

WYROK
z dnia 5 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 lutego 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265**

B. w dniu 19 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15**

przy udziale **wykonawcy Advanced Accelerator Applications Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Niedźwiedzia 29 b** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 97/15 i KIO 121/15 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 97/15 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 121/15 po stronie zamawiającego

1

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie wykonawcy VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265 uznając za zasadną całość żądań odwołującego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty i odrzucenie oferty wykonawcy Advanced Accelerator Applications Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Niedźwiedzia 29 b na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na niezłożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę tj. oświadczenia o gotowości dostawy 1 dawki radiofarmaceutyku FDG dziennie,

1B. uwzględnia odwołanie wykonawcę Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a:

- a) uznając zasadność żądań odwołującego w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz żądania dokonania ponownej oceny i badania, złożonych ofert, a w ich wyniku odrzucenie oferty AAA Polska i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty i odrzucenie oferty wykonawcy Advanced Accelerator Applications Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Niedźwiedzia 29 b na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na niezłożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę tj. oświadczenia o gotowości dostawy 1 dawki radiofarmaceutyku FDG dziennie,**

b) oddalając żądania odwołującego w pozostałym zakresie.

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie:

trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265 oraz wykonawcę Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasadza od **Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15** na rzecz **wykonawcy VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265 oraz wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),

2

w tym:

A od **Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15** na rzecz **wykonawcy VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265** kwotę 18 600zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,

B. od **Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15** na rzecz **wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a** kwotę 18 600zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

3

**Sygn. akt KIO 97/15
KIO 121/15**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę radiofarmaceutyku ([¹⁸F]-2-fluoro-2-deoxy-D-glukoza) 18F-FDG dla Zakładu Diagnostyki PET Centrum Onkologii – Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2014r. za numerem 2014/S 218-385237. W dniu 8 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Advanced Accelerator Applications Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Niedźwiedzia 29 b.

Sygn. akt KIO 97/15

W dniu 16 stycznia 2015r. odwołanie drogą elektroniczną wniósł wykonawca VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265, dalej odwołujący Voxel. Odwołanie zostało podpisane podpisem elektronicznym przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 grudnia 2014r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu odwołującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 16 stycznia 2015r.

Odwołujący zaskarżył czynność oceny wyjaśnień wykonawcy Advanced Accelerator Applications Polska sp. z o.o. (dalej jako AAA Polska) oraz czynność wyboru tej oferty oraz zaniechanie przez zamawiającego jej odrzucenia.

Odwołujący Voxel zarzucił zamawiającemu naruszenie

1. art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 z późn. zm. – dalej ustawy) przez błędną ocenę złożonych przez wykonawcę AAA Polska wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a złożonych w trybie art. 90 ust.

1 ustawy,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i 90 ust. 3 ustawy przez błędną ocenę oferty wykonawcy AAA Polska i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AAA

Polska,

2. unieważnienie czynności oceny ofert,

4

3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AAA Polska jako zawierającej rażąco niską cenę oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Voxel S.A.,

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych i przedłożonych rachunków; Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w razie odrzucenia oferty AAA Polska oferta odwołującego Voxel, wg przyjętych kryteriów oceny ofert, będzie najkorzystniejszą z ofert nie podlegających odrzuceniu. Czynności (zaniechania) zamawiającego mogą prowadzić do tego, że odwołujący Voxel nie pozyska zamówienia do realizacji, a tym samym niewątpliwą konsekwencją tego jest możliwość wyrządzenia odwołującemu szkody w postaci nie uzyskania przychodu oraz zysku z realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał ustalenia wartości szacunkowej tego konkretnego zamówienia (udzielanego jako część większego zamówienia) na kwotę 777.000,00 zł.

O udzielenie zamówienia ubiega się czterech wykonawców:

1) wspólnie ubiegający się o zamówienie Biont a.s. i Monrol Poland Ltd (dalej jako Konsorcjum Monrol) oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę łączną 1.036.007,00zł netto (tj. 1480,01 zł netto za jedną dawkę), przy minimalnej ilości dawek w jednej dostawie określonej na poziomie 2 szt.,

2) AAA Polska oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę łączną 397.600,0 zł netto (tj. 568,00 zł netto za jedną dawkę), przy minimalnej ilości dawek w jednej dostawie określonej na poziomie 1 szt.,

3) Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę łączną 646.100,00 zł netto (tj. 923,00 zł netto za jedną dawkę), przy braku określenia minimalnej ilości dawek w jednej dostawie,

4) Voxel S.A. oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę łączną 416.500,00 zł netto (tj. 595,00 zł netto za jedną dawkę), przy minimalnej ilości dawek w jednej dostawie określonej na poziomie 5 szt.

Zamawiający, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy, wezwał odwołującego jak i AAA Polska do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę.

Pismem z dnia 29 grudnia 2014 r. AAA Polska złożyła odpowiedź na wezwanie zamawiającego.

Jako dowód odwołujący Voxel powołał wezwanie zamawiającego z dnia 23.12.2014 r. oraz odpowiedź wykonawcy AAA Polska

Dnia 8 stycznia 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu czynności oceny ofert i uznaniu oferty AAA Polska za najkorzystniejszą i jej wyborze.

5

Odwołujący podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia toczy się na podstawie znowelizowanych z dniem 19 października 2014 r. przepisów ustawy, albowiem ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 12 listopada 2014 r. Stwierdzenie to ma, zdaniem odwołującego Voxel, o tyle istotne znaczenie, że jednym z podstawowych celów nowelizacji było zapobieżenie składaniu ofert z nierealnymi i nierynkowymi cenami, które zakwalifikować można jako ceny rażąco niskie. W tym też celu znowelizowano art. 90 ust. 1 i 2 ustawy przerzucając obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska na wykonawcę składającego daną ofertę (zresztą już wcześniej taki pogląd był dość konsekwentnie prezentowany w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych). W związku z tym znowelizowane

przepisy powinny być interpretowane zgodnie z ratio legis nowelizacji.

Odwolujący podniósł, że zamawiający prawidłowo dokonał czynności wezwania AAA Polska do złożenia wyjaśnień, podniósł jednak, że zamawiający nie może korzystać z tej procedury niejako dla tylko formalizmu, tj. wówczas gdy ma uzasadnione przekonanie, że złożona oferta jest prawidłowo wyceniona, ale dla zwykłej formalności, ze względu na obowiązek z art. 90 ust. 1 ustawy, wzywa do tych wyjaśnień, w istocie ich wcale nie oczekując. Zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Stwierdzenie to wynika nie tylko z dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych (które pomimo nowelizacji zachowuje w tym zakresie aktualność), ale też ze znowelizowanej treści art. 90 ust. 2 ustawy, który to jednoznacznie przerzuca ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień. Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 2 ustawy. Odwołujący powołał wyrok z dnia KIO z dnia 12.10.2009 r. (KIO/UZP 1415/09), wyrok z dnia 17.03.2009 r. (KIO/UZP 262/09), wyrok z dnia 05.01.2007 r. sygn. V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.01.2007 r. (sygn. akt: V Ca 2214/06).

Podkreślił, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W tym zakresie mamy do czynienia ze zbiegiem norm prawnych. Tak orzecznictwo wyrok z dnia 3

6

kwietnia 2013 r. (KIO 664/13). Odwołujący Voxel przyznał, że wykonawca AAA Polska pismem z dnia 29 grudnia 2014 r. odpowiedział na wezwanie zamawiającego to jednakże, zdaniem odwołującego w żadnej mierze nie można stwierdzić, aby pismo to zawierało tego rodzaju wyjaśnienia, które obalałyby domniemanie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są niezwykle lakoniczne, ogólnikowe i w ogóle nie odnoszą się przedmiotu tego konkretnego postępowania. Brak jest w nich wskazania jakie występują koszty składowe produkcji i dystrybucji oferowanego radiofarmaceutyku. Wykonawca nie wskazał żadnej

kwoty, poprzestając raczej na skonkretyzowanej gołosłownych twierdzeniach, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Praktycznie rzecz ujmując cała argumentacja zawarta w tym piśmie sprowadza się podkreślania, że AAA Polska jest częścią międzynarodowej korporacji dzięki czemu wykonawca ten korzysta z efektu skali w dostępie do kosztów materiałów produkcyjnych (w tym wody wzbogaconej), serwisu specjalistycznych szkoleń personelu. Jednak w żaden sposób wykonawca ten nie wykazał jakie ma to konkretne przełożenie na wycenę oferty. Co istotne w ocenie odwołującego Voxel, wbrew twierdzeniom tego pisma, nie ma to szczególnie istotnego znaczenia, dla przewagi konkurencyjnej, albowiem są to argumenty, które w podobnym stopniu odnoszą się do innych wykonawców (szczególnie do wykonawcy Eckert & Ziegler i konsorcjum Monrol), a którzy to zaoferowali cenę istotnie wyższą. Bez znaczenia, zdaniem odwołującego Voxel pozostaje także odniesienie się przez AAA Polska do ceny oferty Voxel S.A., albowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek precyzyjnego wskazania jakie elementy oferty mają wpływ na jego cenę, a nie porównywania, swojej oferty do innych ofert.

Zresztą czasami pewna porównywalność ceny wcale nie przesądza o tym, że nie można tylko jednej z nich poczynić zarzutu rażąco niskiej ceny, albowiem w stosunku do niektórych z wykonawców występują okoliczności umożliwiające im realizację zamówienia po niższych kosztach niż pozostali. Może to np. wynikać choćby z innego sposobu realizacji zamówienia. Każdy z wykonawców powinien samodzielnie wykazać realność jego ceny, a nie odnosić się do innej ceny.

Reasumując odwołujący wskazał, że zamawiający błędnie ocenił, iż wyjaśnienia wykonawcy AAA Polska obalają domniemanie rażąco niskiej ceny, a wykonawca ten wykazał, że jego

cena nie jest ceną rażąco niską. Pismo AAA Polska nie zawiera żadnych takich danych, które odnosiłyby się do tego konkretnego postępowania i do zaoferowanej ceny I nie wskazuje na żadne elementy tych wyjaśnień opisane w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy. Ogólnikowość i lakoniczność wyjaśnień nie pozwala zatem na obalenie powyższego domniemania. Konsekwencją tej błędnej oceny wyjaśnień tego wykonawcy było także bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty AAA Polska.

