

WYROK

z dnia 25 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 13 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sukcesywna dostawa radiofarmaceutyku 18F FDG przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy* (nr postępowania ZP/PN/59/15/LA)

prowadzonym przez zamawiającego: **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy: **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Sukcesywna dostawa radiofarmaceutyku 18F FDG przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy* (nr postępowania ZP/PN/59/15/LA).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane 14 sierpnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S_156-286572, z tym że 10 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.dco.com.pl}, na której od 14 sierpnia 2015 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

3 listopada 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Voxel”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Instytut” lub „COI”}.

13 listopada 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania wezwania Instytutu do wyjaśnień odnośnie ceny oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie zwrócenia się do Instytutu o udzielenie wyjaśnień, pomimo że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.
2. Art. 90 ust. 1 – przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty bez zbadania, czy oferta złożona przez Instytut nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym niezbadanie, czy oferta tego Wykonawcy nie powinna

zostać odrzucona z tego powodu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w pakiecie 1 {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Zwrócenia się do Instytutu o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy pzp).
3. Powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący upatruje naruszenia art. 90 ust. 1 pzp w zaniechaniu podjęcia przez Zamawiającego czynności wymaganej tym przepisem, zgodnie z którym jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych, dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący podał, że:

- średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 2.588.112 zł;
- cena oferty Instytutu jest niższa od tej średniej arytmetycznej o 994.032,00 zł;
- kwota odpowiadająca 30% średniej arytmetycznej wszystkich cen zawartych w złożonych ofertach wynosi 776.433,60 zł.

Odwołujący podniósł, że wystąpienie opisanej różnicy w cenie oferty Instytutu w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich cen zawartych w ofertach obligowała Zamawiającego do zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie dopełnił powyższego obowiązku.

Według Odwołującego w związku z powyższym wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został bez należytej oceny oferty Instytutu pod kątem przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 ustawy pzp, gdyż Zamawiający nie wyjaśnił sposób określony ustawą pzp, czy oferta uznana za najkorzystniejszą nie powinna ulec odrzuceniu na podstawie pierwszego z tych przepisów.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Najwyższa Izba Kontroli prowadząc kontrolę realizacji zadań „Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych” ustaliła (str. 33 raportu), że koszt wytworzenia jednej dawki izotopu będącego przedmiotem zamówienia przez wykonawcę oferty Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie Oddział w Gliwicach wynosił od 2.449,60 zł do 3.245,80 zł w latach 2009-2011 i 3.218,90 zł w 2012 r. {wspomniany raport w całości załączono do odwołania}.

Odwołujący podał, że cena za jedną dawkę oferowana w tym postępowaniu została określona na kwotę 664,20 zł. Odwołujący stwierdził, że jest to cena na poziomie kilkukrotnie niższym od kosztów produkcji.

24 listopada 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający zaznaczył, że wbrew zarzutom odwołania w ramach badania ofert, powziął wątpliwość co do ceny zawartej w ofercie COI (1.594.080,00 zł, netto 1.476,00 zł + podatek VAT 8% 118.080.00 zł). Ponieważ zaoferowana przez COI cena spełnia kryteria określone w art. 90 ust. 1 pzp, pismem z 16 października 2015 r. zwrócił się do Wykonawcy w trybie tego przepisu o złożenie wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pierwotnie zakreślony na 21 października 2015 r. termin został na wniosek COI przedłużony do 28 października 2015 r.

Zamawiający podał również, że w wyznaczonym terminie, pismem z 23 października 2015 r., COI złożyło żądane wyjaśnienia i dowody.

Tym samym w ocenie Zamawiającego nieuzasadniony jest podstawowy i jedyny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 pzp tj. zaniechania wystąpienia do COI o udzielenie wyjaśnień, czy oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Według Zamawiającego ponieważ udowodnił, że zwrócił się do o złożenie takich wyjaśnień i dowodów, a w odpowiedzi otrzymał stosowne wyjaśnienia, które uznał za wyczerpujące i przekonujące – tym samym odpadła

materialnoprawna podstawa do wniesienia odwołania przez Odwołującego, które już z tego względu odwołanie winno podlegać oddaleniu .

Zdaniem Zamawiającego w tych okolicznościach bezprzedmiotowy jest wniosek o dopuszczenie dowodu z *Informacji o wynikach kontroli z realizacji zadań „Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych”* sporządzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli (KZD-4101-03/2013), gdyż w kontekście podniesionego zarzutu jest nieistotny dla rozstrzygnięcia odwołania.

