

Sygn. akt: KIO 1136/18

WYROK
z dnia 26 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2018 r. przez odwołującego - **VOXEL Spółka Akcyjna, ul. Wielicka 265, (30-663 Kraków)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, ul. Strzelców Bytomskich 11, (41-500 Chorzów),**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): **Synektik Pharma Sp. z o.o., M. B.** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: **M. B. Link Express, Al. Wincentego Witosa 31, (00-710 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **VOXEL Spółka Akcyjna, ul. Wielicka 265, (30-663 Kraków)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze 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.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) [ustawa Pzp albo uzpz], którego przedmiotem jest: "Dostawa radiofarmaceutyków, źródeł promieniotwórczych i zestawów do sporządzania radiofarmaceutyków (Pakiet 1- Dostawa radiofarmaceutyku - 18-FDG), Nr: SP ZOZ ZSM ZP/4/2018, dla SP ZOZ Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer: 2018/S 013-025093. Odwołanie zostało wniesione wobec:

- 1) czynności oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm: Monrol Poland LTD sp. z o.o. (aktualnie Synektik Pharma sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) oraz M. B. Link Express (dalej: w skrócie Konsorcjum) w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
- 2) czynności ponownego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w przedmiocie rażąco niskiej ceny pismami Zamawiającego z dnia 14 maja 2018 r. oraz 24 maja 2018 r.;
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Wnoszący odwołanie wykonawca - VOXEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie [Odwołujący] stwierdził, że Zamawiający – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie naruszył w przedmiotowym postępowaniu:

- 1) art 89 ust. 1 pkt 4 upzp w związku z art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo tego, iż zawiera ona rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść wyjaśnień nie stanowi wystarczającego dowodu na realność i rynkowość ceny wskazanej w ofercie; Konsorcjum nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co Zamawiający powinien był stwierdzić, gdyby przeprowadził pogłębioną, merytoryczną ocenę wyjaśnień;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na bezpodstawne i nieuzasadnione trzykrotne wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców;
- 3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

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

- 1) nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej i odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum, oraz dokonał ponownej oceny ofert,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Wykonawca podał także, że:

- ✓ Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 Pzp, z uwagi na fakt, że jego oferta zgodna z SIWZ jest najkorzystniejsza po ofercie wybranego wykonawcy, a zatem gdyby nie działania Zamawiającego sprzeczne z przepisami upzp, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia. Odwołujący jest uczestnikiem toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego oferta nie została odrzucona, i jako taki zamówienie może uzyskać, a tym samym ma interes w jego uzyskaniu i może ponieść szkodę.
- ✓ Odwołujący otrzymał mail od zamawiającego informujący o wyborze oferty Konsorcjum w dniu 29 maja 2018 r., a zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co wynika wprost z zapisów SIWZ, a zatem uznać je należy za dopuszczalne. Zgodnie z art. 180 ust. 5 upzp kopia niniejszego odwołania została przekazana faksem Zamawiającemu przed upływem wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu.

Uzasadnienie zarzutów:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jednocześnie przepis art. 90 ust. 2 upzp wskazuje na wykonawcę, jako na podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, 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 Pzp, wzywa do tych wyjaśnień, w istocie ich wcale nie oczekując. To z kolei oznacza, że jak już zamawiający wzywa

wykonawcę do złożenia wyjaśnień to musi dokonać ich rzeczywistej oceny, a nie zadowolić się samym faktem ich złożenia. Zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, 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 (wyrok por. np. KIO z dnia 09 maja 2013, KIO 934/13), ale też z treści art. 90 ust. 2 upzp, 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 upzp 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.

Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść wyjaśnień z dnia 7 marca 2018 r. jak również z dnia 21 maja 2018 r. oraz 28 maja 2018 r. nie stanowi wystarczającego dowodu na realność i rynkowość ceny wskazanej w ofercie. Cena ta nie pokrywa kosztów związanych z realizacją umowy, nie pozwala także na osiągnięcie jakiegokolwiek zysku. Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (nie przedstawiło również dowodów na tą okoliczność), co Zamawiający powinien był stwierdzić, gdyby przeprowadził pogłębioną, merytoryczną ocenę wyjaśnień.

Mając na uwadze powszechnie dostępne informacje o sytuacji prawnej, kondycji finansowej i zakresie działalności MONROL POLAND Ltd SP. z o.o. (obecnie: Synektik Pharma SP. z o.o.) w szczególności sprawozdanie finansowe za rok 2015 oraz rok 2016. a także publiczne informację o ofertach składanych w innych przetargach przez Konsorcjum i jego konkurentów, uznać należy, że kalkulacją cenową zawartą w wyjaśnieniach oraz treść samych wyjaśnień jest niewiarygodna, nie oparta na realnych podstawach, a często niezgodna ze stanem faktycznym - co winien był dostrzec zamawiający.

Po pierwsze, niewątpliwie już sam stopień zaniżenia ceny oferty Konsorcjum ponad 30% próg ustawy uprawdopodobnia - mając na uwadze doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych - okoliczność zaistnienia ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poddaje w wątpliwość możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Po drugie na fakt całkowitego oderwana ceny Konsorcjum od realiów rynkowych wskazuje także przebieg innych postępowań o dostawę radiofarmaceutyków FDG z lat 2015 - 2018. Zestawienie zawarte w załączniku nr 1 zawiera najprawdopodobniej wszystkie postępowania w zakresie dostawy radiofarmaceutyku FDG w trybie Pzp w innych postępowaniach oferty wykonawców, w tym także Konsorcjum nie różniły się zbytnio pod względem cenowym.

Nie dotyczy to jednak niniejszego postępowania. Wystarczy wskazać, że cena jaką Konsorcjum zaoferowało w niniejszym postępowaniu za jedna dawkę radiofarmaceutyku FDG (311,04 zł brutto) jest najniższa cena kiedykolwiek zaoferowana na Polskim rynku w historii. Jest ona też o ponad 163 zł niższa od ceny za jedną dawkę, jaką Konsorcjum zaoferowało w wygranym przez niego przetargu dla tego samego zamawiającego w roku 2015 r. oraz o 72 zł niższa, niż Konsorcjum zaoferowało w ostatnim przetargu publicznym w którym uczestniczyło dla Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie w styczniu 2018 r.