7

W dniu 19 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 stycznia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Advanced Accelerator Applications Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Niedźwiedzia 29 b wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która przez zamawiającego została wybrana, zaś uwzględnienie odwołania powodowałoby utratę możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS. Zamawiający i odwołujący potwierdzili fakt otrzymania kopii zgłoszenia.

W dniu 21 stycznia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego drogą elektroniczną zgłosił się wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a. Odwołanie zostało opatrzone podpisem elektronicznym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2015r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w Rejestrze handlowym B przy Sądzie Rejonowym w Koblencji nr HRB 7413. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 21 stycznia 2015r. Zgłaszający podniósł, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż mimo tego, że jego własna oferta została odrzucona to własnym odwołaniem kwestionuje tę czynność, jak również zaniechanie zamawiającego związane z odrzuceniem oferty odwołującego Voxel i wykonawcy AAA Polska. Argumentacja co do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AAA Polska podniesiona przez zgłaszającego we własnym odwołaniu jest zbieżna z argumentacją odwołującego Voxel i dlatego zgłaszający ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego.

W dniu 30 stycznia 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Zamawiający wskazał, że zgodnie ze stanem posiadanej wiedzy stanął na stanowisku, że cena zaoferowana przez AAA Polska nie wypełnia znamion rażąco niskiej ceny zwłaszcza w świetle dynamicznie zmieniających się uwarunkowań rynkowych wyspecjalizowanego i trudnego rynku radiofarmaceutyków. Zamawiający uznał za wyczerpujące wskazanie co składa się na wartość oferty AAA Polska tj. posiadanie wspólnego systemu zakupowego, pozwalającego na uzyskanie znacząco niższych cen materiałów produkcyjnych od producentów zagranicznych (oszczędność metody wykonania, rozwiązanie techniczne), a także wewnętrzni połączeni grupą kapitałową – dostawcy wody wzbogaconej, zatrudnieni i wykonawcy specjaliści odpowiedzialni za serwis i naprawę sprzętu oraz pozostali personel

8

uczestniczący w procesie produkcji przedmiotu zamówienia (sprzyjające warunki dostępne wykonawcy). Oryginalność projektu i inne obiektywne czynniki odpowiadają rzeczywistości i ogółowi formy produkcji i dostarczenia przedmiotu zamówienia dla 16 ośrodków produkcyjnych zlokalizowanych w Europie oraz komercjalizacji przedmiotowych radiofarmaceutyków. Ustawodawca nie określił formy ani ilości argumentów użytych w składanych wyjaśnieniach, stąd brak podstaw do przyjęcia, że złożone wyjaśnienia są lapidarne i ogólnikowe. Ceny dostaw radiofarmaceutyków w kolejnych postępowaniach przetargowych maleją, a zwiększa się liczba wykonywanych badań PET, co powoduje, że koszty produkcji rozkładają się na większą liczbę dawek i obniżają się dla odbiorcy końcowego. Zamawiający uznał zatem, że zaoferowana przez AAA Polska cena jest realna i będzie przynosić przystępującemu zysk i nie widzi ryzyka niewykonania lub nienależytego

wykonania umowy lub obniżenia jakości produktu. Wedle wiedzy zamawiającego cena zaofertowana przez AAA Polska pokrywa rzeczywiste koszty produkcji radioizotopu FDG.

W dniu 2 lutego 2015r. pismo przygotowawcze złożył przystępujący AAA Polska wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał na definicję pojęcia rażąco niska cena wypracowaną w judykaturze wyroki KIO sygn. akt 481/12, KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11. Zaofertowana przez przystępującego cena nie jest nierealna, niewiarygodna, ani zaproponowana w celu eliminacji konkurencji, a możliwość jej zaofertowania wynika z przewagi konkurencyjnej jaką jest przynależność do grupy kapitałowej AAA. Takie korzyści nie dotyczą pozostałych wykonawców. Przystępujący AAA Polska wskazał, że w jego ocenie na odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że cena przystępującego jest ceną rażąco niską, czego odwołujący nie uczynił. Nadto cena przystępującego jest tylko o 4% niższa od ceny odwołującego Voxel. Co do przewagi konkurencyjnej związanej z przynależnością do grupy kapitałowej przystępujący AAA podniósł, że grupa kapitałowa Eckert & Ziegler posiada jedynie 3 cyklotrony i jest nastawiona na odbiorców na rynku niemieckim i polskim, sam odwołujący posiada tylko jeden cyklotron i nie należy do grupy kapitałowej oraz nie korzysta ze wspólnych zakupów materiałów do produkcji FDG. Grupa AAA posiada ośrodki w Europie, Ameryce Północnej i Izraelu, jest największa w Europie w zakresie liczby skupianych podmiotów, ilości produkowanych i sprzedawanych preparatów, a całkowita produkcja grupy wzrasta i w 2014r. wyniosła 213 631 dawek. Produkcja odwołującego Voxel to zaledwie 3% tej wartości. Wspólny system zakupowy polega na składaniu zamówień globalnie w imieniu grupy i rozdysponowania ich zgodnie z zapotrzebowaniem poszczególnych podmiotów. Zakupy jednorazowe na potrzeby kilkunastu cyklotronów pozwalają uzyskać znaczne upusty. Członkiem grupy jest dostawca wody wzbogaconej, takiej cechy nie ma żaden z pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Dostawców takiej wody jest niewielu, stąd mogą dyktować ceny, a grupa AAA

9

jest dzięki temu uniezależniona od wahań cenowych. AAA Polska korzysta z sieci inżynierów cyklotronu zatrudnionych przez poszczególne spółki z grupy i nie musi zlecać serwisu i ewentualnych napraw cyklotronu i sprzętu produkcyjnego podmiotom zewnętrznym. Odwołujący Voxel musi te koszty w cenie uwzględnić. Ponadto AAA Polska może wymieniać sprzęt pomiędzy ośrodkami, a także wypożyczać sprzęt z innych ośrodków działających w ramach grupy może korzystać ze szkoleń we własnych ośrodkach referencyjnych grupy, a także nie ponosi kosztów z tytułu licencji na preparat FDG, to jest oszczędza ok. 10% od wartości każdej wyprodukowanej dawki FDG. Na poparcie swego stanowiska przystępujący przedstawił wizualizację graficzną geograficznej lokalizacji podmiotów z grupy, w której podał, że w grupie jest 13 zakładów produkcji PET, 2 zakłady produkcji SPECT, 1 zakład produkcji wody wzbogaconej, 8 placówek badawczo-rozwojowych i 6 biur. Wykres produkcji dawek FDG w ramach całej grupy AAA w skali roku w osi miesięcznej w latach 2012-2014. Przystępujący wskazał, że jego cena zaofertowana w spornym przetargu tj. 145 euro brutto nie odbiega od cen oferowanych na rynku unijnym takich państw jak Portugalia, Hiszpania i Włochy, na dowód czego złożył oświadczenia członków grupy AAA działających w tych państwach wraz z tłumaczeniem przysięgłym obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa. Podniósł, że nie poniósł kosztów związanych z budową ośrodka produkcji radiofarmaceutyków wraz z cyklotronem, ale korzysta z ośrodka prowadzonego przez spółkę celową UWRC sp. z o.o. na podstawie odpłatnej umowy. Podniósł, że działalność operacyjna AAA Polska nie bazuje wyłącznie na dochodzie uzyskiwanym ze sprzedaży FDG, ale zajmuje się także dystrybucją preparatów do badania SPECT, co ma wpływ na marżę. Przystępujący AAA Polska podniósł również, że wykonuje obecnie dostawy na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie i charakteryzują się dobrą jakością, na dowód czego przedłożył swoją ofertę, umowę ze Szpitalem oraz referencje wystawione przez Szpital. Podniósł, że sytuacja na rynku radiofarmaceutyków w Polsce się zmieniła, następuje odejście od monopolu na rynku, pojawiła się produkcja FDG w Polsce, co generuje niższe koszty transportu, zwiększyła się ilość zamawianych dawek i zmniejszyły się 4 krotnie koszty samego badania. Przystępujący podniósł, że praktyka podawania zawyżonych ofert wstępnych w rozeznaniu rynku, powoduje zaburzenie konkurencji i prowadzi do bezzasadnego występowania przez zamawiających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o wyjaśnienia. Podniósł także, że konkurenci AAA Polska blokują mu dostęp do rynku przez wnoszenie we wszystkich prowadzonych postępowaniach odwołań w większości opartych o

zarzut rażąco niskiej ceny, nadużywając prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, a uniemożliwiając rozstrzygnięcie tych postępowań, czym narażają także zdrowie i życie pacjentów. Przystępujący przedstawił także ofertę firmy Gipharma w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski na dowód możliwości wykonywania badań sterylności taniej w ramach grupy niż inni wykonawcy.

10

Sygn. akt KIO 121/15

W dniu 19 stycznia 2015r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z siedzibą w Niemczech w Holhausen, Nicolaus-August- Otto – Str. 7a. Odwołanie zostało opatrzone podpisem elektronicznym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2015r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w Rejestrze handlowym B przy Sądzie Rejonowym w Koblenz nr HRB 7413. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 19 stycznia 2015r.

Odwołujący Ziegler wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, na czynność oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców Voxel i AAA Polska, a także na ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, a także na zaniechanie odrzucenia wykonawców AAA Polska i Voxel.

Odwołujący Ziegler zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 65 Kc, przez odrzucenie oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z treścią siwz w zakresie, w jakim odwołujący nie podał minimalnej liczby dawek FDG przewidzianych do dostawy na dzień w sytuacji, gdy z treści oferty (oświadczenia woli) złożonej przez odwołującego wynika, że odwołujący zaoferował ilość minimalną dawek zgodną z SIWZ (tj. 10 dawek),
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw., z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty AAA Polska, w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a udzielone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnienia są lakoniczne, nie przedstawiają obiektywnych czynników oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, wskazującymi na rynkowy charakter zaoferowanej ceny, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu;
- art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz., U. 2003r, nr 153, poz. 1503, ze zm.), dalej jako: „uznk”, oraz art. 7 ust 1 ustawy, przez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, całości wyjaśnień złożonych przez VOXEL w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości, ewentualnie bezpodstawne uznanie, że zawarte w wyjaśnieniach informacje noszą znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust, 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia, oferty VOXEL w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy ma

11

charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a udzielone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnienia są lakoniczne, nie przedstawiają obiektywnych czynników oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, wskazującymi na rynkowy charakter zaoferowanej ceny, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu,

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1. uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AAA Polska i VOXEL mimo, iż złożenie przez tych wykonawców oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje (tj. poniżej kosztów wytworzenia.) oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku,
- art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty AAA Polska oraz zaniechanie odrzucenia oferty VOXEL w sytuacji, gdy złożone przez nich oferty podlegają odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania ponownej oceny i badania, złożonych ofert, a w ich wyniku odrzucenie oferty AAA Polska oraz oferty VOXEL oraz wyboru, jako najkorzystniejszej ze złożonych w postępowaniu ofert, oferty odwołującego.