Zamawiający wskazał również art. 192 ust. 7 pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów , które nie były przedmiotem odwołania. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie zarzuca, że COI nie udzieliło informacji i wyjaśnień lub że przedstawione wyjaśnienia i dowody są niewystarczające.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał, aby miał legitymację czynną do wniesienia odwołania.

Według Zamawiającego z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja taka przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: po pierwsze – posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie, po drugie – poniósł lub może ponieść szkodę, która jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Odwołujący musi wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący całkowicie pominął ten bardzo istotny element każdego odwołania. Zamawiający podkreślił, że ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani też Zamawiający nie mogą domniemywać, czy też doszukiwać się z własnej inicjatywy bądź z urzędu przesłanek warunkujących wniesienie odwołania i treści stawianych zarzutów {w odpowiedzi na odwołanie wskazano na wyrok o sygn. akt KIO 2326/14}. Ciężar wykazania legitymacji czynnej skorzystania z tego środka ochrony prawnej oraz wyartykułowania konkretnych zarzutów należy wyłącznie do Odwołującego i winien dokonać tego przy pierwszej czynności jaką jest wniesienie odwołania.

Pismem z 18 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 13 listopada 2015 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

16 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko, z tym zastrzeżeniem, że Odwołujący podniósł dodatkowo zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, zgłaszając żądanie, aby Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie takiej czynności.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zawarte w odpowiedzi na odwołanie generalne wywody co do przesłanek wynikających z powyższego przepisu są ze wszech miar słuszne, jednak Izba nie podziela wniosków, jakie wyciągnął z nich Zamawiający na potrzeby tej sprawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie czynności dotyczącej oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć jako Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W opinii składu orzekającego Izby oparcie odwołania na błędnie ustalonych okolicznościach faktycznych może mieć znaczenie dla wyniku sprawy, ale nie podważa legitymacji do wniesienia odwołania obejmującego zarzut dokonania czynności lub jej zaniechania przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy pzp, co może powodować szkodę po stronie wykonawcy.

Zdaniem Izby nie można również wywodzić braku legitymacji po stronie Odwołującego, jak podnieśli to zgodnie na rozprawie Zamawiający i Przystępujący, z samego faktu, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Nie wypełnia to przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż nie wiadomo, czy Zamawiający nie mógłby zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Voxel, gdyby miała ona okazać się najkorzystniejsza.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Pismem z 16 października 2015 r. zatytułowanym *Wezwanie do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny* Zamawiający, wskazując że działa zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp {którego treść została w dalszej treści pisma odzwierciedlona}, zwrócił się do Instytutu, w celu ustalenia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał, że wezwanie jest konieczne, gdyż zaoferowana przez Instytut cena w wysokości 1.594,080,00 zł jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 2.436.888,00 zł (2.631.839,04 zł brutto), a ponadto średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 2.588.112,00 zł.

Ponadto Zamawiający pouczył Wykonawcę, że to na nim ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czemu nie służą ogólnikowe wyjaśnienia, którym nie towarzyszą dowody, z których będzie wynikać, że ogół wskazanych czynników

cenotwórczych, przy uwzględnieniu szczególnych i dostępnych Wykonawcy okoliczności rynkowych – *tworzy spójną i rentowną cenę ofertową, bez uszczerbku dla jakości przedmiotu zamówienia. W tym dokładny opis i wskazanie dowodów na związek przyczynowy czynników tworzących koszty bezpośrednie oraz zysku z ceną ofertową.*

W zakreślonym terminie {z uwzględnieniem jego przedłużenia} Instytut przesłał pismo z 23 października 2015 r. zatytułowane *Odpowiedź na wezwanie znak EZPL/1483/15 z dnia 16.10.2015 r. do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*, obejmujące wyjaśnienia na 4 stronach, do których załączono: 1) *Sprawozdanie Dyrektora z działalności Centrum Onkologii w 2014 r.* {dokument na 70 numerowanych str.}, 2) wyciąg z systemu komputerowego COI w Gliwicach pokazujący liczbę wykonanych badań PET-CT przy wykorzystaniu oferowanego radiofarmaceutyku, 3) fakturę nr 1540387 z 13 sierpnia 2015 r. wystawioną przez ROTEM GmbH na dostawę wody wzbogaconej (water-O-18), ofertę brokera ubezpieczeniowego i reasekuracyjnego na zwiększenie kwoty dobrowolnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej przez Instytut działalności, 5) fakturę nr F/1012/003/MN/K na zestaw walizek transportowych i zestaw pojemników wolframowych do transportu FDG (zestawy obejmowały 60 sztuk), 6) kalkulację kosztów transportu radiofarmaceutyków realizowanego transportem własnym COI Oddział Gliwice.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