Podkreślił, że marcu 2018 r. nie zaszły żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby tak radykalne obniżenie oferty ww. wykonawcy, uwzględniając też oferty składane przez tą firmę w latach poprzednich. Dowód: zestawienie nr 1: zestawienie postępowań w przedmiocie dostawy radiofarmaceutyku FDG 2015 - 2018. Konsorcjum w wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2018 r. stwierdza, że w tym postępowaniu zaproponowano „nowy radiofarmaceutyk, który jest produkowany w oparciu o własną licencję, co oznacza brak konieczności doliczania do każdej produkcji kosztów licencji”. Argument ten nie może być jednak uznany za mający znaczenie i dający Konsorcjum przewagę konkurencyjną. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący (a także prawdopodobnie wszyscy pozostali uczestnicy postępowania) również aktualnie nie opłacają już opłat licencyjnych, a fakt ten nie wpłynął znacząco na cenę oferowanego przez nich produktu w stosunku do oferty Konsorcjum. Tym samym w pełni aktualne pozostaje stanowisko Odwołującego, że brak jest okoliczności, które uzasadniałyby tak radykalne obniżenie oferty ww. wykonawcy. Świadczy to o dążeniu przez Konsorcjum do osiągnięcia celu nie powiązanego bezpośrednio z przetargiem, tj. uzyskania zamówienia niezależnie od własnych kosztów. Podkreślił, że Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie miał w ogóle prawnej możliwości wezwania Konsorcjum do ponownych wyjaśnień, lecz powinien podjąć decyzję wyłącznie w oparciu o treść wyjaśnień z dnia 7 marca 2017 r.

Jego zdaniem z dominującego stanowiska orzecznictwa i doktryny wynika, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę ma generalnie charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania podlega odrzuceniu (por. m. in. wyrok SO

w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Na zasadzie wyjątku dopuszcza się możliwość ponownego wezwania, jednakże jedynie wówczas, gdy ze względu na ogólność wezwania do złożenia wyjaśnień, zamawiający uznaje wyjaśnienie pewnych kwestii za niewystarczające. Może wówczas ponownie wezwać wykonawcę, ze wskazaniem, które konkretnie elementy wyjaśnień wymagają doprecyzowania bądź rozszerzenia.

Z tego rodzaju wyjątkową sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiającego z dnia 14 maja 2018 r. jest niemalże identyczna, jak treść poprzedniego wezwania. Wezwanie to ma charakter standardowy i ogólny. Co prawda zamawiający powołuje się w treści wezwania na „sugestie zawarte w wyroku KIO 556/18”, jednakże powyższy wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2018 r. w uzasadnieniu nie odnosił się w ogóle merytorycznie do wyjaśnień w przedmiocie kwestii rażąco niskiej ceny, a jedynie orzekał w zakresie niezasadnego ich utajnienia. Wezwanie nie odnosi się także do kwestii poruszanych w odwołaniu będącym przedmiotem rozpoznania KIO w postępowaniu o sygn. KIO 556/18, w szczególności kwestii niespójności kalkulacji Konsorcjum z danymi zawartymi w sprawozdaniach finansowych Monrol Poland LTD sp. z o.o. Tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do kolejnego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, działania Zamawiającego nie służyły doprecyzowaniu uprzednich wyjaśnień, lecz były raczej próbą „ratowania” sytuacji Konsorcjum poprzez umożliwienie mu złożenia poprawnego oświadczenia - zresztą bezskutecznie. Kierowanie ponownego wezwania w powyższej sytuacji godzi w interesy pozostałych wykonawców, naruszając zasadę ich równego traktowania, jak również prowadzi do przewlekłości postępowania. Z tego też względu wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum (wraz z załączonymi dowodami) w piśmie z dnia 21 maja 2016 r. oraz 28 maja 2018 r. nie mogą być w ogóle brane pod uwagę, a Odwołujący się odnosi się do nich wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności.

Odnosząc się do treści przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień odwołujący podał, co następuje.

Wprawdzie Konsorcjum pismem z dnia 7 marca 2018 r. odpowiedział na wezwanie zamawiającego to jednakże w żadnej mierze nie można stwierdzić, aby to pełne ogólników pismo zawierało tego rodzaju wyjaśnienia, które obalałyby domniemanie rażąco niskiej ceny. Z kolei w dalszych wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2018 r. w pełnym zakresie podtrzymano dotychczasowe wcześniejsze oświadczenia i twierdzenia. Oba te wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe i w ogóle nie odnoszą się do przedmiotu tego konkretnego postępowania, a

często są niezgodne z rzeczywistością lub też stanowią dowolną interpretację stanu faktycznego.

Podnoszona przez wykonawcę kwestia członkostwa w grupie kapitałowej Eczasibasi-Monrol Nuclear Products (por. str. 3 końcowy akapit i str. 6 wyjaśnień) nie ma związku z istotą sprawy, gdyż wyjaśnienia nie zawierają wskazania, w jakim zakresie grupa kapitałowa ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Co więcej i. informacja ta jest obecnie zupełnie nieaktualna i wprowadzająca w błąd, gdyż jak wynika z publicznie dostępnego raportu giełdowego Synektik S.A. nr 7/2018 z dnia 26 marca 2018 r. (dostępnego na stronie internetowej ww. spółki) w dniu 26 marca 2018 r. dokonano zawarcia umowy przyrzeczonej sprzedaży udziałów spółki Monrol Poland LTD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mocą której Synektik S.A. (jako kupujący) nabył 100 % udziałów w spółce Monrol. Tym samym - mając na uwadze fakt podtrzymania przez Konsorcjum „w pełnym zakresie” dotychczasowych wyjaśnień - stwierdzić należy, że są one nieprawdziwe. Fakt, że spółka Monrol Poland LTD poinformowała Zamawiającego jedynie o fakcie zmiany nazwy Spółki i zmianie właściciela - pomijając zupełnie kwestie utraty członkostwa w międzynarodowej grupie kapitałowej oraz związanych z tym korzyści - wskazuje, że w ten sposób wprowadziła w błąd Zamawiającego w tym zakresie.

Z treści wyjaśnień nie wynikają również w żaden sposób rzeczywiste koszty transportu radiofarmaceutyku. Konsorcjum w tym zakresie przedłożyło umowę z 17 listopada 2017 r. zawartą pomiędzy Monrol Poland LTD sp. z o.o. a M. B. Link Express na świadczenie usług transportowych, a zatem wewnętrzną umowę pomiędzy członkami Konsorcjum, które złożyło ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym. Niniejsza umowa w żaden sposób nie wykazuje, ani nawet nie uprawdopodobnia faktycznych kosztów transportu, jakie ponosi członek konsorcjum, M. B. w związku z realizacją zadań objętych umową w zakresie transportu - odnosi się ona wyłącznie do relacji pomiędzy członkami konsorcjum. M. B. Link Express jako członek konsorcjum nie dopełniła obowiązku przedłożenia wyliczeń dotyczących własnych kosztów związanych z umową. Nie można zatem uznać, by koszty transportu były w jakikolwiek sposób wiarygodnie wykazane, a wartość podana w zestawieniu (por. zał. nr 4) jako ustalona na podstawie zapisów „wewnętrznej” umowy nie pokazuje kosztów rzeczywistych - co dyskwalifikuje wyjaśnienia Konsorcjum w tym zakresie.

Dalsze wywody zawarte na stronie 3 i 4 odnoszące się do informacji o cyklotronie zupełnie nie mają znaczenia dla wyjaśnienia ceny. Podkreślić należy, że posiadany przez wykonawcę cyklotron swoją jakością nie odbiega w żaden sposób od cyklotronów posiadanych przez konkurencję.

