

Sygn. akt: KIO 165/15

**WYROK**  
z dnia 9 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **Eckert & Ziegler f-con Deutschland, ul. Nicolaus August Otto Str 7a, D-56357 Holzhausen, Niemcy** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej, ul. Szpitalna 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza**

przy udziale **wykonawcy Voxel S.A., ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eckert & Ziegler f-con Deutschland, ul. Nicolaus August Otto Str 7a, D-56357 Holzhausen, Niemcy** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Eckert & Ziegler f-con Deutschland, ul. Nicolaus August Otto Str 7a, D-56357 Holzhausen, Niemcy** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Eckert & Ziegler f-con Deutschland, ul. Nicolaus August Otto Str 7a, D-56357 Holzhausen, Niemcy** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej, ul. Szpitalna 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza** kwotę **3 879 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę radiofarmaceutyków dla Zakładu Medycyny Nuklearnej Szpitala Specjalistycznego w Dąbrowie Górniczej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 12 listopada 2014 r. pod nr 2014/S 218-385158.

W postępowaniu tym wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland z siedzibą w Holzhausen w Niemczech (dalej: „Odwołujący”) w dniu 26 stycznia 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 15 stycznia 2015 r. pocztą elektroniczną.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 28 stycznia 2015 r. W dniu 30 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę: Voxel S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 4 lutego 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na:

- 1) wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Przystępującego,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTERFREIGHT Międzynarodowa Logistyka Transportowa R. R. z siedzibą w Opolu (dalej: „Konsorcjum AAA”), pomimo że oferty rzeczonych wykonawców zawierają rażąco niską cenę, a ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechania dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, całości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości, ewentualnie bezpodstawne uznanie, że zawarte w wyjaśnieniach informacje noszą (w całości) znamiona tajemnicy przedsiębiorcy.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy cena oferty tego 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 Pzp 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;
- 2) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. 2003 r. nr 153, poz. 1503, ze zm.) (dalej: „*uznk*”), oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, całości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AAA w sytuacji, gdy cena oferty tego 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 Pzp 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,

- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i Konsorcjum AAA, pomimo że złożenie ofert przez tych wykonawców 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,
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Przystępującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty Konsorcjum AAA w sytuacji, gdy złożone przez nich oferty podlegają odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W swoim odwołaniu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert, a w ich wyniku odrzucenie oferty Przystępującego oraz oferty Konsorcjum AAA oraz wyboru, jako najkorzystniejszej ze złożonych w postępowaniu ofert, oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz Konsorcjum AAA z uwagi na okoliczność, iż wykonawcy ci zaoferowali rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał na okoliczności faktyczne w niniejszym postępowaniu to, że przedmiotem zamówienia jest dostawa radiofarmaceutyku 18F-FDG (fluoro- deoksy-glukoza, roztwór do wstrzykiwań dożylnych) (dalej: „FDG”), a Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę: 1 406 625,00 zł netto, co daje kwotę 1 519 155,00 zł brutto. Wskazał, że cenę za dostawę jednej dawki FDG Zamawiający oszacował w przybliżeniu na kwotę 1 215,32 zł brutto. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 3 listopada 2014 r. na podstawie „planowanych kosztów”, a w postępowaniu oferty dożyło trzech wykonawców:

- 1) Odwołujący z ceną ofertową 1 251 450,00 zł brutto,
- 2) Przystępujący z ceną ofertową 687 150,00 zł brutto,
- 3) Konsorcjum AAA z ceną ofertową 722 250,00 zł brutto.

W związku z powyższym wskazał, że cena zaoferowana przez Przystępującego stanowi jedynie 45% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, zaś oferta Konsorcjum AAA 47%.