W tej sprawie, jak to powyżej zrelacjonowano, Wykonawca Voxel odwołał się od zaniechania przez Zamawiającego wezwania Instytutu do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 pzp. W odwołaniu zarzut został sprecyzowany przez powołanie okoliczności, które miałyby uzasadniać konieczność wezwania Instytutu

do wyjaśnień w trybie tego przepisu, przede wszystkim odbieganie ceny tej oferty o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a także zestawienie ceny jednej dawki wyliczonej na podstawie oferty Instytutu z informacją o cenie wytworzenia jednej dawki przez Instytut zawartą na str. 33 raportu NIK załączonego do odwołania.

Izba zważyła, że w ustalonych okolicznościach sprawy zawarty w odwołaniu zarzut jest chybiony, gdyż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności, która w rzeczywistości została już przeprowadzona. W konsekwencji sprecyzowany w odwołaniu zarzut jest oczywiście niezasadny, gdyż nie uwzględnia stanu rzeczy obiektywnie istniejącego już w chwili wnoszenia odwołania. Ponieważ Zamawiający po przeprowadzeniu procedury uregulowanej w art. 90 pzp nie odrzucił oferty Instytutu z powodu rażąco niskiej ceny oferty, na tym etapie przedmiotem ewentualnego zarzutu mogła być niewłaściwa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień, która spowodowała naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. Z oczywistych względów odwołanie nie zawiera w tym zakresie żadnych okoliczności, gdyż Odwołujący nie mógł zakwestionować prawidłowości czynności, od której zaniechania się odwołał, gdyż nie był świadomy jej dokonania.

Z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp podjęta przez Odwołującego na rozprawie próba rozszerzenia zakresu sporu w stosunku do zarzutu zawartego w odwołaniu nie miała wpływu na zakres kognicji Izby w tej sprawie. Jeżeli Odwołujący chciał podnieść zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Instytutu jako zawierającej rażąco niską cenę, winien zawrzeć go w odwołaniu, a nie dopiero podać do protokołu w toku rozprawy. Należy podkreślić, że wskazanie w odwołaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp czy samo zgłoszenie żądania odrzucenia oferty Instytutu na tej podstawie nie konstytuuje nadającego się do rozpoznania zarzutu. W ocenie Izby nie można skutecznie zarzucić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pzp, gdyż jeżeli nie było jeszcze wezwania do wyjaśnień, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp należy uznać za przedwczesny. Skoro według stanu wiedzy Voxel przy sporządzaniu odwołania Instytut nie był jeszcze wzywany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, obiektywnie Odwołujący nie mógł skutecznie zarzucić w odwołaniu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący na etapie wnoszenia odwołania miał w pełni świadomość takiej zależności, na co wskazuje sposób sprecyzowania zarzutu i żądań, które nie obejmują rezultatu czynności, które miała być dokonana na skutek uwzględnienia odwołania.

Na marginesie Izba zauważa, że Odwołujący nie sprecyzował podniesionego na rozprawie zarzutu, gdyż w konkretny sposób nie odniósł się do treści wyjaśnień oraz dowodów, które Instytut przedstawił Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp, poprzestając na ich ogólnikowym kontestowaniu.

Sprecyzowania takiego zarzutu przed upływem terminu na wniesienie odwołania nie może zastąpić samo zgłoszenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z raportu NIK załączonego do odwołania. Z treści odwołania wynika jednakże, że dowód ten został zgłoszony na okoliczność kosztu wyprodukowania jednej dawki izotopu przez COI oddział w Gliwicach ustalonego przez NIK, co nie było okolicznością sporną. Nadto taki wniosek dowodowy był bezprzedmiotowy w kontekście dowodzenia konieczności wezwania Instytutu do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, co w rzeczywistości już miało miejsce.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Izba nie uwzględniła zawartego w odpowiedzi na odwołanie wniosku Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów udziału pełnomocnika, wobec niezłożenia do zamknięcia rozprawy jakichkolwiek rachunków w tym zakresie, jak wymaga tego § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Z kolei pomimo złożenia stosownego rachunku, Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów jego zastępstwa prawnego, gdyż ustawodawca ograniczył możliwość zasądzenia takich kosztów na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego przystępującego po stronie zamawiającego wyłącznie do sytuacji oddalenia odwołania skierowanego do rozpoznania na skutek wniesienia przez takiego wykonawcę sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, co wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: