

WYROK

z dnia 18 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman

Paweł Trojan

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2016 r. **przez odwołującego:** konsorcjum 1) IASON Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum Al. Wincentego Witosa 31; 00-710 Warszawa 2) INTERFREIGCHT Międzynarodowa Logistyka Transportowa – członek konsorcjum ul. Ks. Bolesławą Domańskiego 46; 45-819 Opole w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 ul. Dr K. Jaczewskiego 8; 20-954 Lublin

z udziałem przystępującego: 1) Monrol Poland LTD Sp. z o.o. (Lider) ul. Piękna 15/12;00-549 Warszawa; 2) M. B. Link Express ul. Rysia 29 ; 05-800 Pruszków; 3) Biont a.s. ul. Karloveska 63; 842 29 Bratysława 4

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz nakazuje ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.
2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 ul. Dr K. Jaczewskiego 8; 20-954 Lublin
i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum 1)

IASON Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum Al. Wincentego Witosa 31; 00-710 Warszawa
2) INTERFREIGCHT Międzynarodowa Logistyka Transportowa – członek konsorcjum ul. Ks. Bolesławą Domańskiego 46; 45-819 Opole tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 ul. Dr K. Jaczewskiego 8; 20-954 Lublin kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum 1) IASON Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum Al. Wincentego Witosa 31; 00-710 Warszawa 2) INTERFREIGCHT Międzynarodowa Logistyka Transportowa – członek konsorcjum ul. Ks. Bolesławą Domańskiego 46; 45-819 Opole stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Lublinie

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało złożone pismem z dnia 3 października 2016 roku przez odwołującego, którym jest konsorcjum firm: IASON Sp. z o.o. – Lider konsorcjum Al. Wincentego Witosa 31; 00-710 Warszawa i INTERFREIGHT Międzynarodowa Logistyka Transportowa - członek konsorcjum ul. księdza Bolesława Domańskiego 46 ; 45-819 Opole zwane dalej „odwołującym”.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 ul. dr K. Jaczewskiego 8; 20-954 Lublin, zwanego dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem zaskarżenia są następujące przepisy ustawy p.z.p. :

1. Art.7 ust.1 i 3 w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: 1) MONROL Poland Ltd. Sp. z o.o. ul. Piękna 15/12, 00- 549 Warszawa; 2) BIONT a.s. ul. Karloveska 63; 842 20 Bratysława 4i 3) Link Express M. B., ul. Rysia 29, 05-800 Pruszków zwany dalej wykonawcą wybranym/ przystępującym po stronie zamawiającego co według odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. Art.89 ust.1 pkt 4 i art.90 ust.2 i 3 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego , która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto zdaniem odwołującego złożone wyjaśnienia nie stanowią wystarczającego dowodu na realność i rynkowość ceny wskazanej w ofercie.
3. Art.89 ust.1 pkt 3 i art.3 i art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dostarczenie farmaceutyku poniżej kosztów własnych, w tym w szczególności nie zapewniający żadnego zysku , co winno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

W tak przedstawionym stanie rzeczy odwołujący wniósł o:

- 1) Uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) Nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) Nakazanie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.
- 4) Nakazanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta odwołującego.

Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą po odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego w związku z prawidłowo dokonaniem odrzuceniem oferty Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. w czym wyraża się interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że odwołanie zostało wniesione w ustawowo przewidzianym terminie to jest 3 października 2016 roku w związku z otrzymaniem zawiadomienia od zamawiającego w dniu 23 września 2016 roku w myśl art.182 ust.1 pkt 1 ustawy pzp oraz przed upływem terminu na wniesienie odwołania zawiadomił zamawiającego o złożeniu odwołania, na co przedłożył dowód, czyli również dotrzymał terminu przewidzianego w art.180 ust.5 ustawy pzp.