Przed przedstawieniem zarzutów odnoszących się do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Odwołujący, wskazał, że wykonawca ten niezasadnie objął całość wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2015 r., zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający bezpodstawnie uznał rzeczony zastrzeżenie za skuteczne, odmawiając następnie ich odtajnienia na wniosek. Zdaniem Odwołującego informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uzk, a zatem nie mogą stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności wskazał, że skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę zakazu udostępniania informacji - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uzk i to właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. Zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji owe przesłanki wystąpiły (powołał się na uchwałę SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05). Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał na zasady badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 101659/12, wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r., KIO 322/11, wyrok KIO z 11 lipca 2013 r., KIO 1529/13, wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1535/14, wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2710/12). Tymczasem Zamawiający wedle Odwołującego nie podjął jakichkolwiek starań, aby zweryfikować skuteczność zastrzeżenia przez Przystępującego informacji zawartych w wyjaśnieniach, przesądzając z góry, że zawarte w nich informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie mając wglądu do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, mając jednak na uwadze treść wyjaśnień złożonych przez innych wykonawców, w pierwszej kolejności zarzucił, że wyjaśnienia Przystępującego nie wskazują, 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 Przystępujący jest właścicielem zakładu i urządzenia do produkcji 18-FDG (cyklotronu), jak również to, że w świetle przedstawionych do oferty dokumentów będzie samodzielnie produkt ten transportował do Zamawiającego, zdaniem Odwołującego po stronie Przystępującego istniał obowiązek przedstawienia wszystkich kosztów, jakie wykonawca ten będzie ponosił z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia oraz wykazania, że koszty te jest w stanie pokryć z ceny ofertowej. Podkreślił, że nie wystarczające jest 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 – według Odwołującego - powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy. Jego zdaniem jeżeli w wyjaśnieniach Przystępującego brak szczegółowych informacji na temat ponoszonych przez niego kosztów, w tym dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości (np. w postaci ofert dostawców materiałów, umów z dostawcami, mediów itp.), wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a wykonawca ten nie podolał spoczywającemu na nim po myśli art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi dowodu. Podkreślił, że ewentualne przedstawienie przez Przystępującego kosztów produkcji oferowanego produktu, kosztów jego transportu, kosztów ogólnego zarządu i wysokości marży nie może poprzestawać na rozbiciu ceny ofertowej na wskazane pozycje kosztowe, bowiem każdą cenę ofertową można bowiem rozbić na części składowe, dopóki jednak nie ma dowodu na poprawność tego „rozbicia”, wyjaśnienia nie niosą ze sobą żadnej wartości merytorycznej. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, iż sytuacja, kiedy wykonawca składa lakoniczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp winna być zrównana w skutkach prawnych z sytuacją nie złożenia wyjaśnień, a co za tym idzie winna skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego. Wskazał też, że Przystępujący 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.

Odwołujący wskazał, że ani Przystępujący, ani Konsorcjum AAA nie znajdują się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej. Po pierwsze wskazał, że w zasadzie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu 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 – według niego - 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 i tym samym - jego zdaniem - każda ze spółek korzysta 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 i Przystępujący, składając ofertę w niniejszym postępowaniu powinien 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 Przystępujący, nawet jeśli wskazał w swoich wyjaśnieniach, jaka jest wysokość tychże kosztów produkcji, podał wartości zaniżone. Jego zdaniem znając 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.

Co do oferty Konsorcjum AAA Odwołujący podkreślił, że w dniu 7 stycznia 2015 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokości zaoferowanej przez niego ceny. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum AAA przedłożyło wyjaśnienia z dnia 9 stycznia 2015 r., które zdaniem Odwołującego, w świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, można uznać za niezłożone. Zwrócił też uwagę na dyspozycję art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, w jego znowelizowanym brzmieniu (po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp w dniu 19 października 2014 r.), który to przepis przerzucił ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny z zamawiającego na wykonawcę. Podkreślił te, że na taki kierunek interpretacji tego przepisu wskazywano również przed nowelizacją (wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1561/14, 1577/14, wyrok KIO z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt: 2031/14). Tymczasem, wedle oceny Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum AAA są nierzetelne i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ich ogólności - odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, ale i do innych postępowań, wobec czego Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez wykonawcę cena ma charakter rynkowy.



Podkreślił, że Konsorcjum AAA - wbrew wyraźnie sformułowanemu wezwaniu Zamawiającego - nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów na poparcie realności zaoferowanej przez niego ceny i z tego tylko względu wyjaśnienia te nie zasługiwały na uwzględnienie i przemawiały za koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum AAA w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał też, że nie mogą zostać uznane za wystarczające przywołane w wyjaśnieniach, niepoparte żadnymi dowodami, np. w postaci faktur, czy umów z personelem, a jednocześnie tożsame dla większości wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, okoliczności wskazane w tych wyjaśnieniach, bowiem konieczne jest wykazanie wpływu czynników wskazanych przez wykonawcę na zaoferowaną cenę (przywołał wyrok KIO z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 960/13). Skoro zatem wyjaśnienia nie zawierają okoliczności wskazujących na obiektywne czynniki pozwalające Konsorcjum AAA na zaoferowanie tak drastycznie niskiej ceny ofertowej, to według Odwołującego należy przyjąć, że w niniejszym przypadku w ogóle nie zostały złożone. Wyjaśnienia Konsorcjum AAA nie zawierają zdaniem Odwołującego żadnych dodatkowych argumentów, czy wyjaśnień odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny przez wykonawcę, Konsorcjum AAA nie wykazało 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. Podkreślił też, że 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. Wskazał, że sam koszt wytworzenia 1 dawki FDG, wynosi - wedle dostępnych Odwołującemu 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 Konsorcjum AAA wody wzbogaconej, kaset, fiolek), koszty zakupu i funkcjonowania cyklotronu, w tym koszty zatrudnienia pracowników, koszty dostaw i mediów, koszty niezbędne do utrzymania sprawności cyklotronu (napraw, serwisu), koszty ogólne spółki (w tym ubezpieczenia, audyty, koszty pozyskania zezwoleń), koszty finansowe działalności itp. Przy tym podkreślił, że koszt, o którym mowa, jest tym wyższy w przeliczeniu na dawkę im mniejsza jest skala produkcji, zaś w przypadku Konsorcjum AAA czynnik ten działa na niekorzyść wykonawcy - ilość FDG produkowanego przez wykonawcę jest stosunkowo niewielka. Podkreślił, że Konsorcjum AAA w swoich wyjaśnieniach nie odniosło się w zasadzie do żadnego z tych elementów kosztotwórczych, poprzestając - w pewnym uproszczeniu - na stwierdzeniu, iż koszty produkcji FDG są w jego przypadku niskie, bo