Akapit 2 na stronie 4 wyjaśnień zawiera więc niezgodne z rzeczywistością zapewnienie, że z powyższych informacji wynika znaczne obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Na stronie 5 w akapicie 2 i 5 wyjaśnień Konsorcjum powołuje się na produkcję na rzecz wielu podmiotów oraz podaje informacje o cyklu produkcyjnym kilkudziesięciu dawek. Informacje te nie odzwierciedlają rzeczywistości. W chwili obecnej Konsorcjum produkuje radiofarmaceutyk jedynie dla 2 podmiotów. Jednocześnie Konsorcjum utracił znaczący kontrakt o wysokiej marży ze Szpitalem Uniwersyteckim w Krakowie. Obecnie zatem - mając na uwadze „aktywne” umowy - z cyklu produkcyjnego Konsorcjum sprzedaje około 20 dawek. Twierdzenia o cyklu produkcyjnym obejmującym kilkadziesiąt dawek i związaną z tą kwestią oszczędnością są więc nieprawdziwe. Jest to szczególnie ważne w kontekście stwierdzenia zawartego w wyjaśnieniach z dnia 28 maja 2018 r., że wartość 28 dawek stanowi minimalną ilość dawek produkowaną w zakładzie produkcyjnym, „wynikającą z umów z kontrahentami”. Wskazać należy bowiem na zupełną niespójność wyjaśnień Konsorcjum z dnia 7 marca 2018 r. oraz z dnia 28 maja 2018 r. Dla kalkulacji wyliczenia jednej dawki na potrzeby niniejszego postępowania Konsorcjum w piśmie z 7 marca br. przyjęło 28 dawkową serię, natomiast z treści pisma z dnia 28 maja br. wynika, że przewidziana seria produkcyjna (28 dawkowa) nie obejmuje w ogóle zamówienia dla Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie. Pozostaje więc pytanie, w ramach jak dużej serii produkcyjnej w rzeczywistości Konsorcjum będzie wytwarzać oferowany produkt.

Na stronie 6 w akapicie 2 spółka powołuje się na „proporcje przychodów z poszczególnych obszarów działalności” pomijając jednak informację, że ma ona w zasadzie jeden podstawowy obszar przychodów, tj. właśnie sprzedaż FDG. Zdecydowana większość kosztów przypada więc na to właśnie źródło. Tym samym zupełnie wadliwe jest np. dzielenie kosztu pracowników na 50%, skoro zajmują się oni wyłącznie produkcją FDG (spółka nie oferuje „innych produktów”). Odnosząc się jeszcze dodatkowo do kwestii pracowniczych, wskazać należy, że niezgodne z prawdą jest stwierdzenie (por. str. 7 akapit 3), które sugeruje niższe koszty zatrudnienia pracowników w zakładzie produkcyjnych w Mszczonowie. Wskazał, że pracownicy zatrudnieni przy produkcji radiofarmaceutyku stanowią na tyle wysoko wykwalifikowaną i rzadko spotykaną na rynku kadrę fachowców, że najprawdopodobniej nie zamieszkują w Mszczonowie, a jeżeli nawet tak jest, to ten fakt nie wpływa w żaden sposób na ich zarobki. Zauważyć należy, że wartość kosztów pracowniczych jest znacząco zaniżona w porównaniu z kosztami pracowniczymi

wykazywanymi w sprawozdaniach finansowych Spółki za poprzednie lata - wątpliwe jest przy tym, że spółka dokonała jakiegóż znaczącej redukcji zatrudnienia w ostatnim czasie.

Z kolei na stronie 7 niemal każde zdanie wyjaśnień zawiera informacje nieprawdziwe bądź informacje bez większego związku z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że stosuje typowy proces produkcyjny. Powoływanie się (w 5 akapicie) na unikatowość i oryginalność produktu, jest twierdzeniem fałszywym. W Polsce zarejestrowanych jest kilkanaście produktów zawierających FDG. Produkcja leków w Polsce jest ściśle regulowana ustawowo i regulacje te nie dopuszczają żadnych „oryginalności w podejściu do produkcji”, a więc uzyskane zgody i pozwolenia nie mogą tego potwierdzać.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum nie przedstawiło również dowodów, które jednoznacznie potwierdzałyby dane zawarte w treści swojej kalkulacji cenowej - jako dowody Konsorcjum określa bowiem (por: zał. 2-41 nie dokumenty zewnętrzne, lecz własne zestawienia ujęte w tabelach. Stwierdził ponadto, że samo oświadczenie wykonawcy nie stanowi dowodu. Wskazał, że nowelizacja art. 90 Pzp wprowadziła z dniem 19 października 2014 r. obowiązek przedstawienia dowodów przy składaniu wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tak więc oświadczenia wykonawcy wybranego na okoliczność jego pozycji zawodowej, technicznej, rynkowej, czy też finansowej, ekonomicznej nie zastępują dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do obowiązków wykonawcy należy przedstawienie pisemnych wyjaśnień, zarówno w postaci uzasadnienia zastosowania takiej, a nie wyższej ceny, jak również w formie odpowiednich dowodów. Użycie w art. 90 ust. Pzp sformułowania „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów” wskazuje, iż dowody traktowane są jako element wyjaśnień wykonawcy. Przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że bezwzględnie należy dostarczyć dowody na te elementy wyjaśnień, które dotyczą okoliczności dostępnych jedynie wykonawcy i tworzą jego przewagę cenową. Jest to szczególnie – jego zdaniem - istotne, gdyż z treści wezwania Zamawiającego z dnia 14 maja 2018 r. wynika jednoznacznie, że Zamawiający domagał się „dostania dodatkowych środków dowodowych zawierających wszystkie aspekty zamówienia” - czego Konsorcjum nie spełniło. Co więcej, w wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2018 r. jako „zasadniczy element obniżający koszty związane z bezpośrednimi kosztami produkcji” Konsorcjum wskazuje specjalny proces oczyszczenia wody wzbogaconej oraz „zwalidowaną” metodę wykorzystania jednego sterylnego zestawu do rozlewu w dwóch niezależnych seriach produkcyjnych. Na powyższe okoliczności - niezwykle istotne w ocenie samego wykonawcy dla stworzenia jego przewagi nad konkurencją-także nie przedłożono żadnego dowodu. Jedynym istotnym – zdaniem Odwołującego - dowodem przedłożonym do wyjaśnień z dnia 21 maja 2018 r. jest umowa