W dniu 23 września 2016 roku zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Accelerator Applications sp. z o.o. w związku z zaoferowaniem farmaceutyku o aktywności nie wystarczającej do zbadania wymaganej ilości pacjentów. Odwołujący w tej ofercie tego wykonawcy dostrzega również inną wadę, która w jego ocenie powoduje odrzucenie oferty, czyniąc wezwanie do uzupełnienia dokumentów za bezprzedmiotowe.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę wybranego było obligatoryjne, ponieważ związane było z treścią art.90 ust.1 ustawy pzp.

Tak więc wykonawca wybrany był wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień ale składając je objął ich treść w całości tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł o odtajnienie złożonych wyjaśnień. W efekcie złożonego wniosku przez odwołującego, wykonawca wybrany złożył kolejne wyjaśnienia do rażąco niskiej ceny. Wskutek interwencji odwołującego nie tylko wykonawca wezwany odtajnił wyjaśnienia ale również złożył dodatkowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeżeli okoliczności te na rozprawie potwierdzą się a sprowadzające się do sytuacji, że wyjaśnienie z dnia 21 września 2016 roku różni się od wyjaśnienia w dniu 29 września to należy przyjąć, że pierwsze wyjaśnienie było nie wystarczające, co powoduje skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy wybranego.

Niemniej po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień wykonawca stwierdza, że są one niewystarczające do wykazania, że cena nie jest ceną rażąco niską oraz, że pokrywa nakłady jakie musi ponieść wykonawca realizując umowę.

Odwołujący stwierdza, że charakter wyjaśnień nie ma waloru jednoznaczności oraz, że do pisma nie załączono żadnych dowodów czyli wyjaśnienia są niepełne to jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i lakoniczne.

Wykonawca wybrany realizuje zamówienie w ramach konsorcjum więc każdy z konsorcjantów powinien mieć udział w kosztach realizacji zamówienia ale także powinien mieć udział w zysku.

Tak więc zwraca uwagę na konieczność konkretyzacji wyjaśnień do przedmiotowego zamówienia a nie porównywania do innych zamówień czy np. wskazanie na niższe koszty budowy czy eksploatacji zakładu.

Ponadto odwołujący zwraca uwagę na brak podstaw do wielokrotnego nieuzasadnionego wezwania do wyjaśnień, jak również w efekcie obowiązku wykazania, że cena ma charakter rynkowy. Według odwołującego wykonawca wybrany nie udowodnił w powyższym kontekście, że cena 520 zł. netto i 561,60 zł. brutto za jedną dawkę farmaceutyku jest ceną rynkową.

Odwołujący wskazuje na treść art.190 ust.1 a ustawy pzp. zgodnie z którym ciężar dowodu , że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył w tym wypadku odwołującym, jeżeli przystąpi do postępowania odwoławczego.

Z treści złożonych wyjaśnień nie wynika, że wykonawca wybrany posiada korzystniejszą sytuację w stosunku do innych wykonawców. Jako jeden z argumentów podnosi, że posiada już zatrudniony personel i nie musi ponosić kosztów związanych z zatrudnieniem nowego personelu. Zdaniem odwołującego, stwierdzenie, że zamawiający ma już zatrudnionych specjalistów jest nic nie wnoszącym frazesem nie mającym żadnego waloru dowodowego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Kolejne wyjaśnienie idzie w kierunku, że wykonawca wybrany posiada unikalną wiedzę nabytą w innych realizacjach zamówień. Zdaniem odwołującego nie precyzuje wyjaśniający co to za unikalna wiedza i chociażby o okolicznościach jej nabycia.

Wyjaśnienia dotyczące doświadczenia członków konsorcjum czy to MONROL, czy to BIONT poza wrażeniem nie wnoszą nic konkretnego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny.