należy do grupy kapitałowej, a stwierdzenie to – zdaniem Odwołującego - nie ma żadnej wartości poznawczej i jako takie nie może stanowić dowodu na rynkowy charakter zaoferowanej ceny. Podkreślił też, że Konsorcjum AAA w swoich wyjaśnieniach kwestionuje zasadność wezwania go do wyjaśniania jego ceny ofertowej, wskazując, że zarzut odnoszący się do rażąco niskiej ceny stawiany jest zarówno Konsorcjum AAA, jak i Przystępującemu, bowiem w postępowaniu zostały złożone dwie oferty z nierynkowymi cenami. Wskazał dodatkowo, że na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień ceny danego wykonawcy, a 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 jego zdaniem Konsorcjum AAA nie skorzystało z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 grudnia 2014 r., a co za tym idzie w tej sytuacji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania do niej kolejnego, uzupełniającego wezwania. Takie wezwanie w jego ocenie służyłoby wyłącznie obejściu dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe wedle Odwołującego Zamawiający winien był odrzucić ofertę Konsorcjum AAA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podkreślił, że 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 Pzp, ale także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wedle Odwołującego ceny zaoferowane przez Przystępującego oraz Konsorcjum AAA, nosząc znamiona rażąco niskich, zostały ukształtowane na takim 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. Przywołał dyspozycję wskazanych przepisów i na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r., sygn. akt: 1561/14, 1577/14). Podkreślił, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż działania wykonawców są nakierowane na eliminowanie z rynku Odwołującego, a zaoferowanie przez Przystępującego i Konsorcjum AAA drastycznych, nierynkowych i niekonkurencyjnych cen stanowi klasyczny przypadek nieuczciwej walki wykonawcy o zamówienie, mający na celu eliminację jego konkurentów z rynku, bowiem 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 konkurować z wykonawcą dopuszczającym się opisywanego działania. Jego zdaniem wykonawca oferujący stawki wynikające z rynkowej

wartości świadczenia, uwzględniające zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, zostaje postawiony w znacznie gorszej sytuacji.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie jako dowody w sprawie przedstawił:

- artykuł „Rachunek kosztów działań w produkcji FDG...” opublikowany 20 września 2007 r. na okoliczność wykazania, jakie rodzaje kosztów wiążą się z produkcją FDG i na jakim poziomie koszty te kształtują się na rynku. Na podstawie tych materiałów Odwołujący wskazywał, że koszt minimalny produkcji jednej dawki FDG, przy założeniu produkcji w dwóch seriach tego środka, to koszt min. 155 euro, który powinien być zwiększony do wartości 178 euro za dawkę z uwagi na czynnik czasowy (artykuł powstał w 2007 r., a od tego czasu cena za dawkę farmaceutyku wzrosła);
- ofertę handlową dla Odwołującego dotyczącą kosztów transportu na trasie Szeligi-Kraków zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego na okoliczność wykazania, jak kształtują się koszty transportu radiofarmaceutyku, wskazując jednocześnie, że koszt transportu farmaceutyku przez Przystępującego to wartość nie mniejsza niż 250 zł za jeden transport;
- plik dokumentów (faktur) wraz z ich zestawieniem, na okoliczność wykazania, iż ceny materiałów niezbędnych do produkcji FDG w ostatnim czasie znacząco wzrosły.

Odwołujący z ostrożności procesowej złożył także wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego o specjalizacji z zakresu produkcji i kosztów produkcji FDG, ewentualnie w razie braku takiego biegłego o specjalizacji księgowość, finanse, rachunkowość, ekonomika przedsiębiorstw na okoliczność ustalenia, czy cena zaoferowana przez Przystępującego odpowiada warunkom rynkowym, tj. czy obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji, w wysokości pozwalającej na co najmniej nie poniesienie przez Przystępującego straty, w szczególności, czy cena pokrywa wszystkie koszty wyprodukowania i dostawy FDG.