zawarta przez Monrol ze spółką IASON sp. z o.o. dotyczącą dostaw w trybie tzw. back up. Jednakże - niezależnie od tego, że dowód taki jest w ocenie Odwołującego spóźniony - nie może on świadczyć o cenie rynkowej zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, gdyż umowy back up dotyczą zabezpieczenia sytuacji awaryjnych, a zatem ich ceny w zasadniczy sposób odbiegają od cen „standardowych”. Zauważyć też należy, że - mając na uwadze dane finansowe Monrol zawarte w sprawozdaniach finansowych i wiedzę o zawartych umowach na dostawę radiofarmaceutyków - umowa ta prawdopodobnie nie wpłynęła w żaden istotny sposób na przychody Monrol, a zatem najprawdopodobniej jest ona umową niewykonywaną.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że sam fakt nie przedłożenia dowodów, a zwłaszcza tych które miałyby wykazywać elementy tworzące istotne przewagę konkurencyjną Konsorcjum, powoduje, że wykonawca nie wykazał że cena nie jest cena rażąco niską oraz, że pokrywa nakłady jakie musi ponieść wykonawca realizując umowę - co uzasadnia odrzucenie jego oferty. Na marginesie podał - za wyrokiem z dnia 18 października 2016 r. sygn. KIO 1850/16_w analogicznej jego zdaniem sprawie – że KIO uznała wyjaśnienia wykonawcy Monrol Poland LTD SP. z o.o., o treści zbliżonej do złożonych w niniejszym postępowaniu (co wynika z treści uzasadnienia wyroku) jako nie spełniające wymogów art. 90 Pzp i w konsekwencji nakazała odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art.89 ust. 1 pkt 4 w związku z art.90 ust.2 i 3 upzp.

O tym, że w niniejszej sprawie uzasadnione jest przyjęcie zaoferowania przez wykonawcę produktu po rażąco niskiej cenie, przemawia również poniższa analiza wyników finansowych Monrol Poland LTD SP. z o.o. - członka Konsorcjum. Wskazał, że e publicznie dostępnych dokumentach KRS zamieszczono sprawozdania finansowe za lata 2015 i 2016, z których wynika, że sytuacja ekonomiczna Konsorcjum z roku na rok pogarsza się. Analiza sprawozdań wskazuje bowiem, że Spółka Monrol Poland LTD SP. z o.o. wykazała w roku 2016 stratę netto w wysokości 7.558.046,39 zł, tj. o 1.617.138,52 zł wyższą niż w roku 2015. Rachunek wyników w układzie kalkulacyjnym (tab. Nr 2) pokazuje po kolei elementy wpływające na wynik finansowy przedsiębiorstwa. Prawie 100% przychodów Monrol Poland LTD SP. z o.o. pochodzi ze sprzedaży FDG. Tak wysokie straty są więc skutkiem drastycznego deficytu pomiędzy przychodami ze sprzedaży FDG a kosztami ich uzyskania. Innymi słowy są konsekwencją sprzedaży wytworzonych produktów po cenach znacznie poniżej kosztów ich wytworzenia. Sytuacja taka ma charakter chroniczny jak wykazano w tabeli nr 1. Dane dotyczące wolumenu sprzedaży oszacowano na podstawie zgłoszonej do NFZ ilości wykonanych badań przez klientów Monrol Poland LTD SP. z o.o. (tj. szpitali, z którymi ww. spółka ma zawarte umowy). Dane dotyczące kosztów i przychodów z lat 2016 pochodzą ze sprawozdania finansowego. Za rok 2017 do tej pory nie złożono sprawozdania

finansowego. Przychody za rok 2017 zostały oszacowane na podstawie komunikatu giełdowego firmy Synektik S.A. gdzie podano wartość przychodów Monrol Poland LTD SP. z o.o. za pierwsze 10 miesięcy. Przyjęto konserwatywne założenie, że ogólny poziom kosztów Monrol Poland LTD SP. z o.o. pozostał na tym samym poziomie, choć całkowicie uprawnione byłoby przyjęcie kosztów wyższych w związku z ogólnym wzrostem cen i wynagrodzeń oraz istotnym wzrostem skali produkcji sprzedanej.

Tabela nr 1

	2016		2017	
	Wartość	Na 1 sprzedaną dawkę	Wartość PLN	Na 1 sprzedaną dawkę
liczba sprzedanych dawek (estymacja)	2080 sztuk	Nie dotyczy	3300 sztuk	Nie dotyczy
Koszty sprzedanych produktów, towarów i materiałów	4562241,47 PLN	2193,39	4562241,47 PLN	1382,50
Koszty ogólnego zarządu	885440,22 PLN	425,69	885440,22 PLN	268,32
Koszty sprzedaży	581084,55 PLN	279,37	581084,55 PLN	176,09
Koszt całkowity	6028766,24 PLN	2898,45	6028766,24 PLN	1826,90
Przychód ze sprzedaży (estymacja)	1100621,94 PLN	529,13	2200000,00 PLN	666,67
Strata	(-4928144,30) PLN	(-2369,32) PLN	(-3828766,24) PLN	(-1160,23) PLN

W powyższej kalkulacji nie uwzględniono kosztów obsługi zadłużenia. Rzeczywista strata za rok 2017 była wówczas znacznie wyższa. Kalkulacja ta dowodnie wykazuje, że koszty wytwarzania zaoferowanego produktu nie mogą być pokryte z zaoferowanej w postępowaniu ceny 288 netto PLN netto za dawkę, a zatem zaoferowana cena jest rażąco niska.

Poniżej zamieszczono wyciągi z dostępnych sprawozdań finansowych wskazujące źródło danych użytych w powyższej kalkulacji.

Tabela nr 2 „Rachunek zysków i strat Monrol Poland LTD SP. z o.o. (wersja kalkulacyjna

	1.01.2016 - 31.12.2016	1.01.2015 - 31.12.2015	zmiana
Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów, w tym:	1 100 588,80	1033 733,50	6%
od jednostek powiązanych	6360,63	2891,96	
Przychody netto ze sprzedaży produktów	1097800,25	1030841,54	6%
Przychody netto ze sprzedaży towarów i materiałów	2788,55	2891,96	-4%

Koszt sprzedanych produktów, towarów i materiałów, w tym:	4562241,47	4037126,49	13%
od jednostek powiązanych	692036,9	471249,78	47%
Koszt wytworzenia sprzedanych produktów	4559452,92	4034234,53	13%
Wartość sprzedanych towarów i materiałów	2788,55	2891,96	-4%
	;;:F: -3 461652,67	-3 003 392,99	15%
Koszty sprzedaży	581084,55	526752,07	10%
Koszty ogólnego zarządu	885440,22	779262,09	14%
	-4 928 177,44	-4 309	14%

	1.01.2016 - 31.12.2016	1.01.2015 - 31.12.2015	zmiana
		407,15	
Pozostałe przychody operacyjne	8854,17		
Inne przychody operacyjne	8854,17		
Pozostałe koszty operacyjne	10050,95	10197,92	-1%
Inne koszty operacyjne	10050,95	10197,92	-1%
Zysk/(strata) z działalności operacyjnej EBIT	-4 929 374,22	-4 319 605,07	14%
Przychody finansowe	626,59	215940,05	-100%
Odsetki	626,59		
Inne		215940,05	-100%
Koszty finansowe	2629298,76	1837242,85	43%
odsetki w tym:	2111340,54	1539861,38	37%
dla jednostek powiązanych	826943,89		
Inne	517958,22	297381,47	74%
	-7 558 046,39	-5 940 907,87	27%
	-7 558 046,39	-5 940 907,87	27%
Podatek dochodowy			
	-7 558 046,39	-5 940 907,87	27%

Źródło: KRS „Sprawozdanie finansowe Spółki Monrol Poland LTD SP. z o.o.”