Wielokrotnie podnoszona jest przez wykonawcę wybranego kwestia grupy kapitałowej ale bez wskazania w jakim zakresie grupa kapitałowa ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Co do zestawienia ofert w ostatnich latach to również nie jest dowód na obniżenie ceny, są one niepełne bo jest nie obejmują całego rynku i nie dają dowodu czy oferowana w tym postępowaniu cena pokrywa koszty i gwarantuje zysk.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i składa wniosek o powołanie składu trzyosobowego do rozpoznania odwołania.

Pismem z dnia 14 października 2016 roku przystępujący złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przedmiotem prowadzonego w procedurze otwartej postępowania oznaczonego nr: EDZ242-107/16 jest „Dostawa substancji 18F FDG (fluorodeoksyglukoza) do wykonania badań u 1400 pacjentów”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 143-259153 oraz na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej zamawiającego w dniu 27 lipca 2016 roku.

W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie odbywa się, w myśl art.22 ustawy zmieniającej ustawę pzp, według stanu prawnego sprzed wejścia w życie ostatniej zmiany ustawy pzp, to jest według stanu prawnego sprzed dn. 28 lipca 2016r. Zmiana ustawy pzp została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z dnia 13 lipca 2016 roku pod poz. 1020, w którym opublikowano ustawę z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Podniesione zarzuty odwołania dotyczą zasadniczo naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy pzp w związku z art.90 ust.2 i 3 ustawy pzp w zakresie zaoferowania przez wykonawcę wybranego oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę wybranego na wezwanie zamawiającego nie stanowią wystarczającego dowodu na realność i rynkowość ceny wskazanej w ofercie zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy wybranego.

Odwołujący również podniósł naruszenie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy pzp w związku art. 3 oraz art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegające na złożeniu oferty dostawy radiofarmaceutyku poniżej kosztów własnych a w konsekwencji również w sposób nie zapewniający żadnego zysku, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy wybranego.

Odwołujący powyżej wymienione naruszenia przepisów prawa wywiódł z art.7 ust.1 i 3 ustawy pzp zapewniających, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przestrzeganie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które w ocenie odwołującego w tym postępowaniu zostały naruszone.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanych przez zamawiającego, wskazanych jak i wniesionych na rozprawie przez strony i uczestnika Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Na podstawie Protokołu postępowania prowadzonego przez zamawiającego i przekazanego do akt sprawy Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia w dniu 18.07.2016 roku na podstawie zeszłorocznych umów, na kwotę 1.048.838,00 zł., co stanowi równowartość kwoty 251.224,70 euro. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 1.132.745,04 zł. brutto.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone cztery oferty, przy czym jedna z nich za kwotę 845.208,00 jako sprzeczna z treścią SIWZ została odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Pozostałe oferty zawierały następujące ceny: oferta wykonawcy wybranego kwotę 786.240,00 zł.; oferta odwołującego kwotę 1.132 488,00zł. i oferta najdroższa z ważnych ofert kwotę 1.174.824,00 złotych.

Na podstawie obowiązujących kryteriów oceny ofert zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, która uzyskała łącznie 10 punktów a na drugiej pozycji znajdowała się oferta odwołującego, która uzyskała łącznie 7,09 punktów. Oferta wykonawcy na trzeciej pozycji uzyskała łącznie 6,86 punktów.

Powyższe ustalenie Izby wynika również z pisma zamawiającego z dnia 23 września 2016 roku zawiadamiającego wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego oraz o odrzuceniu jednej z ofert, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołania, o rażąco niskiej cenie oferty wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, Izba na podstawie wezwania pismo zamawiającego z dnia 19.09.2016 roku ustaliła jak poniżej.

Zamawiający wezwał wykonawcę wybranego na podstawie art.90 ust.1 ustawy pzp w związku z wątpliwościami czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenie dowodów , dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy których wartość przyjęta do ustalenia

ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę na podstawie art.2 ust.3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 po minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.)