Odwołujący Ziegler wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez ustawy oraz zamawiającego - spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Kwestionując odrzucenie oferty odwołującego Ziegler, odwołujący wskazał, że podstawą faktyczną odrzucenia jego oferty było to, że odwołujący posłużył się formularzem ofertowym sporządzonym na potrzeby innego postępowania, w którym brak było pozycji pozwalającej na wpisanie deklarowanej ilości dawek. W ocenie zamawiającego odwołujący tym samym nie zadeklarował minimalnej ilości dawek na dzień, a więc w tym zakresie brak było możliwości oceny oferty złożonej przez odwołującego. Odwołujący z tym ustaleniem się nie zgodził i stwierdził, że w treści złożonej oferty (ust. 1 formularza oferta przetargowa) złożył oświadczenie o zaakceptowaniu w całości wszystkich warunków zawartych w siwz. Fakt ten został jednak przez zamawiającego pominięty, mimo iż zapisy siwz w połączeniu z zapisami omyłkowo złożonego przez odwołującego formularza jednoznacznie wskazują, iż oferta przewidywała 10 dawek jako minimalna ilość dawek w dniu dostawy. Tym samym oferta ta

12

mogła zostać oceniona w zakresie wszystkich wskazanych przez zamawiającego kryteriów, a co za tym idzie nie zachodziły podstawy do jej odrzucenia,

Z brzmienia pkt V ust. 2 lit. d siwz, pkt 11 lit. d formularza oferta przetargowa wskazywał na zobowiązanie zamawiającego do jednorazowego zamawiania nie mniej niż 10 dawek, zaś pkt 11 lit. e formularza umożliwiał wykonawcom jedynie wskazanie mniejszej niż 10 minimalnej ilości dawek na dzień dostawy. Z powołanych postanowień zdaniem odwołującego Ziegler nie wynika obowiązek deklarowania minimalnej ilości dawek jaką zamawiać ma zamawiający. Zamawiający zobowiązał się do zamawianie nie mniej niż 10 dawek, a wykonawca mógł jedynie wprowadzić w tym zakresie modyfikację na korzyść zamawiającego i wskazać jeszcze mniejszą liczbę dawek, które byłby gotów jednorazowo dostarczyć, co miałoby następnie znaczenie przy ocenie ofert. Złożenie oświadczenia w tym zakresie nie było jednak, zdaniem odwołującego Ziegler, obowiązkowe. Zdaniem odwołującego z postanowień pkt, V ust. 2 lit, d siwz wynika, że gdy wykonawca nic uzupełnił zapisu pkt 11 lit. e formularza Oferta Przetargowa poprzez wskazanie mniejszej niż 10 ilości dawek do jednorazowego zamówienia, wówczas zastosowanie znajdował zapis pkt 11 lit. d, określający minimalną liczbę 10 dawek na dzień dostawy. Oświadczenie złożone przez odwołującego Ziegler przy wykorzystaniu nieodpowiedniego formularza zawierało bowiem wszelkie elementy, których uwzględnienia wymagał zamawiający, natomiast skoro nie było w nim deklaracji dotyczącej mniejszej ilości dawek, to należy przyjąć, że w tym zakresie zastosowanie znajdzie zapis siwz.

Omyłka popełniona przez odwołującego nie miała żadnego wpływu na ważność i kompletność złożonego przez niego oświadczenia. Ponadto z mocy art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia. 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Również więc oświadczenia wykonawcy, jako oświadczenia woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego winny być oceniane z uwzględnieniem zasad wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. Zgodnie z brzmieniem art. 65 §1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W judykaturze i doktrynie prawa cywilnego kwestie związane z wykładnią oświadczeń woli były przedmiotem szczegółowych rozważań. Na gruncie niniejszej spraw)' wypada jednak podkreślić przede wszystkim wagę treści dokumentu dla celów jego wykładni. Co do sposobu wykładni oświadczeń woli odwołujący przywołał uchwałę składu 7 sędziów SN z 29 czerwca 1995 r.3 III CZP 66/95.Wskazał, że pojęcie oferty, jej elementów formalnych oraz braków formalnych było również niejednokrotnie przedmiotem rozważań w

(sygn. akt KIO/UZP 1429/08). Odwołujący Ziegler rozważając ewentualne konsekwencje posłużenia się przez niego nieaktualnym formularzem oferta przetargowa wskazał, że pomimo braku wyraźnego rozróżnienia zawartego w ustawie, formalne elementy oferty dzieli się na istotne (których brak skutkuje nieważnością, oferty i koniecznością jej odrzucenia lub jedynie samą sankcją odrzucenia) oraz nieistotne (nie obarczone sankcją nieważności i brakiem konieczności odrzucenia takiej oferty). W ten sam sposób klasyfikuje się braki formalne oferty, które analogicznie dzielą się na istotne i nieistotne z punktu widzenia, ważności samej oferty i sankcji polegającej na konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. W ocenie odwołującego Ziegler o zgodności treści oferty z treścią siwz nie przesądza jednak dosłowna zgodność treści ww. dokumentów, zatem to wykładnia oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę w treści oferty będzie miała decydujące znaczenie w kwestii zasadności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tak KIO w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października. 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1062/08), wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 721/09), wyroku z dnia. 14 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 570/09; KIO/UZP 571/09). Odwołujący podniósł, że z treści powołanego orzecznictwa wynika, że treścią oferty jest w szczególności zakres i sposób realizacji zobowiązania wykonawcy (świadczenia). Te właśnie kwestie zamawiający winien był w niniejszej sprawie wziąć pod uwagę, oceniając ofertę odwołującego. Natomiast kwestie formalne, takie jak posłużenie się właściwym formularzem ofertowym, pozostają w tym przypadku na drugim planie. W sytuacji, gdy niezgodność oferty z SIWZ obejmuje jedynie uchybienia o charakterze formalnym, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nic znajduje zastosowania. Stanowisko takie zostało sformułowane m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO 695/11). Odwołujący Ziegler podkreślił, że mimo uchybienia formalnego w zakresie jego oferty, polegającego na omyłkowym skorzystaniu z innego formularza, odpowiadała oferta wymaganiom siwz., stąd wskazane przez zamawiającego uchybienie nie powinno stanowić przyczyny jej odrzucenia, a dokonana przez zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego nastąpiła z naruszeniem art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odnosząc się do zaniechania odrzucenia oferty AAA Polska oraz VOXEL z uwagi na okoliczność, iż wykonawcy ci zaoferowali rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący Ziegler wskazał na prawidłowość skorzystania przez zamawiającego z wezwania do wyjaśnień w trybie art. 0 ust. 1 wobec tych wykonawców, zarzuty zaś dotyczą prawidłowości oceny złożonych wyjaśnień. W zakresie zarzutów związanych z oceną oferty AAA Polska odwołujący Ziegler powołał się na argumenty takie jak przywołane w odwołaniu wniesionym w sprawie sygn. akt KIO 97/15.

Dodatkowo rozszerzając argumentację o poglądy orzecznictwa zawarte w wyroku KIO z dnia 25 sierpnia 2014r., sygn. akt: KTO 1561/14, 1577/14, wyroku KIO z dnia 13 października

20'J4r., sygn. akt: 2031/14. Podkreślił też, że AAA Polska nie przedstawiła jakichkolwiek dowodów na poparcie realności zaoferowanej przez niego ceny np. w postaci faktur, czy umów z personelem, wskazał, że odwoływanie się do potencjału grupy kapitałowej nie jest wystarczające, gdyż nie jest okolicznością wyłączną dla AAA Polska w tym postępowaniu. Wyjaśnienia AAA Polska nie zawierają żadnych dodatkowych argumentów, czy wyjaśnień odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny przez Wykonawcę. AAA Polska nie wykazała więc, w jaki sposób osiąga efekt skali (np. jakiego rzędu oszczędności uzyskuje prowadząc wspólny system zakupów), ani jak ów efekt przekłada się na cenę ofertową podaną w tym postępowaniu. Wyjaśnienia te odnoszą się przy tym tylko do kosztu wytworzenia FDG, natomiast całkowicie pomijają koszt jego transportu z miejsca wytworzenia (Warszawa) oraz fakt, iż konieczność transportu FDG na dłuższe odległości w sposób istotny przekłada się na cenę wytworzenia FDG, w zakresie w jakim - z uwagi na czas rozpadu promieniotwórczego tego produktu wymusza konieczność produkcji produktu o większej „początkowej” radioaktywności. Podniósł, że koszty transportu w przypadku AAA Polska są tym większe, iż wykonawca zaoferował się dostarczać FDG W 1 dawce w jednej dostawie, co oznacza, że koszt dostawy - w przeliczeniu na dawki - będzie większy niż przykładowo w przypadku

odwołującego. Nadto, z oferty AAA Polska nie wynika, iż Spółka posiada zezwolenia na transport produktów radioaktywnych, co z kolei wskazuje, że Spółka, będzie w tym zakresie musiała korzystać z podmiotów trzecich. Koszt transportu FDG w takich okolicznościach może sięgnąć nawet 1.000 zł za jeden transport, a więc de facto za jedną dawkę. Z kolei sam koszt wytworzenia 1 dawki FDG, wynosi -wedle dostępnych odwołującemu Ziegler danych - od 178 do 203 euro (w zależności od skali produkcji), przy czym na koszt ten składają się koszty materiałów do produkcji FDG (m, in. wspomnianej przez AAA. wody wzbogaconej, kaset, fiolek), koszty zakupu i funkcjonowania cyklotronu, w tym koszty zatrudnienia pracowników, koszty dostaw mediów, koszty niezbędne do utrzymania sprawności cyklotronu (napraw, serwisu), koszty ogólne spółki (w tym ubezpieczenia, audyty, koszty pozyskania zezwoleń), koszty finansowe działalności itp.

Koszt, o którym mowa, jest przy tym wyższy w przeliczeniu na dawkę im mniej szał jest skala produkcji. W przypadku AAA Polska, czynnik działa na niekorzyść wykonawcy - ilość FDG produkowanego przez tego wykonawcę jest, według odwołującego Ziegler, stosunkowo niewielka. AAA Polska w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się w zasadzie do żadnego elementów kosztotwórczych, poprzestając - w pewnym uproszczeniu - na stwierdzeniu, iż koszty produkcji FDG są w jego przypadku niskie, bo należy do grupy kapitałowej, Co do porównania z ceną oferty Voxel, to odwołujący Ziegler wskazał, że zarzut odnoszący się do rażąco niskiej ceny stawiany jest zarówno AAA Polska, jak i Spółce VOXEL, a co za tym idzie okoliczność, iż w postępowaniu złożone zostały dwie oferty z nierynkowymi cenami, jedna z tych cen nie stanie się ceną „realną”, „rynkową”.

15

Odwołujący Ziegler podniósł dodatkowo, że na gruncie art. 90 ust 1 ustawy nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień ceny danego wykonawcy. Kolejne wezwanie może więc służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień, czy też wyjaśnieniu niejasności, jakie powstały na tle złożonych przez wykonawcę w „pierwotnych” wyjaśnieniach dokumentów, stanowisk. W niniejszej sprawie AAA Polska nie skorzystała z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień, a w konsekwencji brak jest uzasadnienia dla kierowania, do niej kolejnego, uzupełniającego wezwania.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego Voxel zamawiający winien był odrzucić ofertę AAA Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

W zakresie zarzutów dotyczących czynności i zaniechań zamawiającego związanych z oceną oferty Voxel odwołujący Ziegler podniósł, że VOXEL niezasadnie objął całość wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, na wezwanie zamawiającego z dnia 23 grudnia 2014r., zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a zamawiający bezpodstawnie uznał rzeczzone zastrzeżenie za skuteczne, odmawiając następnie ich odtajnienia na wniosek zamawiającego. Informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach nie spełniają bowiem przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uzkn, a zatem nie mogą stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust, 3 ustawy.

Zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wystąpiły (zob. uchwała SN z dnia 21 października 2005r., III CZP 74/05), w tym nie tylko w odniesieniu do danego dokumentu jako całości, ale informacji w nim zawartych, które mogą jedynie w części stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012r., KIO 1659/12, wyrok KIO z dnia 4 marca 2011r., KIO 322/11). Zamawiający w ocenie odwołującego Ziegler nie podjął jakichkolwiek starań, aby zweryfikować skuteczność zastrzeżenia przez VOXEL informacji zawartych w wyjaśnieniach, przesądzając z góry, że zawarte w nich informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 11 lipca 2013r., KIO 1529/13 i konieczność uprawdopodobnienia, jaką wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje, a także na zasadę jawności postępowania i wyjątkowy charakter art. 8 ust. 3 ustawy - wyrok KIO z dnia sierpnia 2014r., sygn. akt KIO 1535/14, wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2710/12. Zdaniem odwołującego Ziegler informacje zawarte w wyjaśnienia wykonawcy Voxel nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 uzkn.

Odwołujący Ziegler w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Voxel stwierdził, że bierze pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez innych wykonawców. Podniósł, że Voxel nie wskazał, jakie okoliczności pozwoliły wykonawcy zaoferować drastycznie niską cenę ofertową, a co za tym idzie, że są to wyjaśnienia nierzetelne, lakoniczne i niewystarczające.

Mając na uwadze, że VOXEL jest właścicielem zakładu i urządzenia do produkcji 18 - FDG (cyklotronu), jak również w świetle przedstawionych do oferty dokumentów będzie samodzielnie produkt ten transportował do zamawiającego, po stronie VOXEL istniał obowiązek przedstawienia wszystkich kosztów, jakie będzie ponosił z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia oraz wykazania, że koszty te jest w stanie pokryć z ceny ofertowej. Innymi słowy, nie wystarczające jest, zdaniem odwołującego Ziegler, przedstawienie przez wykonawcę ogólnej informacji przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych zamawiających, o cenach oferowanych w innych postępowaniach, czy też wskazania, że wykonawca poniósł niższe koszty budowy zakładu z racji uzyskania dofinansowania ze środków wspólnotowych. Każdy z tych elementów -jeśli znalazły się w wyjaśnieniach wykonawcy - powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy.

Z pisma zamawiającego z dnia 16 stycznia 2015r. wynika, że VOXEL - w odróżnieniu od AAA Polska - odniósł się do kosztów produkcji oferowanego produktu, kosztów jego transportu, kosztów ogólnego zarządu i wysokości marży, niemniej odwołujący Ziegler stawia w tym miejscu pytanie, czy VOXEL poprzestał na swoim rozbiciu ceny ofertowej na wskazane pozycje kosztowe, czy też każdy z podanych w kalkulacji kosztów odpowiednio udowodnił (np. przedstawiając oferty dostawców materiałów, umowy z dostawcami, mediów itp.).

Jeżeli w wyjaśnieniach VOXEL brak szczegółowych informacji na temat ponoszonych przez niego kosztów, w tym dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości, wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a wykonawca ten nie podał spoczywającemu na nim po myśli. art. 90 ust. 2 ustawy ciężarowi dowodu. Każdą cenę ofertową, można bowiem rozbić na części składowe, dopóki jednak nie ma dowodu na poprawność tego „rozbicia”, wyjaśnienia nie niosą ze sobą, zdaniem odwołującego Ziegler, żadnej wartości merytorycznej. Według odwołującego Ziegler przyjmując, że najniższy koszt wytworzenia 1 dawki FDG wynosić musi nie mniej niż 178 euro ($178 \text{ euro} \times 4,30 = 765,40 \text{ zł}$), to Voxel zaoferował dostawę jednej dawki za 642,60 zł cenę, która ma objąć koszt produkcji FDG, koszt transportu i marżę wykonawcy. W ocenie odwołującego to wskazuje, iż wykonawca nie doszacował kosztów produkcji i transportu FDG

Odwołujący wskazał nadto, że VOXEL nie może zostać wezwany do złożenia uzupełniających wyjaśnień, jeśli - mając świadomość, że spoczywa na nim ciężar wykazania rynkowego charakteru zaoferowanej ceny - odstąpił od złożenia dowodów wskazujących na rynkowy charakter kosztów wytworzenia i produkcji FDG przyjętych do wyliczenia swojej ceny ofertowej. Ani VOXEL (ani odpowiednio AAA Polaka), w ocenie odwołującego Ziegler nie znajdują się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która, uzasadniałaby zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej,

W zasadzie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu - z wyjątkiem Konsorcjum Monrol - dysponują cyklotronem do produkcji 18 -FDG, który zlokalizowany jest w Polsce (w przypadku odwołującego jest to cyklotron należący do spółki z grupy). Przewaga konkurencyjna, jaką jeszcze kilka lat temu miałby wykonawca dysponujący cyklotronem zlokalizowanym w Polsce - wobec istniejącej wtedy konieczności przywożenia radiofarmaceutyku transportem lotniczym z innych Państw UE - obecnie nie istnieje.

Po drugie, każdy z podmiotów składających ofertę w tym postępowaniu należy do grupy kapitałowej, której spółki trudnią się produkcją i dostawą FDG w różnych krajach Europy. Każda ze spółek korzysta więc z efektu skali, dokonując wspólnych zakupów, korzystając ze wspólnych ubezpieczeń, środków kredytowych itd.

Po trzecie każdy producent FDG ponosi w związku z produkcją, radiofarmaceutyku określone koszty stałe i zmienne. VOXEL, składając ofertę w niniejszym postępowaniu powinien więc uwzględnić w swojej ofercie:

- koszty zakupu materiałów niezbędnych do produkcji 18 - FDG, w tym koszt zakupu fiolek, kaset do syntezy oraz wody 018, której ceny w ostatnich miesiącach znacznie rosły.

Do wskazanych kosztów materiałów dochodzą:

- koszty materiałów eksploatacyjnych cyklotronu. Łącznie koszty materiałów, o których mowa

sięgają od 12 do 20% ceny ofertowej.

- koszty zatrudnienia pracowników,
- koszty dostawy prądu, wody, gazu do zakładu produkcyjnego,
- koszty ogólne zakładu, na które składają się koszty ubezpieczeń, usług związanych z ochroną obiektu, jego sprzętaniem, usuwaniem odpadów, zapewnieniem usług księgowych, prawnych,
- koszty związane z pozyskaniem stosownych zezwoleń, itp.; koszty amortyzacji zakładu.

W ocenie odwołującego Ziegler - VOXEL, nawet jeśli wskazał w swoich wyjaśnieniach, jaka jest wysokość tychże kosztów produkcji, podał wartości zaniżone. Znając bowiem specyfikę rynku i wysokość rynkową, kosztów produkcji 18 - FDG nie sposób przyjąć, że cena ofertowa wszystkie te koszty, zwłaszcza zaś koszty materiałów niezbędnych do produkcji leku, pokryje.

Podnosząc zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert Voxel i AAA Polska jako złożonych w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, to oferta wykonawcy, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za. rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna zostać odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ale także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego Ziegler ceny zaoferowane przez AAA Polska oraz VOXEL, nosząc znamiona rażąco niskich, zostały ukształtowane na takim

18

poziomie przez wykonawców, by utrudnić odwołującemu i innym dostawcom FDG dostęp do rynku, a co za tym idzie złożenie ofert w tym postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk.

Stosownie do art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta albo je narusza. W ust. 2 przywołanego przepisu ustawodawca zawarł otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, w którym -jako przykład owego czynu - wymienił utrudnianie dostępu do rynku. W przepisach rozdziału 2 uznk zostały natomiast unormowane poszczególne, stypizowane kategorie czynów nieuczciwej konkurencji. Szczególne znaczenie odgrywa tu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, który nakazuje traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, Na poparcie zaprezentowanego stanowiska odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014r., sygn. akt; 1561/14, 1577/14. Odwołujący Ziegler wskazał, że działania wykonawców są bowiem nakierowane na eliminowanie z rynku odwołującego. Zaoferowanie przez AAA Polska i VOXEL drastycznych, nierynkowych i niekonkurencyjnych cen stanowi klasyczny przypadek nieuczciwej walki wykonawcy o zamówienie, mający na celu eliminację jego konkurentów z rynku. Żaden z pozostałych uczestników przetargu, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może bowiem konkurować z wykonawcą dopuszczającym się opisywanego działania. Wykonawca oferujący stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniające zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, zostaje zatem postawiony w znacznie gorszej sytuacji.