Analizując powyższe dane należy – jak podał wykonawca - zwrócić uwagę, że jedynym produktem Spółki oferowanym w postępowaniach przetargowych do roku 2017 była Fluorodeoxyglucose (FDG - Biont). W 2018 roku zaoferowano w postępowaniu w Chorzowie nowy radiofarmaceutyk Fluorodeoxyglucose 18F Monrol. Firma Monrol Poland LTD SP. z o.o. ma również zarejestrowany radiofarmaceutyk MONFCH fluorocholinę, której dotychczas nie oferowała do sprzedaży. Można zatem stwierdzić, że wszystkie koszty ponoszone przez firmę Monrol Poland LTD Sp. Z o.o., zarówno bezpośrednio jak i pośrednio związane z produkcją obciążają właśnie produkcję FDG.

W 2016 roku Spółka Monrol Poland LTD SP. z o.o., osiągnęła przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w wysokości 1.100.588,80 zł., co oznacza wzrost zaledwie o 6,4% (70k) w stosunku do roku 2015. Koszty sprzedanych produktów, towarów i materiałów w 2016 roku wyniosły 4.562.241,47zł i były w stosunku do roku 2015 wyższe, aż o 13%. tj. 525.114.98 zł.

W konsekwencji czego Spółka wygenerowała w 2016 roku stratę brutto ze sprzedaży na poziomie 3.461.652,67zł wobec straty w roku 2015 na poziomie 3.003.392,99zł, tj. większą o 15,25%. Z osiągniętych przychodów ze sprzedaży FDG firma musi pokryć koszty ogólnego zarządu oraz inne koszty funkcjonowania. Nie da się produkować, ani świadczyć usług bez zamawiania materiałów, księgowania, przyjmowania zleceń, reklamy i innych działalności niezwiązanych bezpośrednio z procesem produkcyjnym. W przypadku Monrol Poland LTD SP. z o.o., który nie posiada własnej floty samochodowej i musi korzystać z usług firm transportowych istotną pozycją w sumie kosztów są koszty opakowań, załadunku, wyładunku, przewozu radiofarmaceutyków, bez ponoszenia których nie byłoby możliwe dostarczenie produktu do finalnego odbiorcy. Firma ponosi też koszty marketingu, uczestnictwa w targach, kongresach specjalistycznych. Po doliczeniu kosztów sprzedaży w wysokości 581.084,55zł i kosztów ogólnego zarządu 885,440,22zł Monrol Poland LTD SP. z o.o. osiągnęła w 2016 roku stratę brutto na sprzedaży w wysokości 4.928.177,44zł. Jest ona wyższa w porównaniu z rokiem poprzednim o 618.770,29zł.

Analizując dynamikę kosztów rodzajowych można zaobserwować, że ogólna suma kosztów rodzajowych poniesionych przez badane przedsiębiorstwo w latach 2015-2016 wzrosła o 13%.

W 2016 r, koszty rodzajowe były wyższe o: 688.5 tys. zł, tj. o 13 % w stosunku do roku 2015. Przyrost kosztów najprawdopodobniej związany jest ze wzrostem wielkości produkcji odzwierciedlonym w przychodach ze sprzedaży. Przychody ze sprzedaży wzrosły w rozpatrywanym okresie o 6%, co jest o ponad 7 punktów procentowych mniej od wzrostu kosztów. Na potrzeby kalkulacji wskazanej w tabeli nr 1, w zakresie kosztów roku 2017 r. przyjęto koszty z roku 2016 r. Przyrost kosztów materiałów i energii (13%), usług obcych (29%), wynagrodzeń (15%) wskazuje na wzrost wolumenu produkcji. Odnosząc jednak nieproporcjonalny wzrost kosztów do wzrostu przychodów ze sprzedaży tj. koszty wzrosły 10 razy więcej niż przychody ze sprzedaży wnioskować można, że tak niski wzrost przychodów ze sprzedaży w porównaniu do znaczącego wzrostu kosztów spowodowany jest obniżaniem cen sprzedaży. W całym analizowanym okresie rentowność firmy była ujemna, co świadczy o nieefektywności gospodarowania kapitałem własnym.

Tabela nr 2a „Z rachunku zysków i strat Monrol Poland LTD SP. z o.o. (wersja porównawcza)“.

Wyszczególnienie	2016	2015	dynamika	Wskaźnik dynamiki (%)
Sprzedaż produktów	1094228,17	1030841,54	63386,63	6%
Sprzedaż materiałów	2788,55	2891,96	-103,41	-4%
Sprzedaż usług	3572,08	0	3572,08	
Amortyzacja	1248496,94	1273465,76	-24968,82	-2%
Zużycie materiałów i energii	1109296,22	979572,43	129723,79	13%
Usługi obce	2347780,77	1816616,25	531164,52	29%
Podatki i opłaty	33126,77	55620,74	-22493,97	-40%
Wynagrodzenia	1037885,16	904927,77	132957,39	15%
Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia	197627,7	251118,48	-53490,78	-21%
Pozostałe koszty rodzajowe	54552,68	58927,26	-4374,58	-7%

Źródło: KRS „Sprawozdanie finansowe Spółki Monrol Poland LTD SP. z o.o.“

Bilans Spółki (por. tab. Nr 3) na dzień 31.12.16 po stronie aktywów i pasywów zamknął się kwotą 26.859.404,27zł, co oznacza zmianę (zmniejszenie wartości bilansowej) o 2.433.744,31zł w stosunku do roku 2015. Po stronie aktywów największy spadek odnotowały aktywa obrotowe (inwestycje krótkoterminowe). W pasywach ze względu na ujemny wynik finansowy obserwujemy spadek o 7.558.046,39 w stosunku do 2015 r w pozycji kapitały własne. Wartość kapitałów własnych w 2016 roku osiągnęła wartość minus 14.764.071,42zł. Ujemny kapitał własny wskazuje na zagrożenie kontynuacji działalności Spółki oraz niewypłacalność. Kapitały i zobowiązania stanowią łącznie podstawowe źródło finansowania aktywów. Można więc uznać że stan ujemnych kapitałów przybrał postać trwałą.

O pogarszającej się sytuacji Monrol Poland LTD SP. z o.o. świadczy również wzrost w 2016 roku o 60% zobowiązań długoterminowych. Pomimo zaciągnięcia w 2016r. dodatkowego zobowiązania długoterminowego dla finansowania bieżącej działalności, kapitały stałe nie finansują w pełni aktywów trwałych i obrotowych, co wpływa na niestabilność przedsiębiorstwa. Również wskaźnik płynności I, zarówno w roku 2016 (0,046) jak i 2015 (0,093) wskazują na utratę płynności firmy, a tym samym brak możliwości otrzymania finansowania zewnętrznego, bowiem wskaźnik płynności I pokazuje stopień pokrycia zobowiązań bieżących aktywami obrotowymi. Przyjęta przez banki i podawana w literaturze jego wzorcowa wartość mieści się w przedziale 1,3-2. W roku 2016 wskaźnik płynności I w firmie Monrol Poland LTD SP. z o.o. wynosił zaledwie 0,046, co wywołuje negatywne

konsekwencje dla przedsiębiorstwa i oznacza, iż firma ma, lub w najbliższej przyszłości będzie miała, kłopoty z terminowym regulowaniem zobowiązań

Tabela nr 3 „ Bilans Spółki Monrol Poland LTD SP. z o.o.”