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazuje, że w szczególności należy uwzględnić informację wraz z kalkulacją cenową i dowodami na ich poparcie związane z uwzględnieniem w wartości oferty: kosztów produkcji, pakowania, transportu, kosztów osobowych, zakładanego zysku i innych związanych z realizacją zamówienia na warunkach wskazanych w SIWZ. Zamawiający poucza, że niezłożenie dokumentów w określonym terminie to jest w tym przypadku do 22 września 2016 roku do godz.10.00., lub dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający odrzuci ofertę.

Z tak sformułowanego wezwania wykonawcy wynika, że zamawiający posłużył się treścią formuły wynikającej z art. 90 ust.1 ustawy pzp pouczając o konieczności wskazania jakiego rodzaju przyczyny po jego stronie powodują oszczędności czy to 1) w metodzie wykonania zamówienia, czy to 2) wybranych rozwiązaniach technicznych, czy to 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, czy to 4) oryginalności projektu wykonawcy, czy to 5) kosztów pracy, czy to 6) pomocy publicznej. Przy czym zarówno formuła przepisu art.90 ust.1 jak i treść wezwania posługuje się zwrotem „w szczególności” co oznacza możliwość większego katalogu przyczyn oszczędności. Niemniej co najmniej jedna z przyczyn nie tyle powinna być wskazana ale jeszcze jak przepis mówi udowodniona. Przez dowód należy rozumieć wskazanie obiektywnie istniejących faktów, okoliczności, które umożliwiają realizację zamówienia na poziomie przekraczającym poniżej 30 procent wyceny zamawiającego czy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przy czym wskazanie ma polegać na opisanu faktu, okoliczności, udowodnienia jego istnienia i wymiernego przedstawienia wpływu na koszt wykonania. Wykonawca ma obowiązek przedstawienia kalkulacji uzyskanych oszczędności spowodowanych szczególnymi warunkami przez niego posiadanymi, na okoliczność których istnienie musi udowodnić. W ocenie Izby zamawiający literalnie w myśl wymogów art.90 ust.1 ustawy pzp pouczył odwołującego wskazując jak należy przedstawić wyjaśnienia i trzykrotnie na jednej stronie wezwania pouczył o obowiązku dowodu w tym jeden raz używając zwrotu dowodów podkreślił (w tym złożenie dowodów , kalkulacją cenową i dowodami, dostarczonymi dowodami).

Odwołujący pismem z dnia 21 września 2016r. w dniu 22 września 2016 roku złożył zamawiającemu wyjaśnienie zawierające 12 stron oraz następujące dokumenty:

- 1) dokument zawierający stawkę za km usługi transportowej wykonanej pojazdami pick up wyposażonymi w przenośne mierniki temperatury oraz usługi wykonane w promieniu 100 km od miejsca załadunku (stawka ryczałtowa). Na dokumencie widnieją: nazwa firmy; nazwisko właściciela, numer telefonu, adresy internetowe, Regon oraz NIP. Brak natomiast podpisu osoby wystawiającego dokument, daty jego wystawienia, adresata i innych szczegółowych danych identyfikujących oświadczenie woli jak czas jego obowiązywania, czy do jakiego postępowania zamówieniowego.
- 2) Dokument ustalający koszt transportu przesyłki na odcinku Mszczonów – Lublin bez danych identyfikacyjnych takich jak: podpisu osoby wystawiającej, daty wystawienia dokumentu oraz jakiego zamówienia dotyczy.
- 3) Dokument pn. Koszty materiałów do wytwarzania produktu leczniczego Fludeoxyglucose (18F) BIONT dokument bez daty, oznaczenia wystawcy, podpisu wystawiającego oraz adresata.
- 4) Dokument pn. Robocizna i ogólne koszty firmy Monrol Poland Ltd. Sp. z o.o. bez adresu, daty wystawienia, podpisu, adresata (nazwy zamówienia).

Dokumenty tak wystawione są potwierdzone za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego reprezentującego przystępującego, co zostało osobiście zostało potwierdzone na rozprawie.