W dniu 19 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 stycznia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Advanced Accelerator Applications Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Niedźwiedzia 29 b wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która przez zamawiającego została wybrana, zaś uwzględnienie odwołania powodowałoby utratę możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS. Zamawiający i odwołujący potwierdzili fakt otrzymania kopii zgłoszenia.

19

W dniu 23 stycznia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Voxel Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty zgłaszającego, tym bardziej, że sam zgłaszający wniósł własne odwołanie na czynność wyboru oferty AAA Polska. Zgłoszenie zostało podpisane elektronicznie przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 grudnia 2014r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu odwołującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Zgłaszający przekazał kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu Ziegler drogą elektroniczną w dniu 22 stycznia 2015r.

W dniu 30 stycznia 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego. Zamawiający stwierdził, że uwzględnił zarzut odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 65 Kc polegających na odrzuceniu oferty odwołującego Ziegler jako niezgodnej w swej treści z treścią siwz z uwagi na nie podanie minimalnej ilości dawek, podczas, gdy odwołujący zaoferował ilość minimalną zgodną z siwz tj. 10 dawek.

Pozostałe zarzuty odwołującego Ziegler w ocenie zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ustawy zamawiający w całej rozciągłości ponowił argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 97/15. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 uznk oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych przez Voxel, zamawiający uznał za dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa także po dacie składania oferty, stanowisko to poparł poglądami doktryny. Wskazał, że w praktyce za informacje mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się wykazy umów handlowych, informacje o majątku firmy, baza danych klientów, wskazanie źródeł pozyskania surowców i towarów, dane o wielkości produkcji i sprzedaży, źródłach zaopatrzenia i zbytu. Wskazał także jakie dane za tajemnice nie mogą być uznane z mocy art. 86 ust. 4 ustawy. Wskazał, że wykonawca Voxel zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wskazał na to, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie były podane do publicznej wiadomości, nie są dostępne i podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie, a Voxel podjął działania zmierzające dla zachowania ich poufności przez ich przechowywanie w pomieszczeniach zabezpieczonych systemami dozoru i pisemne zobowiązania do zachowania poufności. Dla zamawiającego kalkulacja ceny jest informacją mającą wartość gospodarczą w szczególności takie

20

informacje jak koszty produkcji oferowanego produktu, koszty jego transportu, koszty ogólne czy wysokość marży, te dane są efektem wypracowanego sposobu wyceny, który pozwala Voxel na budowanie przewagi konkurencyjnej, a w okolicznościach agresywnej konkurencji na wąskim rynku radiofarmaceutyków zastrzeżenie tajemnicy należało uznać za zasadne. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia ofert Voxel i AAA Polska mimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej poniżej kosztów wytworzenia w sposób utrudniający innym wykonawcom dostęp do rynku. W ocenie zamawiającego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, jednym ze sposobów działań na rynku jest polityka cenowa. Nie jest zabronione naśladowanie cen stosowanych przez konkurencję. Ceny oferowane przez Voxel i AAA Polska są cenami rynkowymi. Zdaniem zamawiającego nie może być mowy o czynie nieuczciwej konkurencji, składaniu nieprawdziwych informacji czy zмовie cenowej. Dystrybutorzy produktów nie są od siebie w jakikolwiek sposób zależni, a jedynie od sytuacji na rynku oraz sytuacji własnej jako bezpośrednich wytwórców przedmiotu dostawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór oferty AAA Polska i zaniechanie jej odrzucenia oraz zaniechanie odrzucenia oferty Voxel, zamawiający uznał za niezasadny. Podał sposób rozumienia pojęcia uczciwa konkurencja, dla której pierwszym warunkiem jest istnienie konkurencji, a więc możliwości ubiegania się o zamówienie przez kilku wykonawców co ma miejsce w postępowaniu, nadto opis przedmiotu zamówienia i warunków ubiegania się o nie był jednoznaczny umożliwiając wykonawcom określenie

ryzyka i zobowiązań oraz kalkulację ceny, również przy ocenie ofert zamawiający zastosował tylko kryteria znane wykonawcom. W ocenie zamawiającego nie naruszył zatem zasad uczciwej konkurencji.

W dniu 2 lutego 2015r. przystępujący AAA Polska złożył pismo przygotowawcze, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i ponowił argumentację oraz dowody powołane w piśmie przygotowawczym z dnia 2 lutego 2015r. złożone w sprawie sygn. akt KIO 97/15.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawcy Ziegler, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, wezwań zamawiającego kierowanych do AAA Polska i Voxel w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że:

- w rozdziale V pkt. 2 jako warunek realizacji dostaw zamawiający wskazał, że przewiduje się jednorazowo składanie zamówień na dawki każda po 10mCi (podanie co ok. 30 min.).

21

zamawiający zobowiązuje się zamawiać przynajmniej 10 dawek w dniu dostawy, chyba, że wykonawca zadeklaruje w ofercie inną minimalną ilość dawek na dzień, jednak nie większą niż 10. Zgodnie z rozdziałem XII. Pkt 3 oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie załączników do siwz, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy, a pkt 6 zamawiający nie dopuścił możliwości wprowadzania w ofercie lub jej załącznikach żadnych zmian lub modyfikacji, które zmieniłyby treść dokumentów czy też warunków wynikających z siwz. Zmiany do siwz może wprowadzić wyłącznie zamawiający. W rozdziale XVII zamawiający jako kryteria oceny ofert określił: cenę z wagą 95% i minimalną ilość dawek w jednym dniu roboczym o wadze 5%. W pkt. 2.2. wskazał, że kryterium minimalna ilość dawek w jednym dniu roboczym (D) będzie rozpatrywana na podstawie minimalnej ilości dawek podanych przez wykonawcę w ofercie przetargowej. Wykonawca, który przedstawi najmniejszą ilość dawek otrzyma 5 pkt, pozostali wykonawcy odpowiednio mniej stosownie do wskazanego w siwz wzoru. We wzorze załącznik nr 1 do siwz Oferta Przetargowa w pkt. 11 lit. e wykonawcy mieli deklorować warunki realizacji dostaw w tym minimalną ilość dawek na dzień (nie większą niż 10).

Zamawiający w protokole postępowania ZP-PN podał, że wartość zamówienia została ustalona na kwotę 2 057 000zł. netto, zaś zamówienie jest udzielane w częściach, a wartość udzielanego zamówienia ustalona została na kwotę 770 000zł.

Na otwarciu ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 839 160zł.

Do upływu terminu składania ofert złożono 4 oferty:

1. AAA Polska z ceną brutto 429 408zł. i ilością dawek 1,
2. Odwołującego Voxel z ceną 449 820zł. brutto i ilością dawek 5m
3. Odwołującego Ziegler z ceną 697 788zł. brutto i brakiem podania ilości dawek,
4. Konsorcjum firm BIONT as i MONTOL POLAND LTD sp. z o.o. z ceną 1 118 887zł. brutto i ilością dawek 2.

W ofercie odwołującego Ziegler złożono formularz ofertowy oznaczony znakiem postępowania DO/DZ-381-1-26/14 i w pkt. 1 str. 1 i 2 znajduje się oświadczenie „przedkładamy niniejszą ofertę oświadczając, że akceptujemy w całości wszystkie warunki zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jako wyłączną podstawę prowadzonej procedury. Strona 2 kończy się na punkcie 10, natomiast na str. 3 w drugim akapicie zawiera numerację rozpoczynającą się od cyfry 9 i w lit. d znajduje się treść „Przewiduje się jednorazowo składanie zamówień na dawki każda po 10 m Ci (podanie co ok. 30 min.). Zamawiający zobowiązuje się zamawiać przynajmniej 10 dawek w dniu dostawy.”

22

W dniu 23 grudnia 2014r. zamawiający skierował do AAA Polska i odwołującego Voxel wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w tym złożenie

dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że cena oferty jest niższa o 30% zarówno od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

W dniu 29 grudnia 2014r. AAA Polska złożyła wyjaśnienia wskazując, że zaoferowana przez nią cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Podkreśliła, że jest częścią dużej międzynarodowej organizacji zajmującej się produkcją i komercjalizacją radiofarmaceutyków i ta 16 produkcyjnymi organizacją zarządza ośrodkami zlokalizowanymi na terenie Europy m. in. w Polsce. Na wysokość ceny zaoferowanej przez AAA Polska miała wpływ możliwość skorzystania z efektu skali w zakresie kosztów produkcji radiofarmaceutyku FDG, które wynikają przede wszystkim z kosztów materiałów produkcyjnych, serwisu, specjalistycznych szkoleń personelu. Koszty w ramach grupy mogą być optymalizowane z uwagi na wspólny system zakupowy pozwalający na uzyskanie znacząco niższych cen materiałów produkcyjnych od międzynarodowych dostawców. Do grupy kapitałowej AAA należą także firmy dostarczające m. in. wodę wzbogaconą podstawowy surowiec produkcji. Dodatkowo grupa zatrudnia grupę własnych inżynierów cyklotronu zajmujących się serwisem i naprawami urządzeń produkcyjnych niezależnie od dostawców sprzętu. Grupa sama szkoli swój personel we własnych ośrodkach referencyjnych we Włoszech i Francji. Ponadto oferta konsorcjum Montol zawierała cenę znacznie wyższą od pozostałych i w ten sposób została wywołana dysproporcja cenowa, a także cena zaoferowana przez bezpośredniego konkurenta spółkę Voxel była wyższa od AAA Polska jedynie o 20 tys. złotych.

W dniu 29 grudnia 2015r. odwołujący Voxel złożył wyjaśnienia zastrzegając ich poufność z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że dane zawarte w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na cenę mają dla niego wartość gospodarczą, gdyż dotyczą kosztu produkcji oferowanego produktu, kosztów jego transportu oraz kosztów ogólnych i

23

wysokości marży. Wskazał również, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i nie są w żaden sposób publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Wskazał także, na to iż podjął szereg działań zmierzających do ochrony poufności informacji tj. dostęp do informacji ma ograniczony krąg podmiotów, którzy z mocy prawa lub klauzul w umowach o pracę lub osobnych umów o zachowaniu poufności są zobowiązani do jej zachowania. Obowiązek ten jest zastrzeżony pod rygorem negatywnych skutków dyscyplinarnych lub wiąże się z koniecznością poniesienia kar umownych.