Zamawiający przedłożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił w niej, że wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu został dokonany prawidłowo, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz kryteriami ustalonymi w postępowaniu i Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego ani też Konsorcjum AAA, albowiem złożenie tych ofert nie stanowiło czynu

nieuczciwej konkurencji, co Zamawiający stwierdził w oparciu o wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców. Jednocześnie też Zamawiający podkreślił, że nie zaniechał dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego informacji zwartych w udzielonych przez niego wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2015 r., w których określił on sposób kalkulacji ceny i wykazał, że zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, albowiem pismo to zawierało również szczegółowe uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych w nim informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, które było dla Zamawiającego wystarczające dla uznania, że brak jest podstaw do odtajnienia zastrzeżonych przez tego wykonawcę informacji. Zamawiający wskazał też, że działając w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i biorąc pod uwagę ustaloną przez siebie wartość zamówienia zwrócił się do dwóch wykonawców (Przystępującego i Konsorcjum AAA) o wyjaśnienie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zastały zastrzeżone przez wykonawcę jako jego tajemnica przedsiębiorstwa, która w oparciu o uzasadnienie Przystępującego podlegała badaniu przez Zamawiającego. W wyniku tego badania Zamawiający potwierdził, że w tym przypadku mamy do czynienia ze skutecznym zastrzeżeniem informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy.

Co do samej treści wyjaśnień Przystępującego Zamawiający określił, iż zawierają one opis wielu aspektów dotyczących realizacji umowy, które w szczególności i przekonujący sposób wykazują, że przy zachowaniu wymogów SIWZ Przystępujący jest w stanie zrealizować zamówienie za zaproponowaną cenę. W ocenie Zamawiającego były to wyjaśnienia wyczerpujące i szczegółowe, zaś wskazany przez Odwołującego sposób udokumentowania sposobu kalkulacji ceny nie jest jedynym dopuszczalnym sposobem i nie oznacza, że każdy inny wykonawca ma się do niego zastosować. Zdaniem Zamawiającego każda firma sama decyduje o czynnikach wpływających na sposób kalkulowania ceny ofertowej.

Co do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji podkreślił, że ewentualne potwierdzenie rażąco niskiej ceny nie oznacza automatycznie wypełnienia się drugiej z przesłanek ustawowych do odrzucenia oferty. Wskazywał, że przesłanka rażąco niskiej ceny nie wymaga jednoczesnego wykazania innych elementów wynikających z uznania, wskazujących na nieuczciwe praktyki, tymczasem cały zarzut Odwołującego w tym zakresie opiera się na powieleniu przez niego argumentów dotyczących wysokości cen. Podkreślił, że Odwołujący w tym zakresie powinien wykazać, że wykonawcy dopuścili się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, co nie zostało wykazane, zaś ciężar dowodu w tym przypadku obciąża Odwołującego.

Co do zarzutów dotyczących Konsorcjum AAA wskazał, że również przyjął złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia za wystarczające. Podkreślił, że co prawda wyjaśnienia te w świetle wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego wydają się lakoniczne, to jednak właśnie z uwagi na uzasadnienie Przystępującego, wskazujące na zasadność i realność zaproponowanej ceny, Zamawiający uznał drugie z wyjaśnień za wystarczające i wskazujące wiele istotnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Jednocześnie też zauważył, że nawet gdyby przyjąć, że wyjaśnienia te nie są wystarczające, to ewentualne uchybienia w tym zakresie nie miały wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Konsorcjum AAA została oceniona jako druga w kolejności.

Zamawiający swoje stanowisko podtrzymał w toku rozprawy, wnosząc o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Przystępujący, składając swoje przystąpienie oraz w toku rozprawy w pełni poparł stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy jako dowody w sprawie przedstawił:

- sprawozdanie zarządu z działalności grupy kapitałowej VOXEL za rok 2013,
- rozszerzony skonsolidowany raport kwartalny za okres 1 stycznia - 30 września 2014 r.;
- informację bieżącą sporządzoną 15 stycznia 2015 i 21 stycznia 2015 r., na okoliczność wykazania modelu biznesowego Przystępującego, ilości produkcji radiofarmaceutyku, sposobu przypisania kosztów ogólnych do działalności produkcyjnej radiofarmaceutyku oraz
- wyciąg ze strony internetowej, dotyczący opisu projektu finansowanego z EFRR oraz listę beneficjentów programu Innowacyjna Gospodarka 2001-2013 ze wskazaniem Przystępującego na potwierdzenie jawnego faktu korzystania przez niego z dofinansowania europejskiego na budowę centrum produkcji radiofarmaceutyku,
- zdjęcie i kopię dowodu rejestracyjnego jednego z pojazdów Przystępującego na okoliczność wykazania korzystania przy realizacji zamówienia z transportu własnego, wskazując, że powyższe także ma znaczenie dla obniżenia kosztów związanych z realizacją zamówienia,
- wyciąg ze strony internetowej z artykułem z dnia 27 kwietnia 2012 r., dotyczącego budowy akceleratora przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że cyklotron, którym dysponuje Odwołujący rozpoczął pracę w końcu 2014 r., co wskazuje na inne koszty niż Przystępującego, wynikające z innego doświadczenia w produkcji

tego farmaceutyku w Polsce, ponieważ Przystępujący od 2013 r. ma możliwość produkcji i sprzedaży tego produktu na rynek wewnętrzny, wcześniej zaś także produkował ten farmaceutyk na własne potrzeby,