Powyżej opisane dokumenty załączone do wyjaśnień objęte są w całości tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba, co do wyjaśnień złożonych zamawiającemu ustaliła co następuje.

Na łącznie dwunastu stronach pisma wykonawcy wybranego z dnia 21 września 2016 roku częściowo objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie znajdują się informacje, które by wyjaśniły i uzasadniły obniżenie ceny ofertowej ponad 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. I tak kolejno wyjaśnienia dotyczą: oświadczeń, że cena ma charakter rynkowy, nie odbiega od wartości dostaw świadczonych w analogicznych postępowaniach. Na stronach pisma od 2 do 4 znajduje się uzasadnienie do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści złożonych wyjaśnień. W części wyjaśnień zatytułowanej „Dalsze wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej konsorcjum część stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa” (przy czym na skutek wniosku odwołującego w decydującej części odtajniona) wykonawca wybrany oświadczył co następuje. Cena, którą zaoferował wykonawca wybrany wynosząca 786.240,00 złotych za całość zamówienia daje cenę jednostkową w kwocie 561,60 złotych brutto. „Zaproponowana wysokość wynagrodzenia pozwala mu zachować rentowność przedsięwzięcia poprzez uzyskanie satysfakcjonującej

marży handlowej”. Co do składników ceny za jedną dawkę leku do wykonania badania na obecność komórek rakotwórczych wykonawca ten wskazuje następujące jej składniki wraz z cenami, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa: robocizna; koszty ogólne; transport; materiały; razem. Jak dalej wykonawca wyjaśnia przyjęcie zamówienia od zamawiającego już na poziomie dwóch dawek zapewnia marżę operacyjną a tym bardziej, że SIWZ przewiduje jednorazowe zamówienie na poziomie średnio 7 dawek. Doświadczenie jako zdobył wykonawca wybrany upoważnia do twierdzenia, że zamówienia na poziomie niższej dawki niż dwie czyli na poziomie jednej dawki w praktyce nie występują (strona 5 wyjaśnień). Również na 5 stronie wyjaśnień wykonawca przywołuje wyrok KIO z dnia 12 lipca 2016 roku, na rozprawie podał jego sygnaturę akt KIO 1128/16, w którym to był wyroku badany poziom realności jego cen dla zamawiającego Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu. Wówczas skoro KIO przyjęło jako rentowną cenę za jedną dawkę do badania pacjenta na poziomie 243 zł brutto, to w niniejszym postępowaniu zaoferowana blisko dwu i pół krotnie wyższa stawka na poziomie 520,00 zł., nie jest uprawnia przyjęcie stanowiska, iż oferta zawiera cenę „rażąco niską”(strona 5 wyjaśnień). Dalej wykonawca wyjaśnia, że należy do największej grupy kapitałowej farmaceutycznej w zakresie medycyny nuklearnej obecnej na wielu rynkach na świecie, w tym na terenie Polski. Między innymi stwierdza także, że „oszczędność metody wykonania zamówienia polega także na stosowaniu autorskiego i globalnego systemu składania zamówień od dostawców, w tym podmiotów wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej, co nie jest dostępne dla innych wykonawców”. Wskazuje na korzystną lokalizację poza aglomeracją miejską, jak i bliskość najważniejszych dróg krajowych A2 i S8 co pozwala na efektywne i zoptymalizowane kosztowo realizowanie dostaw do odbiorców na terenie całego kraju. „Oszczędność metody wykonania zamówienia polega także na stosowaniu autorskiego i globalnego systemu składania zamówień od dostawców, w tym podmiotów wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej, co nie jest dostępne dla innych wykonawców”. Wyjaśnienie zawiera jeszcze szereg argumentów, które mają wskazywać, że cena w postępowaniu przetargowym objętym sporem gwarantuje zamawiającemu wykonanie zamówienia. W szczególności argumentacja opiera się na obszernie cytowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za lata 2010-2015. Wykonawca kolejno stwierdza: „Tym samym przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wypełniają definicję dowodów na potrzeby przedmiotowego postępowania. Jeżeli niniejsze wyjaśnienia nie będą wystarczające dla Zamawiającego, wnosimy o wskazanie konkretnych elementów oferty, co do których Wykonawca ma złożyć wyjaśnienia oraz wyznaczenie nowego terminu, nie krótszego niż 10 dni na skompletowanie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie. Zakreślony przez Zamawiającego pierwotny termin uniemożliwia załączenie bardziej szczegółowych danych pozyskanych od podmiotów wchodzących w skład globalnej grupy kapitałowej.” (strona 7 ostatni akapit). Dalej na stronach od 8 do 10 wykonawca