W samych wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę wykonawca przedstawił szczegółowo sposób kalkulacji każdego ze wskazanych przez siebie kosztów oraz podał okoliczności, które skutkują w jego ocenie wyjątkowo korzystnymi dla niego warunkami świadczenia zamówienia z uwagi na specyfikę charakteru prowadzonej przez niego działalności oraz sposób organizacji przedsiębiorstwa.

Z oświadczeń członków grupy AAA działających na terenie Portugalii, Hiszpanii i Włoch wynika, że w tych krajach cena jednej dawki FDG najniżej wynosiła 115 euro a najwyżej 160 euro.

Z oferty złożonej Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie wynika, że AAA Polska zaoferowała w dniu 9 stycznia 2014 r wykonanie dostaw 150 dawek za cenę 677.16zł za dawkę za 85 dawek i 1,08 zł za dawkę za 65 dawek, a w dniu 18 listopada 2014r. wykonanie dostaw 120 dawek, w tym 70 dawek za cenę 627zł. za dawkę i 50 za 1.08 zł za dawkę. Umowa z dnia 14 stycznia 2015r. ze Szpitalem Uniwersyteckim w Krakowie dotyczy 120 dawek przez 6 tygodni, a z załącznika nr 1 do umowy wynika, że

zaferowano 85 dawek za cenę 677,16 za dawkę i 65 za cenę 1.08 za dawkę. Z referencji wystawionej AAA Polska z dnia 23 stycznia 2015r. wynika, że Szpital Uniwersytecki w Krakowie otrzymywał dostawy 120 dawek od listopada do grudnia 2014r. i 150 dawek od stycznia do daty wystawienia referencji i zamówienia były realizowane na czas, a obrazowanie z użyciem FDG charakteryzowało się dobrą jakością. Szpital może polecić AAA Polska jako sprawdzonego, rzetelnego i elastycznego partnera.

Izba nie dopuściła dowodu z intracompany price list, gdyż dowód nie został przedstawiony wraz z tłumaczeniem na język polski.

Z artykułu Rachunek kosztów działań w produkcji 18F – fluorodeoksyglukozy wynika, że przedmiotem analiz w artykule było oszacowanie rachunku kosztów działań produkcji 18F-EDG w Europie. Wynikiem tej analizy było ustalenie, że podstawowym wynikiem wpływającym na zyskowność jest wydajność. Koszt 370 MBq 18F-FDG dawki przyjmowanej przez pacjenta w czasie 3 godzin od zakończenia syntezy bez kosztu

24

dostawy waha się w granicach 155 – 177 euro za dawkę przy dwóch seriach produkcyjnych i 210-237 euro za dawkę przy jednej serii. Koszty generuje głównie personel oraz wartość sprzętu. Badania były prowadzone przez okres 12 miesięcy z kierownikami akademickich i komercyjnych ośrodków produkcyjnych w 2006r. Wedle tabeli 4 str. 7 podstawowe koszty produkcji jednej partii 18F-FDG to produkcja fluoru 18 – 37%, synteza FDG 9%, dozowanie 3%, pakowanie 2%, kontrola jakości 13%, zarządzanie odpadami 2%, administracja 5%, zarządzanie ogólne 13%, zapewnienie jakości 11%, nieprzypisane 5% oraz w innym ujęciu urzędzenia 27%, wynagrodzenia 36%, czynsz 10%, materiał 9%, ogólne 17%. W tabeli 5 przyjęto analizę wrażliwości w oparciu o liczbę dni produkcyjnych i rezerwy na kary umowne i z analizy wychodzi, że 1 seria to 33 dawki i najtańsza jest produkcja w dwóch seriach.

Z umowy z dnia 9 listopada 2012r. przedłożonej jako tajemnica przedsiębiorstwa Voxel wynika, że koszt transportu FDG w 2012r. na odległość mniejszą niż 300 km wynosił ponad 1000zł.

Z kalkulacji kosztów z dnia 20 grudnia 2014r. przedłożonej jako tajemnica przedsiębiorstwa przez odwołującego Ziegler wynika, że koszt transportu FDG zleconego firmie zewnętrznej na odcinku poniżej 300 km wynosił około 600zł.

Z wydruku e-mail w postępowaniu nr DZP/270/179/14 wynika, że dokumenty dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę złożone przez Voxel i Eckert & Ziegler nie zostały udostępnione, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z informacji ze strony internetowej voxel.pl wynika, że kwota dofinansowania jaką otrzymał Voxel ze środków Funduszy Unii Europejskiej na projekt Wdrożenie innowacyjnego zespołu produkcyjno – usługowego w sektorze usług medycznych uzyskał dofinansowanie w kwocie 31 314 952,24zł.

Z listy beneficjentów Programu Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 stan na 2 października 2011r. wynika, że w 2009 Voxel otrzymał 31 314 952,24zł. dofinansowania.

Z informacji ze strony www.businesswire.com z artykułu z 27 kwietnia 2012r. wynika, że firma Eckert% Ziegler rozpoczęła budowę nowego cyklotronu w Warszawie, koszt inwestycji ok. 7 mln euro.

Z rozszerzonego skonsolidowanego raportu kwartalnego za okres od 1 stycznia do 30 września 2014r. wynika, że W segmencie operacyjnym mieszczą się usługi medyczne – w zakresie wysokowyspecjalizowanej diagnostyki obrazowej, usług teleradiologicznych i outsourcingu usług medycznych, produkcja radiofarmaceutyków dla podmiotów zewnętrznych oraz do wykorzystania przez własne pracownie PET w ramach świadczenia usług medycznych.

Ze sprawozdania zarządu z działalności grupy kapitałowej Voxel za okres 1 stycznia 31 grudnia 2013 wynika, na str. 9 – 10, że grupa inwestuje w pracownie PET w tym 3 w

25

Katowicach, w Brzozowie, Białymstoku, a także w Łodzi Ponadto w 2011 otworzyła Centrum produkcji radiofarmaceutyków w ramach uzyskanego dofinansowania. W 2013r. spółka rozpoczęła sprzedaż radioznaczników na rynek zewnętrzny. Fotografii samochodu o nr rejestracyjnym SK 102AL Izba uznała za nie nadająca się do

udowodnienia okoliczności mającej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż z fotografii pojazdu nie wynika, że jest to pojazd stanowiący własność Voxel, ani, że Voxel posiada własną flotę transportową zdolną obsłużyć zamówienia wewnętrzne w ramach własnych pracowni PET jak i zewnętrzne komercyjne.

Z raportów giełdowych z dnia 15 stycznia i 27 stycznia 2015r. wynika, że łączna wartość wszystkich umów zawartych w NFZ przekroczyła 10% kapitałów własnych emitenta tj. kwotę 10 173 005,18zł. Według stanu na dzień 15 stycznia 2015r. wynosi 12 769 323, 60zł.. Umowami o największych wartościach są umowa o świadczenie opieki zdrowotnej – ambulatoryjna opieka specjalistyczna zawarta ze Śląskim Oddziałem Wojewódzki z siedzibą w Katowicach dotycząca badań rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej oraz zawarta z Podkarpackim Oddziałem Wojewódzkim z siedzibą w Rzeszowie na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie pozytronowej tomografii emisyjnej PET w pracowni PET-TK w Brzozowie.

Dowody z wydruków z google maps Izba uznała za dowodzenie okoliczności notoryjnych. Z umowy o poufności z dnia 19 stycznia 2015r. wynika, że producent radiofarmaceutyku zdecydował się przekazać odwołującemu Ziegler dowody w postaci dokumentów księgowych odnoszące się do kosztów ponoszonych przez producenta w związku z produkcją 18F-FDG.

Z pliku faktur załączonego do umowy poufności wynika, że wybrane materiały takie jak fiolki, kryptofix, woda wzbogacona, materiał 1, materiał 2, próbki w okresie od lutego 2010 do lipca 2014r. na rynku niemieckim drożały, a średni wzrost w tym okresie obliczony na podstawie danych z tych wybranych faktur wyniósł 168 % w okresie niepełnych 4 lat.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego wnioskowanego przez odwołującego Ziegler z uwagi na to, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania zwłaszcza przy uwzględnieniu rozkładu ciężaru dowodowego (art. 190 ust. 1 a ustawy) nie jest konieczne odwołanie się do wiadomości specjalnych.

Oceniając zgromadzony materiał dowodowy Izba ustaliła, że:

1. wyjaśnienia wykonawcy Voxel zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jak wynika z str. 3 – 4 wyjaśnień odwołujący wskazuje tam na informacje o charakterze organizacyjnym tj. dotyczące tego jakie rodzaje działalności prowadzi (okoliczność jawna potwierdzona na rozprawie raportami giełdowymi, sprawozdaniem zarządu i raportem kwartalnym) ale proporcje i wzajemny wpływ na

26

różnych działalności odwołującego Voxel, a także wpływ tych okoliczności na sposób obliczenia ceny 1 dawki w postępowaniu w ocenie Izby dają podstawy do ustalenia, że w wyjaśnieniach zawarto informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba uznała także że w wyjaśnieniach podano wartość udzielonej pomocy publicznej, co było informacją jawną o czym stanowią dowody w postaci sprawozdania zarządu, listy beneficjentów, a także wydruku ze strony internetowej Voxel.pl, jednak informacje te wiążą się z kalkulacją poczynioną przez Voxel przy kalkulowaniu ceny 1 dawki i to powiązanie i wpływ tej pomocy publicznej na sposób kalkulacji ceny, w ocenie Izby stanowi informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Również na str. 5 zawarte są informacje o charakterze organizacyjnym, które wskazują na sposób organizacji produkcji u Voxel i wykazując wpływ tego modelu organizacyjnego na koszty, w ocenie Izby taka informacja mieści się w pojęciu informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Str. 6 wyjaśnień także zawiera informacje o charakterze organizacyjnym w zakresie logistyki i transportu, a w szczególności wpływu faktu posiadania własnej floty na koszt transportu przy transporcie deklarowanej ilości dawek. W ocenie Izby pokazany sposób wpływu informacji organizacyjnej na sposób kalkulacji ceny i wskazanie przyjętych założeń stanowi informację będącą tajemnicą przedsiębiorstwa. Str. 7 wyjaśnień zawiera dalsze dane o charakterze danych wyjściowych do kalkulacji, które dodatkowo na rozprawie zostały potwierdzone pisemnym oświadczeniem głównego księgowego Voxel. Dane te mają w ocenie Izby charakter informacji mających wartość gospodarczą, gdyż dotyczą sposobu kalkulacji stałych kosztów prowadzenia całej działalności odwołującego Voxel na poszczególne zlecenia i przyjętych w tym zakresie założeń kalkulacyjnych. Jednocześnie wykonawca wraz z wyjaśnieniami złożył oświadczenie, że informacje w ten sposób przedstawione nie zostały podane do publicznej wiadomości i osoby trzecie nie mogą