- korespondencję mailową z dnia 24 grudnia 2014 r. w sprawie postępowania prowadzonego przez CPCSK w Warszawie na okoliczność wykazania, iż także Odwołujący w dostawie FDG utajniają wyjaśnienia dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ jego zarzuty dotyczą dwóch ofert sklasyfikowanych na pozycjach rankingowych powyżej oferty Odwołującego, w tym oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Tym samym czynności Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu bezpośrednio pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i w konsekwencji narażały go na poniesienie wymiernej szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez publikację ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE oraz jego zamieszczenie na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej w dniu 12 listopada 2014 r. (pkt 5 protokołu z postępowania Druk ZP-PN).

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę: 1 406 625 zł netto (332 936,87 euro). Podniesienie tej wartości do kwoty brutto (VAT 23%) daje kwotę: 1 520 000 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

- 1) Odwołującego z ceną: 1 251 450,00 zł,
- 2) Konsorcjum AAA z ceną: 722 259,00 zł,
- 3) Przystępującego z ceną: 687 150,00 zł.

Zamawiający pismami z dnia 7 stycznia 2015 r. wezwał Przystępującego i Konsorcjum AAA w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia przez nich wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Wyjaśnienia takie zostały złożone przez Przystępującego (pismo z dnia 12 stycznia 2015 r.), które zostało objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo zawiera także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego) oraz przez Konsorcjum AAA (pismo z dnia 9 stycznia 2015 r.).

Zamawiający ocenił wszystkie oferty złożone w postępowaniu jako ważne i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego (informacja do wykonawców z dnia 14 stycznia 2015 r.).

Po złożeniu przez Odwołującego odwołania do Izby Zamawiający pismem z dnia 28 stycznia 2015 r. zwrócił się do Przystępującego o wyrażenie zgody na wykorzystanie informacji zawartych w pkt I pisma Przystępującego z dnia 12 stycznia 2015 r., zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z tej samej daty wyraził taką zgodę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej rażąco niskiej ceny, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności stwierdzić należało, że Zamawiający – kierując się dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu, mającym zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - słusznie skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, tak Przystępującego, jak i Konsorcjum AAA. Nowa regulacja w tym zakresie zakłada bowiem, że zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o złożenie takich wyjaśnień w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, identyfikując w sposób rachunkowy kwantyfikator takiego wezwania, jako wezwania obowiązkowego. Ten matematyczny wyznacznik to w szczególności – jak wskazał ustawodawca – 30 procentowe zniżenie ceny ofertowej konkretnego wykonawcy w stosunku do co najmniej jednej z dwóch okoliczności: wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Jedna ze wskazanych okoliczności znalazła wypełnienie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, tj. ponad 30 procentowa różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego (jak też Konsorcjum AAA), a wartością zamówienia. W przypadku oferty Przystępującego Izba ustaliła, że cena tej oferty jest niższa o ok. 54% od wartości szacunkowej zamówienia, zaś w przypadku oferty Konsorcjum AAA cena jest niższa o 52%. Powyższe wskazywała na konieczność poproszenia przez Zamawiającego wskazanych wykonawców o złożenie w tym zakresie stosownych wyjaśnień.

Wskazanie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyznacznika „wartość zamówienia”, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę dotychczasową wykładnię tego pojęcia, w kontekście konieczności oceny podejrzenia rażąco niskiej ceny, należy interpretować jako wartość szacunkową danego, konkretnego zamówienia, które będzie określone przedmiotem świadczenia (a więc chodzi o wartość szacunkową z odliczeniem wartości przewidywanych zamówień



uzupełniających), jednakże obliczoną z należytą starannością, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jako wartość netto, do której to wartości w celu porównywalności tej wartości z wartością ofert złożonych w postępowaniu należy doliczyć kwotę podatku VAT, właściwą dla danego przedmiotu zamówienia. Porównanie bowiem wartości szacunkowej netto z wartością ofert - zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) – określanych w kwotach brutto, prowadziłyby do konieczności oceny nieporównywalnych *de facto* elementów i w konsekwencji niewymiernych wyników tej oceny. Tak więc interpretacja pojęcia „wartość zamówienia” literalnie ze znaczeniem tego pojęcia, jakie mu nadaje art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, szczególnie w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, prowadziłyby do nieracjonalnych wniosków, nonsensów (wykładnia *ad absurdum*). Z tych też względów wydaje się zasadnym zastosowanie w tym względzie innych metod wykładni i w efekcie przyjęcie, że dla celów porównawczych i oceny czy konkretna cena ofertowa nie jest rażąco niska zasadnym jest „ubruttowienie” szacunku zamawiającego. Na marginesie tylko – dla zobrazowania w pełnym zakresie tej kwestii - zauważyć należy, że z pewnością nieuzasadnionym jest porównywanie ceny ofertowej wprost do kwoty podawanej przez zamawiającego – zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp – bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. kwoty na sfinansowanie zamówienia. Kwota podawana na otwarciu ofert przez zamawiającego stanowi jedynie odzwierciedlenie jego możliwości finansowych związanych z realizacją zamówienia w danym momencie postępowania i ma służyć zabezpieczeniu interesów wykonawców przed nieuzasadnionym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu rzekomego braku środków na jego sfinansowanie. Kwota ta nie stanowi wprost – biorąc pod uwagę regulacje ustawy Pzp – należytego szacunku przedmiotu zamówienia, jak ma to miejsce w przypadku wartości (szacunkowej) zamówienia obliczonej zgodnie z art. 32 i następnymi ustawami Pzp. W niektórych przypadkach oczywiście kwota na sfinansowanie zamówienia podawana na otwarciu ofert stanowi wprost odzwierciedlenie szacunku zamawiającego przeprowadzonego zgodnie z art. 32 i następnymi ustawami Pzp, powiększonego jedynie o wartość podatku VAT, jednak nie jest to obowiązkowe działanie zamawiającego. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający właśnie tak postąpił ustalając przez niego wartość szacunkową przedmiotu zamówienia (netto) powiększył jedynie o wartość podatku VAT (23%) i podał tę właśnie kwotę bezpośrednio przed otwarciem ofert. Nie jest to jednak – jak wskazano – wymagany od zamawiającego przepisami ustawy Pzp sposób postępowania. Z tych też względów przyjmowanie wprost kwoty na sfinansowanie zamówienia podawanej przed otwarciem ofert nie jest – w ocenie Izby – zasadne dla porównania cen ofertowych w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca ten – zgodnie ze spoczywającym na nim ciężarze dowodowym (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) – wykazał Zamawiającemu, że jego cena za realizację przedmiotu zamówienia jest realna. Wyjaśnienia te nie są lakoniczne, jak twierdził Odwołujący. Są to wyjaśnienia szczegółowe, w pełni wykazujące realne koszty związane z realizacją niniejszego zamówienia jakie poniesie Przystępujący, wskazujące też na konkretne okoliczności, które są właściwe dla Przystępującego, a które w sposób znaczący wpływają na możliwości ustalenia ceny ofertowej (łącznie, ale też stanowiącej punkt wyjścia dla niej – ceny za jedną dawkę FDG) na określonym poziomie. Izba – biorąc pod uwagę okoliczność, że Przystępujący treść swoich wyjaśnień objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa – nie może w sposób szczegółowy zaprezentować w treści niniejszego uzasadnienia wyroku szczegółowych okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach Przystępującego. Niemniej jednak – zdaniem Izby – te okoliczności są wiarygodne, w pełni uzasadnione i na tyle szczegółowe, że dawały Izbie możliwość podjęcia ustalenia, że Przystępujący nie będzie realizował zamówienia z jakimikolwiek stratami dla swojego przedsiębiorstwa.

Odnosząc się w tym zakresie do dowodów przedłożonych przez Odwołującego na poparcie zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że artykuł „Rachunek kosztów działań w produkcji FDG...” opublikowany 20 września 2007 r. nie może stanowić istotnego dowodu w sprawie – może on wskazywać jedynie na określone poglądy i twierdzenia osób, które taki materiał sporządzały. Ponadto z racji znacznego upływu czasu od publikacji tego artykułu (8 lat) można także uznać, że z uwagi na rozwój technologii produkcji, czynniki ekonomiczne i konkurencyjność na rynku tego rodzaju produktów informacje zawarte w tym artykule nie są już w pełni miarodajne. Niemniej jednak, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego wywodzonych z treści tego artykułu o konieczności wyceny minimalnego kosztu produkcji jednej dawki FDG na poziomie 155 euro, a nawet w związku z czynnikiem czasowym (artykuł z 2007 r.) na poziomie 178 euro za dawkę, stwierdzić należy za Zamawiającym i Przystępującym, że znaczące podstawy (ok. 60%) do ustalenia takiej wysokości kosztów produkcji jednej dawki FDG, wskazane w treści tej publikacji, stanowią koszty wynagrodzenia, czynszu i koszty ogólne, które w publikacji zostały ustalone dla rynku zachodnioeuropejskiego (rynek niemiecki) i nie są adekwatne do kosztów tego rodzaju ponoszonym na znacząco niższym poziomie na rynku polskim. Co do pliku faktur i ich zestawienia przedłożonych przez Odwołującego dla wykazania, że ceny materiałów niezbędnych do produkcji FDG w ostatnim czasie znacząco wzrosły, Izba uznała, że dokumenty te faktycznie mogą wskazywać na wzrost cen wody niezbędnej do produkcji FDG (o-18), czy też innych akcesoriów, takich jak fiolki, czy filtry na przestrzeni lat 2010 – 2014,