wybrany przedstawia wybrane fragmenty orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Doktryny na poparcie stanowiska, że jego wyjaśnienia kwalifikują się do stwierdzenia, że są „konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia a dalej „W ocenie Konsorcjum złożone wyjaśnienia w sposób wystarczający uzasadniają tezę, iż złożona w toku przedmiotowego postępowania oferta nie zawiera znamion „rażąco niskiej”. (ostatni akapit strona 8 wyjaśnień). Z kolei na stronie 10 wyjaśnień wykonawca wybrany stawia tezę, że jego cena ma znamiona ceny rynkowej, ponieważ „cena rynkowa odnosząca się do realizacji usług podobnych do przedmiotowego zamówienia kształtuje się na podobnym poziomie. Wykonawca przedstawia poniżej zestawienie wartości ofert składanych przez Wykonawcę oraz inne podmioty w innych zamówieniach na przestrzeni ostatnich lat:”. Z rankingu przedstawionych ofert za lata 2014 i 2015 oferty wygrywające kształtowały się na następującym poziomie za jedną dawkę leku do badania, w jednostkach euro: 106,00; 166,00; 134,32; 104,00; 99,75; 138,10. Kończąc wyjaśnienia mieszczące się na 11 stronach wykonawca wybrany oświadcza ”Reasumując, należy stwierdzić, iż Wykonawca w sposób jednoznaczny wykazał, że cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu nie jest rażąco niska”.

Krajowa Izba Odwoławcza po zbadaniu i rozpoznaniu na rozprawie wyjaśnień wykonawcy wybranego z dnia 21 września 2016 roku oraz załączonych do nich „dokumentów” złożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 19 września 2016 roku w trybie art.90 ust.1 ustawy pzp stwierdza, że zarzuty odwołania w zakresie naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.1 i 3 ustawy pzp potwierdziły się.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z dokonanych na rozprawie ustaleń, które Izba przedstawiła powyżej w uzasadnieniu wynika, że wykonawca wybrany wezwany w procedurze art.90 ust.1 ustawy pzp nie przedstawił wymaganych tym przepisem jak i treścią wezwania stosownych wyjaśnień i dowodów na okoliczność tytułu uzyskanych oszczędności wymienionych w wezwaniu zamawiającego z dnia 19 września 2016 roku.

Co prawda wykonawca wybrany w obszernych wyjaśnieniach z dnia 21 września 2016 roku, które zamieścił na dwunastu stronach podał szereg okoliczności, które w jego ocenie mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jako ceny, która nie zawiera elementu rażąco niskiej. Tymi okolicznościami są: doświadczenie zawodowe wykonawcy wybranego, przynależność do grupy kapitałowej o zasięgu światowym a przede wszystkim europejskim, wiodąca rola wśród producentów na rynku polskim, lokalizacja zakładu produkcyjnego w centrum kraju przy

autostradzie A1 i drodze krajowej S8; zaoferowana w tym postępowaniu cena na poziomie średnich cen w przetargach z lat 2015 i 2016 jak i wyrok KIO z dnia 12 lipca 2016 roku o Sygn. akt 1128/16 którym to stwierdzono, że cena na ten sam lek do badania za cenę ponad dwukrotnie niższą jest rentowna bo gwarantuje pokrycie kosztów i marżę handlową. Ponadto wyjaśnienia wykonawcy wybranego zawierają dużą ilość cytatów z uzasadnień wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z lat 2010 -2015 oraz poglądów Doktryny.