			SIMS
Aktywa trwałe	25807143,34	26967436,64	-4%
wartości niematerialne i prawne	5987,77	3003,48	99%
Rzeczowe aktywa trwałe	25801155,57	26964433,16	-4%
Aktywa obrotowe	1052260,93	2325711,94	-55%
Zapasy	178317,57	211381,8	-16%
Należności krótkoterminowe	660972,39	892764,83	-26%
Inwestycje krótkoterminowe	201436,79	1195233,29	-83%
Krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe	11534,18	26332,02	-56%
Aktywa razem	26859404,27	29293148,58	-8%
Kapitał własny	14764071,42	-7206025,03	105%
Kapitał podstawowy	5000	5000	0%
Zysk (strata) z lat ubiegłych	-7211025,03	-1270117,16	468%
Zysk (strata) netto	-7558046,39	-5940907,87	27%
Zobowiązania i rezerwy	41623475,69	36499173,61	14%
Zobowiązania długoterminowe	17630830,76	11017124,53	60%
Zobowiązania krótkoterminowe	22865660,5	24957399,41	-8%
Rozliczenia międzyokresowe	1126984,43	524649,67	115%
Pasywa razem:	26859404,27	29293148,58	-8%

Źródło: KRS „Sprawozdanie finansowe Spółki Monrol Poland LTD SP. z o.o.”

Podkreślić należy fakt, że w 2017 roku Monrol Poland LTD SP. z o.o. realizował dostawy radiofarmaceutyków do Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie na bardzo dobrych, niespotykanych w innych zamówieniach publicznych warunkach cenowych. Cena dawki wynosiła 690,12zł netto, co pozwoliło Monrol Poland LTD SP. z o.o. zwiększyć przychody ze sprzedaży o około 1 mln. zł. Jednak na początku 2018 roku w postępowaniu przetargowym Monrol Poland LTD SP. z o.o. utracił tego klienta, a tym samym przychody ze sprzedaży. Zakładając, co jest mało prawdopodobne gdyby Monrol Poland LTD SP. z o.o. wygrał wszystkie przetargi, które są ogłoszone, będą ogłoszone lub znajdują się w fazie rozstrzygnięcia tj. postępowanie w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 4 w Lublinie, w SP ZOZ ZSM w Chorzowie, w Dolnośląskim Centrum Onkologii we Wrocławiu to w dalszym ciągu nie osiągnie w 2018 r. pozytywnego wyniku na sprzedaży brutto, nie wspominając nawet o pokryciu kosztów sprzedaży i kosztów ogólnego zarządu.

Przechodząc natomiast do analizy złożonej Konsorcjum kalkulacji zaoferowanej ceny, podkreślił, że w żaden sposób nie można doszukać się żadnych założeń dotyczących przedstawionych wyliczeń, w szczególności opartych na jakichkolwiek dokumentach finansowo - księgowych lub innych. Czyni to przedłożona kalkulacje kompletnie niewiarygodna. Dotyczy to zarówno wskazanych do obliczeń ceny jednostkowej ilości wyprodukowanych dawek, a także: alokacji czasu pracy pracowników (50% przypisane produkcji FDG, nie określono gdzie przypisuje się pozostały czas pracy) jak i prognozy rocznych kosztów wytwarzania (suma kosztów nie odpowiada sumie wykazywanej w rachunku zysków i strat).

Analizując załączony do wyjaśnień tzw. dowód nr 4: „zestawienie kosztów wytwarzania” podał, co następuje.

Firma Monrol podaje, że koszty ogólne, amortyzacja i inne w skali roku wynoszą 300.000,00zł jednocześnie wykazując w sprawozdaniu finansowym za 2016 rok w pozycji amortyzacja koszt w wysokości 1.248.496,94zł, a w pozycji pozostałe koszty rodzajowe 54.552,68zł. Daje to różnicę aż 1.003.049,62zł w skali roku. Jeżeli przyjąć by deklarowaną przez Monrol wielkość produkcji dawek na rok to różnica na dawkę wynosi aż 100,43zł. Podobnie pozycja koszt personelu. W sprawozdaniu finansowym Monrol za 2016 rok koszty wynagrodzeń wykazano w kwocie 1.037.885,16, a koszt narzutów na wynagrodzenia (składki ZUS) w kwocie 197.627,7. Zakładając, tak jak wskazuje Monrol, że 50% kosztów personelu jest „gdzieś” alokowane to koszt (pozostałe 50%) do wyliczenia ceny 1 dawki powinien wynosić co najmniej 617.756 zł, a nie jak wskazuje Monrol 220.000zł. Przyjmując wielkość produkcji deklarowaną przez Monrol w zestawieniu dawek na rok różnica w wycenie 1 dawki wynosi aż 56,82zł.

Dużą pozycją kosztów w rachunku zysków i strat za 2016 rok jest koszt usług obcych w kwocie 2.347.780,77zł. Na koszt usług obcych składają się m.in. usługi transportowe, serwisowe, najmu i dzierżawy, itp.) Z kalkulacji ceny Monrol, wynika, że dla deklarowanej ilości dawek koszt transportu wyniesie 345.870zł. Monrol w żadnym miejscu kalkulacji nie uwzględnia kosztów serwisu i przeglądów cyklotronu, które są konieczne i wymagane dla funkcjonowania tego typu produkcji. Jedyne wykazane koszty usług obcych to usługa transportowa. Odnosząc to zatem do sprawozdania finansowego pozostaje różnica niewykazanych w kalkulacji kosztów na poziomie 2.000.191zł co daje dodatkowy koszt na dawkę 286 zł.

W zestawieniu nie uwzględniono także z pewnością znacznych kosztów utrzymania ośrodka produkcyjnego Spółki - co czyni zestawienie niepełnym.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji ceny przedstawionej przez Monrol nie uwzględniono wszystkich kosztów ujętych w sprawozdaniach finansowych. Załącznik nr 4 zawiera zatem nierzetelne dane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21 czerwca 2018 r.) oświadczył, że nie uwzględnia w całości podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazując na następujące okoliczności:

Na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 - 4 ustawy Pzp wniósł o odrzucenie danego odwołania. Odwołujący podnosząc zarzuty inne niż w odwołaniu sprawie KIO 556/18, składa je znacznie po ustawowym terminie, natomiast pozostałe zarzuty są identyczne jak w sprawie KIO 556/18 i były przez Izbę rozpatrywane oraz Zamawiający precyzyjnie wykonał wyrok Izby.