jednakże nie zostało wykazane jak ten ewentualny wzrost (w jakim stopniu) wprost wpływa na wszystkie koszty związane z produkcją jednej dawki FDG. Tymczasem Przystępujący w swoich wyjaśnieniach w konkretny sposób wskazał także na ten koszt wliczony w cenę ofertową. Ponadto podkreślić należy, że przedłożone przez Odwołującego faktury potwierdzają jedynie okoliczność konkretnych zakupów wskazanych materiałów, które realizowane były na rzecz Odwołującego. W oparciu o te dokumenty nie możemy jednak stwierdzić, że stanowią one wyznacznik cen rynkowych. Wskazują bowiem na konkretne zakupy na rzecz konkretnego podmiotu (nie Przystępującego). W oparciu o nie mamy wiedzę tylko o kilkudziesięciu zakupach określonych produktów, ale nie wiadomo na jakich zasadach te zakupy następowały, w oparciu o jakie umowy i porozumienia (czy były to choćby pojedyncze zakupy, czy hurtowe). Nie można zatem w tym zakresie postawić tezy, że wyznaczają one przeciętne ceny rynkowe zakupu tych materiałów. Co do dowodu na potwierdzenie kosztów transportu farmaceutyku do Zamawiającego związanych z realizacją niniejszego zamówienia, to wskazać należy, że jedna oferta cenowa skierowana do Odwołującego w żadnej mierze nie może stanowić podstawy do uznania, że jest to jedyna możliwa wycena usług transportowych odzwierciedlająca ceny rynkowe. Przystępujący wykazał w swoich wyjaśnieniach koszty transportu na innym poziomie i koszt ten z racji choćby określonej odległości pomiędzy miejscem produkcji FDG (położenia Przystępującego), a miejscem dostawy dla Zamawiającego, jest znacząco inny niż w przypadku Odwołującego. Nie bez znaczenia są także w tym zakresie różne środki transportu, którymi może odbywać się taki transport (czy są to własne środki transportu, czy też wykonawca musi skorzystać w tym względzie z oferty, którą daje mu rynek tego typu usług, niezależnie od samodzielnych możliwości wykonawcy realizacji tego zadania), czy też kwestia zorganizowania transportu w taki sposób, aby koszty z tego tytułu były zrjonalizowane i tym samym bardziej ekonomiczne dla przedsiębiorstwa.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, oddaliła także w toku rozprawy złożony przez Odwołującego z ostrożności procesowej wniosek dowodowy o powołanie biegłego o specjalizacji z zakresu produkcji i kosztów produkcji FDG, ewentualnie w razie braku takiego biegłego o specjalizacji księgowość, finanse, rachunkowość, ekonomika przedsiębiorstw na okoliczność ustalenia, czy cena zaoferowana przez Przystępującego odpowiada warunkom rynkowym, tj. czy obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji, w wysokości pozwalającej na co najmniej nie poniesienie przez Przystępującego straty, w szczególności, czy cena pokrywa wszystkie koszty wyprodukowania i dostawy FDG. Izba uznała, że w tym przypadku nie ma konieczności powoływania biegłego, gdyż okoliczności faktyczne sprawy nie uzasadniają wiedzy

specjalistycznej dla podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, zaś zgromadzone w sprawie dowody są wystarczające dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Zdaniem Izby przeprowadzenie tego dowodu prowadzioby jedynie do zbędnej zwłoki w postępowaniu.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby co do tego zarzutu Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Podstawy faktyczny stawianego Zamawiającemu zarzutu są identyczne, jak w przypadku poprzedniego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny. Skoro zatem powyżej wskazany zarzut nie potwierdził się w konsekwencji też Izba uznała, że także zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny również się nie potwierdził.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AAA z powodu rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się, jednak z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie z tego powodu nie może być uwzględnione, bowiem stwierdzone przez Izbę naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum AAA została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji rankingowej i w związku z brakiem potwierdzenia się innych zarzutów, które skutkowałyby koniecznością podważenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego, nieprawidłowość dotycząca oferty Konsorcjum AAA pozostaje bez wpływu na ten wybór.