W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy wybranego zarówno, co do jego pozycji zawodowej, handlowej, rynkowej, technicznej i innej w stosunku do pozostałych wykonawców nie mogą wprost skutkować prawem oferowania ceny poniżej 30 % wartości zamówienia czy też średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przepis art.90 ust.1 ustawy pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym i odnosi się do wszystkich wykonawców i nie zwalnia z udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W związku z powyższym wyjaśnienia wykonawcy wybranego o jego pozycji na rynku mają charakter marketingowy i nie służą w żadnym zakresie wyjaśnieniu przyczyn zaoferowania ceny na poziomie budzącym wątpliwości zamawiającego, co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Z uwagi na rygorizm brzmienia art.90 ust.1 ustawy pzp również wyjaśnienia co do cen występujących w innych postępowaniach nawet o tym samym przedmiocie zamówienia nie mogą być przenoszone do innych postępowań i powodować zwolnienia wykonawcy ze złożenia wyjaśnień obowiązkowo popartych dowodami.

Również ustalenia na które powołuje się wykonawca wybrany w innym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym wypadku wyroku z dnia 12 lipca 2016 roku o Sygn. akt KIO 1128/16 nie zwalniają Izby w przedmiotowym postępowaniu z dokonania badania i oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i rozstrzygnięcia odwołania w oparciu o ustalenia dokonane w niniejszej sprawie.

Z kolei co do licznie przywoływanych w wyjaśnieniach orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej jak również Doktryny to Izba zwraca uwagę na to, że większość z nich pochodzi z lat 2010 - 2014 czyli mogą być w znacznym stopniu nieaktualne z uwagi na zmianę przepisu art.90 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych. Zmiana tego artykułu wprowadziła obowiązek przedstawienia dowodów przy składaniu wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość z dniem 19 października 2014 roku, co zostało wprowadzone art.1 pkt 12 lit.a ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku (Dz.U. poz. 1232) zmieniającej ustawę prawo zamówień publicznych. 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. Zamawiający, jak powyżej już Izba cytowała w uzasadnieniu wyroku, w wezwaniu z dnia 19 września 2016 roku jednoznacznie się określił, że oczekuje informację wraz z kalkulacją cenową i dowodami na ich poparcie związane z uwzględnieniem w wartości oferty: kosztów produkcji, pakowania, transportu, kosztów osobowych, zakładanego zysku.

Tymi dowodami nie są również „dokumenty” wymienione i opisane powyżej w uzasadnieniu Izby, w całości utajnione a dotyczące oferty na przewóz, kosztów transportu, kosztów materiałów do wytwarzania produktu leczniczego, robocizny i kosztów ogólnych Monrol z uwagi na braki formalne opisane w ustaleniach Izby. Dokumenty zawierają takie braki jak: brak dat, brak oznaczenia wystawców dokumentu, brak oznaczenia adresatów dokumentu, brak podpisu wystawcy dokumentu oraz takich cech jak jakiego czy jakich zamówień dotyczą, w jakim czasie obowiązują.

W ocenie Izby nie są to okoliczności uprawniające zamawiającego do ponownego wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia czy poprawienia tychże dokumentów a zaistniałą sytuację zarówno, co do samych wyjaśnień jak i załączonych „dowodów” należy taktować jako nie wykonania wezwania zamawiającego w wyznaczonym terminie.