Ustosunkowując się natomiast do zarzutów podniesionych w odwołaniu podtrzymał dokonane przez siebie czynności oraz wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: Monrol Poland LTD Sp. z o.o. i M. B. Link Express.

W uzasadnieniu stanowiska podał, że wbrew twierdzeniom wnoszącego odwołanie, Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującą przepisów ustawy i tak względem poszczególnych zarzutów.:

(i) naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający miał prawo, zgodnie z orzecznictwem Izby dokonywać kolejnych wezwań w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej Ceny. Sama Izba w wydanym wyroku KIO 556/18 w uzasadnieniu wskazała Zamawiającemu, że dowody na rażąco niską cenę mają być przedłożone przez wykonawcę w procesie wyjaśniania, a nie w przystąpieniu lub na rozprawie, Również przepisy ustawy nie blokują Zamawiającemu dokonywać wielu wezwań o wyjaśnienie ceny oferty, gdy Zamawiający skutkiem pierwszych wyjaśnień nadal ma wątpliwości, czy przedłożoną cenę uznać za realną. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywiania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych (KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15; Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10).

(iii) naruszenie przepisu art. 7 pkt. 1 ustawy Pzp

Zarzucanie mu złamania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, w sytuacji danego postępowania, jest nieuzasadnione. Traktował wszystkich wykonawców w sposób jednakowy, bezstronny z poszanowaniem przepisów ustawy. Zamawiający nie wykonywał rażąco niskiej ceny do Odwołującej i tym samym nie mógł nierówno potraktować wykonawców w tym względzie. Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu.

(iv) naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy wykonał wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny -- dowody w aktach sprawy.

(v) Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych do nieuznania przedstawionych wyjaśnień.

(vi) Zamawiający oszacował dane zamówienie na podstawie zeszłorocznej umowy na dane zamówienie. Tym samym złożona podnoszona oferta nie jest niższa o 30% względem kwoty przeznaczonej na zadanie. Natomiast cena oferty najkorzystniejszej jest niższa od średniej wszystkich złożonych ofert o około 24%. Należy w tym miejscu dopatrywać się raczej zawyżenia szacunku przez Zamawiającego na przedmiocie zamówienia. Zamawiający przy szacowaniu nie wziął pod uwagę corocznego obniżania cen danego specyfiku ze względu na Pojawiająca się coraz to większą konkurencję na rynku

Zamawiający ocenia, że cena Oferty jest niska, a nie rażąco niska. Wskazał także, że ponowne odwołanie się firmy Voxel w odniesieniu do rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, uniemożliwia Zamawiającemu zawarcie umowy oraz zyskuje kontynuując sprzedaż radiofarmaceutyku na podstawie poprzedniej umowy. Zamawiający jest zmuszony do zabezpieczenia dostaw, a zgodnie treścią umowy i na podstawie aneksu realizuje je u dotychczasowego dostawcy, którym jest Odwołujący.

Cena podnoszonej przez Odwołującego oferty nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jak wykazano w wyjaśnieniach podnoszony Wykonawca jest producentem danego specyfiku.

Jednocześnie pokazana kalkulacja (dowód w sprawie) Wykonawcy skutkiem wykonanej instytucji wyjaśniającej rażąco niską cenę, jednoznacznie wskazują na realność ceny (Wykonawcy) w zakresie poprawnego wykonania zadania zamówienia publicznego« Przedstawiona kalkulacja wykazuje wszelkie składniki kosztów wytworzenia danego specyfiku. Przystępujący jednoznacznie udowodnił realność zaoferowanej ceny.

Odwołujący w odwołaniu w żaden sposób nie przedstawił dowodów, że oferta Wykonawcy będącego przed nim w rankingu złożonych ofert, zawiera rażąco niską cenę nawet nie wskazał tego elementu w treści merytorycznej odwołania.

Nd uwagę zasługuje fakt kalkulacji kosztów Odwołujący tego samego przedmiotu zamówienia, którą w wyjaśnieniach swojej rażąco niskiej ceny przedstawił dla Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu w piśmie z dnia 30 stycznia br na stronie czwartej wyjaśnień w akpt. 5 napisał „suma kosztów związanych bezpośrednio z kosztem produkcji, sprzedaży i transportu jednej dawki fludeoxyglucose (SteriPET) wynosi: 239,28 zł...” (dowód w załączeniu). Podczas gdy: „Jedna dawka w danym postępowania została zaoferowana przez Przystępującego w kwocie 311,04 zł sytuacji, gdy Przystępujący nie ponosi kosztów licencji leku (jest to jego produkt) oraz ma unikatową, bardzo wydajną i ekonomiczną linię produkcyjną. Sam Odwołujący pokazuje koszt produkcji o ponad 70 zł taniej, a Przystępującemu zarzuca rażąco niską cenę co, w kontekście prowadzonego wywodu, jest stwierdzeniem nielogicznym. Czynności Zamawiającego zostały wykonane zgodnie z przepisami ustawy i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo wskazał m.in. na sprawę KIO 165/15.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (w piśmie z dnia 14 czerwca 2018 r.) przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): Synektik Pharma Sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: M. B. Link Express z siedzibą w Warszawie (Przystępujący) wnosząc także o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła iż zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało wniesione w zakresie Pakietu 1, który dotyczy: „Dostawy radiofarmaceutyku – 18 – FDG”.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia odwołania, także na wskazywanej przez Zamawiającego i popieranej przez Przystępującego podstawie prawnej z art. 189 ust.1 pkt 3 i 4 Pzp.

Pierwsza z podstaw (pkt 3) nakazuje odrzucenie odwołania wtedy, jeżeli: „3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;”, a druga z kolei (pkt 4) , gdy: „4. odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem

rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się (...). Odwołujący bowiem podnosząc zarzuty wobec:

- ✓ czynności: (1) oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm: Monrol Poland LTD sp. z o.o. (aktualnie Synektik Pharma sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) oraz M. B. Link Express (dalej: w skrócie Konsorcjum) w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w przedmiocie rażąco niskiej ceny; oraz (2) ponownego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w przedmiocie rażąco niskiej ceny pismami Zamawiającego z dnia 14 maja 2018 r. oraz 24 maja 2018 r.;
- ✓ zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- ✓ wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum

- nie uchybił w niniejszym stanie faktycznym terminowi do wniesienia odwołania. Co prawda zarzuty, co do rażąco niskiej ceny i wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum są analogiczne, co do ich prawnego aspektu, jednakże nie są oparte na identycznej podstawie faktycznej jak w sprawie KIO 556/18 oraz wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie były przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygane w wyroku z dnia 10 kwietnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 556/18). Tak jak słusznie podnosił Odwołujący na posiedzeniu, KIO w tym wyroku (w jego uzasadnieniu str 17) stwierdziła, że: *„Wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego niewłaściwej oceny przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba zgodnie z konstrukcją odwołania i postawieniem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 Pzp jako zarzutu ewentualnego, który Odwołujący postawił tylko na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego dot. tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania. W ocenie Izby Odwołujący jako podmiot wszczynający postępowanie odwoławcze może ukształtować zarzuty zgodnie ze swoją wolą, również w zakresie formułowania zarzutów z ostrożności procesowej, których rozpoznanie powinno nastąpić tylko w przypadku nie uwzględnienia zarzutu podstawowego. W szczególności w niniejszym przypadku zastrzeżenie poczynione przez Odwołującego należy uznać za racjonalne, gdyż brak znajomości szczegółowej argumentacji Konsorcjum co do sposobu ustalenia ceny, uniemożliwia mu formułowanie zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, opartych na faktycznych podstawach.”* Z kolei zaskarżone czynności wezwania z dnia 14 maja br i 24 maja br zostały podjęte po wydaniu wskazanego orzeczenia a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum (ponownego wyboru) wynika z decyzji z dnia 29 maja 2018 r.