Izba dokonując oceny wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny Konsorcjum AAA uznała, że wyjaśnienia te mają charakter na tyle ogólny i lakoniczny, iż nie uzasadniają zaniżenia ceny ofertowej tego wykonawcy. Wyjaśnienia te mają zgoła odmienny charakter od wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, które zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Idąc za ich oceną zaprezentowaną w treści odwołania, można faktycznie uznać, że mają one charakter wyjaśnień lakonicznych i ogólnikowych. Przy podejrzeniu rażąco niskiej ceny, które to podejrzenie – jak wskazano powyżej - Zamawiający musiał powziąć wobec ceny ofertowej Konsorcjum AAA, to, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wskazanym wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że jego oferta nie jest rażąco niska. Temu obowiązкови Konsorcjum AAA nie sprostało, co potwierdza treść udzielonych przez niego wyjaśnień.

Tym samym Izba w tym przypadku stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AAA z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się.

Izba uznała, że pomimo potwierdzenia się okoliczności stanowiących podstawę zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum AAA z powodu podania w tej ofercie ceny rażąco niskiej Odwołujący nie wykazał dodatkowych okoliczności związanych z dopuszczeniem się przez wskazanego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Dla wypełnienia się przesłanki do odrzucenia oferty wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie jednego ze stypizowanych w art. 3 ust. 2 uznk czynów nieuczciwej konkurencji albo przynajmniej wykazanie wszystkich przesłanek wskazujących generalnie na czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący poza przywołaniem określonych przepisów uzna i orzecznictwem Izby, nie wykazał w tym zakresie jakiś szczególnych okoliczności wskazujących na działanie Konsorcjum AAA nakierowane na eliminację z rynku dostaw tego typu produktów innych przedsiębiorców, nie wykazując także żadnych skutków takiego ewentualnego działania wykonawcy.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby co do tego zarzutu Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania dokonania oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny przedłożonych Zamawiającemu przez Przystępującego, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle, co do wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest dopuszczalne. Wskazać należy, że choć art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost określa zasady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w odniesieniu do treści oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to zgodnie z dotychczas utrwaloną linią orzecniczą dozwolone jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, także w odniesieniu do innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania (po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy terminu składania ofert). Powyższe oczywiście ma znaczenie w sytuacji, gdy w sposób

obiektywny mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Aktualnie obowiązujący art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który ma zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakłada, że to wykonawca, który wprowadza określone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien to odpowiednio wykazać zamawiającemu. Wskazany przepis stanowi, że to wykazanie (udowodnienie) powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku braku w ogóle takiego uzasadnienia (co do ofert i wniosków) - w ocenie Izby - Zamawiający posiada uprawnienie odtajnienia takich informacji bez negatywnych dla siebie konsekwencji z racji niewłaściwego zabezpieczenia określonych, wrażliwych dla wykonawcy informacji (brak wypełnienia jednego z elementów statuujących tajemnicę przedsiębiorstwa, wynikający z art. 11 ust. 4 uznk – niezbędne działania wykonawcy w celu zapieczenia ich poufności). Takiego bowiem zachowania od przedsiębiorcy wymagają szczególne w stosunku do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji regulacje rangi ustawowej (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). W ocenie Izby zasadnym jest także w konsekwencji przyjęcie założenia, że jeśli wykonawca zastrzega jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w innych dokumentach czy oświadczeniach składanych po otwarciu ofert (upływie terminu na składnia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), to również w tym dokumencie (najpóźniej z jego złożeniem Zamawiającemu), powinno znaleźć się wykazanie (uzasadnienie) objęcia tych informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z analogicznymi skutkami, jak w przypadku braku takiego uzasadnienia co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w treści oferty, czy wniosku.

W drugiej kolejności, odnosząc się do informacji zawartych w treści wyjaśnień elementów cenowych mających wpływ na ukształtowanie przez Przystępującego ceny ofertowej, Izba uznała, że wyjaśnienia te uzasadniają, że w tym przypadku mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił tam bowiem określone informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, a także informacje o charakterze ekonomicznym, mające znaczenie dla jego pozycji na rynku. Informacje te w całości, jako takie, nie zostały ujawnione do informacji publicznej i Przystępujący przedsięwziął wobec nich określone, daleko idące działania, które najlepiej, z punktu widzenia tego wykonawcy, zabezpieczają te informacje, a tym samym interes gospodarczy Przystępującego. Wypełnione zatem zostały w tym zakresie wyznaczniki tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazuje art. 11 ust. 4 uznk. Niezasadne są twierdzenia Odwołującego o tym, że Zamawiający nie przeprowadził żadnego badania w tym zakresie i zaniechał przeprowadzenia oceny skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia. Na okoliczność przeprowadzenia takiego badania Zamawiający wprost wskazywał, choćby w piśmie z dnia 23 stycznia 2015 r.,

kierowanym do kancelarii prawnej reprezentującej w postępowaniu odwoławczym Odwołującego.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby co do tego zarzutu Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł

oraz na podstawie rachunków przedłożonych przez Zamawiającego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. a) wskazanego rozporządzenia - koszty dojazdu Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę Izby w kwocie 279,00 zł,
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....