W ocenie Izby nie mają znaczenia również deklaracje wykonawcy wybranego, co do ewentualnego dalszego wyjaśniania wątpliwości gdyby takie po stronie zamawiającego dalej istniały, chociażby ze względu na krótki termin wyznaczony pierwotnie do złożenia wyjaśnień (wyżej już przedstawiony w uzasadnieniu cytat z wyjaśnień „Tym samym przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wypełniają definicję dowodów na potrzeby przedmiotowego postępowania. Jeżeli niniejsze wyjaśnienia nie będą wystarczające dla Zamawiającego, wnosimy o wskazanie konkretnych elementów oferty, co do których Wykonawca ma złożyć wyjaśnienia oraz wyznaczenie nowego terminu, nie krótszego niż 10 dni na skompletowanie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie. Zakreślony przez Zamawiającego pierwotny termin uniemożliwia załączenie bardziej szczegółowych danych pozyskanych od podmiotów wchodzących w skład globalnej grupy kapitałowej.” -strona 7 ostatni akapit.”).

Reasumując w ocenie Izby ani wyjaśnienia wykonawcy wybranego z dnia 21 września 2016 roku, ani załączone do nich tzw. dokumenty nie są dowodami w rozumieniu art.90 ust.1 ustawy pzp tylko są deklaratoryjnymi oświadczeniami wykonawcy na temat jego wysokiej pozycji na rynku. Natomiast załączone do wyjaśnień dokumenty nie są oznaczone w stopniu możliwym do ich identyfikacji czy to w zakresie ich wystawcy, czy to w zakresie ich adresata, czy to w zakresie ich przeznaczenia. W związku z powyższym wykonawca wybrany ani nie złożył wyjaśnień ani dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny. Ponadto poza sugestią gotowości dalszych wyjaśnień, zawartą w części środkowej pisma wyjaśniającego, nie ma formalnego wniosku o przedłużenie terminu udzielania wyjaśnień.

Niemniej w ocenie Izby i taki wniosek jest bezprzedmiotowy, ponieważ wykonawca składając ofertę powinien posiadać pełną dokumentację zarówno w postaci kalkulacji jak i w postaci ofert, bo w innym przypadku cena jest wymyślona na użytek postępowania a nie ceną skalkulowaną w zakresie kosztów jak i zysku w danym postępowaniu.

W związku z powyższym w ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone tzw. wyjaśnienia z dnia 21 września 2016 roku i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy wezwanego w trybie art.90 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych. Tym samym potwierdził się zarzut odwołania, co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.2 i 3 oraz art. 7 ust.1 i 3 ustawy pzp., ponieważ wykonawca wybrany nie złożył wyjaśnień do których był wezwany w trybie art.90 ust.1 ustawy pzp i oferta jego powinna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

W związku z tym w myśl art.192 ust.1 ustawy Izba uwzględni odwołanie, ponieważ stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, co do wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym to wyniku zamawiający powiadomił wykonawców dniu 23 września 2016 roku. W związku z powyższym oferta wykonawcy wybranego powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę a zamawiający powinien dokonać ponownie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z zarzutem odwołania naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy pzp Izba nie stwierdza, aby zarzut potwierdził się, ponieważ skutek odrzucenia odwołania z powodu nie złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art.90 ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych. Powyższe jest, co do zasady równoznaczne z traktowaniem oferty jako zawierającej rażąco niską cenę ale nie stanowi automatycznie o czynie nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Na marginesie Izba nie podziela argumentacji przystępującego w sprawie powołującego się na regułę dowodową obowiązującą na mocy art.6 k.c., ponieważ na podstawie przepisu szczególnego jakim jest art.90 ust.2 i art.190 ust.1a pkt 1) ustawy pzp, których zmiany już powyżej wzmiankowane w związku z art.90 ust.1 i obowiązujące od 19 października 2014 roku ciężar dowodowy, że cena oferty nie jest rażąco niską spoczywa na przystępującym w sprawie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) w związku z § 5 ust.2 pkt1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego według przedłożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....