- posłużyć się tymi informacjami w legalny sposób – str. 1 i 2 wyjaśnień. Jednocześnie wykonawca przedstawił metody jakie wprowadził w ramach swojej działalności gospodarczej służące zachowaniu poufności. W ocenie Izby zatem całokształt materiału dowodowego, na którym Izba się oparła prowadzi do wniosku, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy Voxel są informacjami o charakterze organizacyjnym lub mającymi wartość gospodarczą, co do których wykonawca podjął niezbędne czynności w celu zachowania ich w poufności.
2. Wykonawca Voxel kalkulował cenę 1 dawki przyjmując założenie, że będzie zamawiającemu dostarczał FDG w partiach po 5 dawek – wyjaśnienia wykonawcy str. 5.
 3. Wykonawca AAA Polska kalkulował cenę 1 dawki przyjmując założenie, że będzie zamawiającemu dostarczał FDG w partiach po 17-20 dawek, a dostawa 1 dawki FDG

27

będzie następować sporadycznie – oświadczenie przystępującego AAA Polska złożone na rozprawie, natomiast z załącznika nr 2 do umowy ze Szpitalem Uniwersyteckim w Krakowie wynika, że zasadami dostawy towaru 120 dawek przez okres 6 tygodni było przyjęcie ilości zamawianych dawek na dany dzień będzie się mieściła w zakresie 5-16, natomiast z oświadczeń dostawców z grupy AAA na rynek hiszpański, portugalski i włoski nie można wywieść, w jakich warunkach świadczenia realizowane są zamówienia. Nadto przystępujący AAA Polska na rozprawie oświadczył, że co do możliwych założeń wielkości dawek w dostawie, to, że można je było ustalić na podstawie załącznika nr 1 do siwz str. 4 pkt 11 litera D, który wskazywał na 10 dawek w dniu dostawy. Co do kosztów transportu, to przystępujący AAA Polska oświadczył, że kalkulują się one przy kilku, a nie kilkunastu, jak powiedział odwołujący Eckert, dawkach. W ocenie Izby ze złożonych wyjaśnień oraz dowodów na rozprawie, a także oświadczeń samego przystępującego wynika, że przystępujący AAA Polska kalkulował koszt jednostkowy dawki w oparciu o inne założenia, niż deklарował w ofercie. Rzeczywiście zamawiający w rozdziale V pkt. 2 jako warunek realizacji dostaw zamawiający wskazał, że przewiduje się jednorazowo składanie zamówień na dawki każda po 10mCi (podanie co ok. 30 min.). Zamawiający zobowiązuje się zamawiać przynajmniej 10 dawek w dniu dostawy, chyba, że wykonawca zadeklaruje w ofercie inną minimalną ilość dawek na dzień, jednak nie większą niż 10. Zamawiający jednocześnie punktował w ramach kryterium oceny ofert niższą niż 10 ilość dawek w dziennej dostawie. W siwz nie było informacji o tym, że ilość dawek może wynosić nawet do 17 – 20 dawek w dostawie dziennej, zatem założenie przystępującego AAA Polska nie znajdowało oparcia w postanowieniach siwz, nadto przystępujący AAA Polska w świetle przytoczonych warunków siwz w sposób w ocenie Izby niezrozumiały, nielogiczny założył, że zamawiający nie będzie stale korzystał z deklaracji wykonawcy, co do dostawy w minimalnej ilości dawek. Brak jest w materiale dowodowym dowodu, który pozwalałby przystępującemu AAA Polska przyjąć za prawidłowe założenie, że zamawiający z uprawnienia nie skorzysta lub skorzysta sporadycznie. Jednocześnie przystępujący AAA Polska sam wskazał, że koszty transportu kalkulują się przy kilku dawkach, a zatem więcej niż jednej. Tym samym również ocenę możliwości dostawy dokonał w oparciu o inne założenia niż wynikające z własnej złożonej przez niego oferty zakładającej dostawę po jednej dawce. Dodatkowo przystępujący oświadczył na rozprawie, że koszty transportu zamierza rozkładać z kosztami transportu dawek na potrzeby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, albo dostawy dla zamawiających u których ubiega się o zamówienia tj. w Chorzowie i Dąbrowie Górniczej. Te oświadczenia przystępującego Izba oceniła jako niewiarygodne i wewnętrznie

28

sprzeczne, gdyż co do możliwości łączenia transportu z transportem do Szpitala w Krakowie, to umowa w niniejszym postępowaniu ma być zawarta na okres 36 miesięcy, natomiast umowa ze Szpitalem w Krakowie wygasa z dniem 28 lutego 2015r. (zatem nie wiarygodne jest, żeby przystępujący kalkulując cenę oferty w niniejszym postępowaniu uwzględniał możliwość łączenia transportu z transportem do Krakowa przez cały okres trwania umowy), zaś postępowania w Chorzowie i

Dąbrowie Górniczej wedle oświadczeń samego przystępującego AAA Polska nie zostały zakończone i w obu przypadkach niższą od przystępującego AAA Polska cenę zaoferował Voxel (dlatego oświadczenie jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż przystępujący ma świadomość, że z uwagi na zaoferowane w postępowaniu ceny może nie mieć możliwości łączenia transportu z transportem do Chorzowa, czy Dąbrowy Górniczej).

4. Do wyjaśnień wykonawcy Voxel i wykonawcy AAA Polska nie załączono dowodów.
5. Wyjaśnienia odwołującego Voxel wskazują na sprzyjające wykonawcy warunki świadczenia (tj. potwierdzone jawnie na rozprawie – przyznana wysokość pomocy publicznej na budowę Centrum Produkcji Radiofarmaceutyków oraz wykonywanie jako podstawowej działalności w zakresie świadczenia usług medycznych wysokospecjalizowanej diagnostyki obrazowej, usług teleradiologicznych oraz produkcji radiofarmaceutyków do wykorzystania przez własne pracownie PET dla świadczenia tych usług medycznych, a także w celu sprzedaży komercyjnej). W ocenie Izby wyjaśnienia przekładają te okoliczności obiektywne na sposób obliczenia kosztów produkcji jednej dawki radiofarmaceutyku, są wyczerpujące, jednoznaczne i spójne, znajdują także potwierdzenie w treści złożonej oferty tj. zakładają dostawę 5 dawek dziennie, zgodnie z deklaracją wykonawcy zawartą w ofercie. W ocenie Izby wyjaśnienia Voxel znajdują także poparcie w oświadczeniach zamawiającego złożonych na rozprawie wskazujących na to, że podstawowym kosztem samego zamawiającego jest koszt amortyzacji cyklotronu i że przy produkcji większej ilości dawek koszt jednej dawki się zmniejsza z uwagi na to, że koszt jednorazowego uruchomienia cyklotronu jest stały, a produkcja dodatkowych dawek, to jedynie koszt zużytej energii w wydłużonym czasie działania cyklotronu.
6. Wykonawca AAA Polska w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, jakie koszty transportu przyjął do kalkulacji stawki.
7. Izba oceniła złożone przez wykonawcę AAA Polska wyjaśnienia jako oparte na założeniach nie znajdujących poparcia w treści siwz, co do zamówień w przedziale 17-10 dawek w dostawie dziennej, jak i nieodpowiadające treści złożonej oferty deklarującej dostawę po 1 dawce dziennie. W ocenie Izby zatem skoro dokonana kalkulacja nie pozostaje w związku, ani z wymaganiami wynikającymi z siwz, ani z

29

treścią złożonej oferty, to przystępujący nie wyjaśnił elementów oferty mających wpływ na cenę. Izba oceniła, że wskazywane przez przystępującego AAA Polska korzyści z przynależności do grupy kapitałowej, w tym konkretnym przypadku, nie mogą być uznane za okoliczności wyjaśniającego elementy oferty mające wpływ na cenę, skoro przystępujący wyjaśniał kalkulację ceny w oparciu o inne założenia niż wynikające ze złożonej przez niego oferty.

8. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznając zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego Eckert-Ziegler przyznał, że w ofercie tej była wskazana ilość 10 dawek, w ocenie Izby to przyznanie nie budzi wątpliwości, gdyż na str. 3 oferty odwołującego w drugim akapicie zawiera numerację rozpoczynającą się od cyfry 9 i w lit. d znajduje się „Przewiduje się jednorazowo składanie zamówień na dawki każda po 10 m Ci (podanie co ok. 30 min.). Zamawiający zobowiązuje się zamawiać przynajmniej 10 dawek w dniu dostawy.”, z tej deklaracji podpisanej przez odwołującego zamawiający mógł w sposób prawidłowy dojść do przekonania, że wykonawca zadeklarował świadczenie najmniejszej partii w ilości 10 dawek, co jest zgodne z treścią siwz.

