prawa zamówień publicznych „Środki ochrony prawnej”, art. od 505 do 590.

Główny Specjalista

mgr Anna Pełka

Z-ca Dyrektora
ds. Opiekuńczo-Zarządczych

mgr Dorota Kochańska

DYREKTOR

mgr Dorota Pyszyńska