Zarzuty podniesione w odwołaniu, co do ich meritum nie są zasadne.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że na gruncie ustawy Pzp nie ma przeszkód, aby zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości [oczywiście (jak wskazała Izba przykładowo: w wyroku o sygn. akt: KIO 1490/15 i KIO 1577/15 oraz KIO 1584/15) poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie udziela wyjaśnień, albo też bez obiektywnej uzasadnionej przyczyny spóźnia się z ich udzieleniem]. Oceniając bowiem wyjaśnienia zamawiający powinien kierować się zasadami logiki oraz posiadaną przez siebie profesjonalną wiedzą w zakresie tego rodzaju zamówień i znajomością rynku, zwłaszcza lokalnego, na którym zamawia dany produkt, jak w przypadku tego radiofarmaceutyku, od lat. Wyjaśnień nie może oczywiście przyjmować tylko *pro forma* (byle zostały jakieś złożone), ale oceniać je przez pryzmat ich realności, a mianowicie czy realne jest uzyskanie produktu za oferowaną cenę. W stanie faktycznym tej sprawy w kierowanych do Konsorcjum wezwaniach (z dnia 14 maja oraz 24 maja) stanowiących uzupełnienie wezwania z dnia 2 marca 2018 r. Izba nie dopatrzyła się wskazywanych przez Odwołującego wadliwości, a wręcz przeciwnie pierwsze z wezwań miało charakter ogólny, a udzielone wyjaśnienia z dnia 7 marca 2018 r. stanowiły odpowiedź na to wezwanie. Zatem Zamawiający wobec sporu wszczętego odwołaniem z dnia 26 marca 2018 r. miał podstawy kierować kolejne wezwania, celem uzyskania wszechstronnych danych dla wnikliwej oceny oferowanej przez Konsorcjum ceny jednostkowej za radiofarmaceutyk.

Przechodząc do oceny ustaleń Zamawiającego, że oferowana cena jednostkowa w kwocie 311,74 zł nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości możliwość realizacji dostawy za taką cenę zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów Izba, uznając brak podstaw do ich kwestionowania, miała na uwadze następujące okoliczności:

- ✓ Konsorcjum wraz z wyjaśnieniami przedłożyło kalkulację szczegółową, która dotyczy składników kosztów wytworzenia specyfiku, obejmującą m.in. Zestawienie: (D.2) kosztów materiałowych; (D.3) kosztów związanych z wynagrodzeniami pracowników; (D.4) kosztów wytworzenia oferowanego specyfiku. Przedłożyło także (D.6) umowę na transport specyfików.
- ✓ Konsorcjum odpowiedziało na każde dodatkowe zapytania, także w zakresie odnoszącymi się do nowej – wbrew twierdzeniom Odwołującego - okoliczności dotyczącej cyklotronu.
- ✓ Konsorcjum wykazało, że jest producentem (jeden z jej członków) oferowanego specyfiku.

Izba uznała za niesłuszne wnioskowanie Odwołującego o pominięcie dowodu z faktury przedłożonej na rozprawie, a która to faktura pokazuje, że Odwołujący sporny

radiofarmaceutyk nabywa od firmy Jason za cenę nabycia 207 zł. Także Izba uwzględniała powołaną przez Zamawiającego okoliczność z pisma z dnia 30 stycznia 2018 r. (wyjaśnienia Odwołującego skierowane do Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu), że: „Suma kosztów związanych bezpośrednio z kosztem produkcji, sprzedaży i transportu jednej dawki fludeoxyglucose (SteriPET) wynosi 239, 28 zł (...), która to okoliczność dotyczy ceny ofertowej Odwołującego za analogiczny produkt z przetargu rozstrzygniętego także w 2018 roku.

Tym samym zarówno kalkulacja jak i pozostałe wskazane okoliczności świadczą o realności zaferowanej ceny przez Konsorcjum. Wymaga także zauważenia i podkreślenia, że Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił przeciwnych dowodów na twierdzenia, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Odnosnie eksponowanych w odwołaniu i na rozprawie okoliczności związanych z aspektami finansowymi lidera Konsorcjum i członka Konsorcjum, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że ocena czy cena oferowana nie jest rażąco niska następuje przez pryzmat realności oferowanej ceny, a nie poprzez badanie podziału kosztów pomiędzy konsorcjantami, czy ich kondycji finansowej, (z wyjątkiem sytuacji, które mogłyby prowadzić do wykluczenia takiego podmiotu z postępowania według podstaw przewidzianych ustawą Pzp), czy też innych kosztów, nie związanych z produkcją specyfiku, na które tak drobiazgowo wskazywał w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący (przykładowo: koszty najmu nieruchomości czy wartość polisy ubezpieczeniowej – ponoszone co najmniej w skali roku). Okoliczność zmiany uczestnictwa w międzynarodowej grupie kapitałowej na rzecz uczestnictwa w krajowej grupie kapitałowej i brak o tym informacji w kolejnych wyjaśnieniach Konsorcjum jest dla rozstrzygnięcia kluczowego zarzutu w tej sprawie - rażąco niskiej ceny-bezprzedmiotowa. Odwołujący ponadto w żaden sposób nie wykazał, jak ta okoliczność mogłaby mieć wpływ na oferowaną cenę jednostkową. W tym miejscu Izba zauważa, że nawiązane zostały przez Lidera Konsorcjum relacje biznesowe w ramach nowej grupy kapitałowej z firmą Jason, która to firma – według faktury wskazanej – jest sprzedawcą radiofarmaceutyku za atrakcyjną cenę 207 zł na rzecz Odwołującego, a nie cenę aktualnej dostawy na rzecz tego Zamawiającego na podstawie aneksu do umowy podstawowej – z uwagi na trwające postępowanie odwoławcze – w kwocie ca' 470 zł.

Zatem ustalenia w tej sprawie nie potwierdziły zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z jej art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp w związku z jej art. 7 ust. 1 a tym samym w świetle tych ustaleń także nie jest zasadny zarzut naruszenia

art. 7 ust. 3 Pzp podnoszony wobec wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu 1.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....