Izba zważyła, co następuje :

Izba zbadała, że wobec żadnego z wniesionych odwołań nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 97/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 ustawy przez błędną ocenę złożonych

przez wykonawcę AAA Polska wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i 90 ust. 3 ustawy przez błędną ocenę oferty wykonawcy AAA Polska i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Na zamawiającym z mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ciąży obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco

30

niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z ust. 2 art. 90 wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, jednocześnie zgodnie z ust. 3 zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nadto zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy 1a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Z powyższych przepisów wynika, że zamawiający wzywa do wyjaśnienia w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a wykonawca ma obowiązek wywodzić, że to złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zatem punktem odniesienia dla oceny przez zamawiającego poprawności dokonywanej oceny składanych wyjaśnień musi być zawsze treść oferty. Bezsporne w niniejszej sprawie jest to, że przystępujący AAA Polska jako element swojej oferty złożył deklarację dziennej dostawy zamawiającemu FDG w jednej dawce, a zamawiający w treści siwz nie poczynił zastrzeżenia, że z deklaracji wykonawców zawieranej w ofercie będzie korzystał jedynie sporadycznie. Jednak jak ujawniły oświadczenia przystępującego złożone na rozprawie w ramach złożonych zamawiającemu wyjaśnień przystępujący AAA Polska nie wyjaśnił tego elementu oferty, ani jego wpływu na kalkulację ceny ofertowej. Wręcz przyznał, że ten element oferty dla kalkulacji jego ceny nie był brany pod uwagę, gdyż do kalkulacji przyjęto dzienne dostawy na poziomie 17-20 dawek. Nadto przystępujący nie wyjaśnił również tego czy ten element oferty (1 dawka dziennie) ma wpływ na powoływane przez niego

31

okoliczności oszczędności metody wykonania zamówienia – zakupy grupowe i dostawca wody uszlachetnionej w ramach grupy kapitałowej, oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia – możliwość korzystania z inżynierów oraz sprzętu i urządzeń w ramach grupy kapitałowej.

W tej sytuacji należało uznać, że przystępujący AAA Polska nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, co w ocenie Izby spowodowało, że zamawiający błędnie ocenił złożone przez niego wyjaśnienia, zwłaszcza, że jak wynika z odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń zamawiającego złożonych na rozprawie, sam zamawiający ocenił wyjaśnienia

bardziej z uwagi na posiadaną przez siebie wiedzę jako producenta FDG, niż z uwagi na treść złożonych wyjaśnień, jak również czynił założenia nie wynikające ze złożonych wyjaśnień, ani z treści ofert co do sposobu kalkulacji ceny oraz świadczenia analogicznych dostaw przez przystępującego na rzecz innych zamawiających. W ocenie Izby przede wszystkim fakt, że złożone wyjaśnienia nie dotyczą oświadczeń zawartych w ofercie powoduje, że nie mogą być ocenione jako wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę. Zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy, to na przystępującym ciążył obowiązek dowodowy wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby przystępujący temu obowiązkowi nie podolał, gdyż dowodził okoliczności niezwiązanych z elementami oferty mającymi wpływ na cenę. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy potwierdził się, albowiem zamawiający błędnie przyjął, że przystępujący AAA Polska wykazał, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, podczas, gdy składane wyjaśnienia oparte były na kalkulacji oderwanej od treści złożonej oferty. W ocenie Izby w takiej sytuacji nie doszło do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 3 ustawy, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem przez zamawiającego oferty przystępującego. W ocenie Izby art. 90 ust. 3 ustawy stanowi dodatkową przesłankę odrzucenia oferty wskazując jako samodzielną podstawę odrzucenia fakt niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy bez względu na to, czy zamawiający jest w stanie sam zweryfikować elementy oferty mające wpływ na cenę. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, skoro bez złożonych wyjaśnień nie mógł dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji ceny.

Sygn. akt KIO 121/15

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 65 Kc, przez odrzucenie oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z treścią siwz w zakresie, w jakim odwołujący nie podał minimalnej liczby dawek FDG przewidzianych do dostawy na dzień w

32

sytuacji, gdy z treści oferty (oświadczenia woli) złożonej przez odwołującego wynika, że odwołujący zaoferował ilość minimalną dawek zgodną z SIWZ (tj. 10 dawek),

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający przyznał zasadność zarzutu oświadczając, że zarzut uwzględnia. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 65 Kc przez odrzucenie oferty odwołującego Eckert-Ziegler potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw., z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty AAA Polska, w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a udzielone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnienia są lakoniczne, nie przedstawiają obiektywnych czynników oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, wskazującymi na rynkowy charakter zaoferowanej ceny, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje argumentację rozstrzygnięcia zawartego w sprawie sygn. akt KIO 97/15.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz., U. 2003r, nr 153, poz. 1503, ze zm.), dalej jako: „uznk”, oraz art. 7 ust 1 ustawy, przez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, całości wyjaśnień złożonych przez VOXEL w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości, ewentualnie bezpodstawne uznanie, że zawarte w wyjaśnieniach informacje noszą znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu;

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, jednak w ust. 3 tegoż przepisu zawarty jest wyjątek od tej zasady stanowiący, że Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje

33

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 t.j. z późn. zm. ost. z 2009r. Dz. U. nr 201 poz. 1540) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego informacje zastrzeżone przez przystępującego Voxel są informacjami o charakterze organizacyjnym i mającymi wartość gospodarczą oraz przystępujący Voxel podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, stąd należało uznać, że stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a tym samym nie podlegały ujawnieniu zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. W konsekwencji zamawiający nie popełnił błędu w ocenie złożonych wyjaśnień w zakresie odmowy ich ujawnienia, który naruszałby treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia, oferty VOXEL w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a udzielone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnienia są lakoniczne, nie przedstawiają obiektywnych czynników oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, wskazującymi na rynkowy charakter zaoferowanej ceny, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Na zamawiającym z mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ciąży obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

34

oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z ust. 2 art. 90 wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, jednocześnie zgodnie z ust. 3 zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nadto zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy 1a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego przystępujący Voxel wskazał w swoich wyjaśnieniach na wpływ udzielonej mu pomocy publicznej na koszt wyprodukowania jednej dawki FDG, na sposób w jaki zamierza realizować przedmiotowe zamówienie, tj. na sprzedaż zamawiającemu nadwyżek FDG wyprodukowanych ponad potrzeb własne w zakresie zakontraktowanych usług medycznych, a także na sposób w jaki zamierza wykonywać transport dostaw dla zamawiającego, każdy z tych czynników odwołujący poparł założeniami do kalkulacji i kalkulacją. Jak ustaliła Izba kalkulacja ta odpowiadała deklaracjom dokonany w ofercie tj. wskazywała na uwzględnienie dostawy dziennej po 5 dawek. W ocenie Izby wykonawca wskazał na obiektywne okoliczności, które pozwoliły mu na skalkulowanie elementów oferty za cenę podaną w ofercie. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją kosztów. Wyjaśnienia te wskazywałyby na czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie potwierdzały, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego naruszającego treść art. 90 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby podnoszony przez odwołującego Eckert – Ziegler brak załączenia do wyjaśnień dowodów nie może stanowić wyłącznej podstawy do odrzucenia oferty przystępującego Voxel przede wszystkim z uwagi na to, że nawet przedstawienie faktur czy ofert na poszczególne materiały niezbędne do produkcji FDG jak również koszty energii elektrycznej

35

czy koszty pracownicze może nie doprowadzić do jednoznacznego wykazania kosztów przypisanych do dawek oferowanych zamawiającemu. Jak wynika z wyjaśnień przystępującego Voxel złożonych na rozprawie koszty uruchomienia cyklotronu dla produkcji danej serii są takie same niezależnie od ilości dawek podczas serii wyprodukowanych, stąd czyste zestawienie faktur nie odzwierciedli kosztu na daną dawkę. Zatem w ocenie Izby wykazanie wysokości zagregowanych przychodów i kosztów oraz wysokości odpisów amortyzacyjnych wykazywanych w raporcie kwartalnym przede wszystkim na str. 47-48 tabeli (informacje o segmentach dla celów sprawozdawczych, informacja o kierunkach geograficznych sprzedaży, pkt. 15 koszty wg rodzaju i pozostałe koszty) potwierdzają prawdziwość danych zawartych w wyjaśnieniach, a także dodatkowo oświadczeniu głównego księgowego przystępującego Voxel z dnia 21 stycznia 2015r. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1. uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AAA Polska i VOXEL mimo, iż złożenie przez tych wykonawców oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje (tj. poniżej kosztów wytworzenia.) oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku

Zarzut nie potwierdził się Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk **czynem** nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a odwołujący Eckert-Ziegler upatrywał w złożeniu ofert przez przystępujący AAA Polska i Voxel czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Izby brak jest w zgromadzonym materiale dowodowym przekonującego dowodu, że przystępujący AAA Polska i Voxel prowadzą sprzedaż radiofarmaceutyku poniżej kosztów ich wytworzenia. Jeśli chodzi o przystępującego Voxel, to

w ocenie Izby przystępujący ten wyjaśnieniami, a także sprawozdaniami zarządu, raportami kwartalnymi, oświadczeniem głównego księgowego wykazał, że skalkulowane przez niego koszty produkcji i dostawy radiofarmaceutyku znajdują pokrycie w cenie, jakiej oczekuje

36

przystępujący Voxel od zamawiającego. Tym samym nie jest to świadczenie poniżej kosztów wytworzenia i dostawy radiofarmaceutyków. Odnośnie przystępującego AAA Polska, to zdaniem Izby skoro złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie dotyczą elementów zawartych w ofercie, to nie można przyjąć, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Przystępujący AAA Polska w wyjaśnieniach wskazywał na obiektywne sprzyjające dla niego warunki świadczenia, jednak z uwagi na fakt, że wyjaśnienia oparte były o błędne założenia kalkulacyjne, nie można było ocenić ich wpływu na wysokość ponoszonych kosztów, jak i wykazać, że koszty nawet przy uwzględnieniu tych korzystnych czynników nie znajdują pokrycia w zaoferowanej cenie. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 uznk i art. 15 ust. 1 uznk.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty AAA Polska oraz zaniechanie odrzucenia oferty VOXEL w sytuacji, gdy złożone przez nich oferty podlegają odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut częściowo potwierdził się. W ocenie Izby zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AAA Polska. Skoro oferta ta powinna była ulec odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, to zamawiający nierówno potraktował pozostałych wykonawców poddając ocenie ofert oferty niepodlegające odrzuceniu jednocześnie z ofertą, która takiemu odrzuceniu podlegała. Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy. Nie znalazł natomiast potwierdzenia zarzut naruszenia tego przepisu przez dopuszczenie do oceny ofert oferty przystępującego Voxel. Skoro bowiem nie potwierdziło się, że oferta ta powinna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 uznk i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, to dopuszczenie tej oferty do oceny ofert nie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

37

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonych wpisów od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującym Voxel i Eckert & Ziegler zgodnie z przedłożonymi na rozprawie fakturami VAT do wysokości maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie. .

Przewodniczący:

38