

WYROK

z dnia 12 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2016 r. przez wykonawcę - **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus – August – Otto – Str. 7a, D-56357 Holzhausen** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolskie Centrum Onkologii, ul. Garbary 15; 61-866 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **Monrol Poland Ltd. sp. z o.o., ul. Piękna 15/lok. 12; 00-549 Warszawa** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Advanced Accelerator Applications Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wezwanie wykonawcy Monrol Poland Ltd. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, udostępnienie wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH wyjaśnień złożonych przez Monrol Poland Ltd. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem ograniczeń wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia, ponowne badanie i ocenę ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wielkopolskie Centrum Onkologii, ul. Garbary 15; 61-866 Poznań i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus – August – Otto – Str. 7a, D-56357 Holzhausen**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Wielkopolskiego Centrum Onkologii, ul. Garbary 15; 61-866 Poznań** na rzecz **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus – August – Otto – Str. 7a, D-56357 Holzhausen** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolskie Centrum Onkologii, ul. Garbary 15; 61-866 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa radiofarmaceutyku 18F-FDG dla Pracowni PET Zakładu Medycyny Nuklearnej”.

Dnia 15 czerwca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 24 czerwca 2016 roku wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MONROL Poland Ltd. Sp. z o.o. (dalej „Monrol”) i zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy minio, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty;

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Advanced Accelerator Applications Poiska Sp. z o.o. (dalej „AAA”) mimo, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Monrol jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i niezasadne utajnienie tego dokumentu,
- 2) naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Monrol w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Monrol mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
- 3) naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AAA w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu

zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AAA mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,

- 4) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania AAA i Monrol do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport FDG wydane w oparciu o przepisy ustawy - Prawo atomowe,
- 5) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Monrol do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające, że wykonawca dysponuje wiedzą i doświadczeniem wymaganym zapisami s.i.w.z.,
- 6) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie wezwania AAA do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w wymaganej formie, tj. w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci,
- 7) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b Pzp, art. 22 ust. 5 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania AAA do uzupełnienia oferty i przyjęcie przez zamawiającego, że AAA spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mimo że AAA nie udowodniło, że będzie realnie dysponowało wiedzą i doświadczeniem udostępnionym wykonawcy przez inny podmiot,
- 8) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności:

- 1) udostępnienie odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Monrol w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- 2) odrzucenie ofert złożonych przez Monrol i AAA, jako ofert zawierających rażąco niską cenę,

ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia, że oferty wskazanych wykonawców nie podlegają odrzuceniu:

- 3) wezwanie wykonawców Monrol i AAA do uzupełnienia oferty o dokumenty wskazane w treści uzasadnienia przedmiotowego odwołania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu i tym samym pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową, gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Monrol Poland Ltd. sp. z o.o. (dalej jako „przystępujący” lub „Monrol”).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba wskazuje, że na obecnym etapie postępowania, odwołujący kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej oraz ocenę ofert dokonaną przez zamawiającego. Nie sposób zatem odmówić odwołującemu prawa do kwestionowania czynności zamawiającego, które przy pozytywnym rozstrzygnięciu dla odwołującego może doprowadzić do uznania oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Okoliczność, iż oferta odwołującego zawiera cenę, która na dzień wniesienia odwołania przekracza kwotę, która zamawiający oświadczył, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, nie oznacza jeszcze, że oferta odwołującego nie będzie mogła zostać wybrana. Powyższe kwestie mogą być dopiero rozważane w oparciu o wynik powtórzonych przez zamawiającego czynności.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika

postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Monrol, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i niezasadne utajnienie tego dokumentu, Izba stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Odwołujący podniósł, iż zaniechanie przez zamawiającego udostępnienia odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Monrol jest niezgodne z obowiązującym prawem, bowiem wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy, że zastrzegane przez niego informacje spełniają wymogi wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Monrol na trzech kolejnych stronach wyjaśnień przedstawił obszernie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych wskazujące na to, jakie informacje mogą mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie można uznać za „wykazanie” spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. względem konkretnych, zastrzeganych przez danego wykonawcę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informacji. Ponadto odwołujący wskazał, iż w szczególności Monrol nie wykazał, by względem zastrzeganych informacji spełniony był wymóg podjęcia przez wykonawcę odpowiednich kroków ku temu, by zachować zastrzegane informacje w tajemnicy. Zdaniem odwołującego Monrol poprzestał na kilku ogólnych zapewnieniach, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów, które mogłyby potwierdzać okoliczności podawane przez niego w wyjaśnieniach. Przykładowo: wskazując na ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do zastrzeganych informacji i zobowiązanie ich do zachowania poufności, przystępujący nie przedstawił ani informacji o tym, o jaki krąg osób w istocie chodzi, ani nie przedstawił kopii umów zawartych z tymi osobami, które takowe zobowiązanie zawierają. Co za tym idzie, przystępujący uniemożliwił zamawiającemu ocenę, czy rzeczywiście mamy tu do czynienia z „odpowiednim” sposobem postępowania z tego typu informacjami.

Co do zasady Izba podziela stanowisko, iż wykonawca może zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa treść wyjaśnień dotyczących ceny w zakresie czy nie nosi ona znamion

ceny rażąco niskiej. Ocena czy wyjaśnienia dotyczące ceny zasługują na ochronę objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi być zatem dokonana na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego wraz z udzielonymi wyjaśnieniami. Ustawodawca wskazał, iż złożone przez wykonawcę oświadczenie o zastrzeżeniu informacji, które mają być objęte ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa musi być przez tego wykonawcę wykazane. Ustawodawca nie doprecyzował sposobu wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści przez siebie wskazanych, dlatego też, w ocenie Izby, należy przyjąć w tym względzie normy ogólne obowiązujące, a związane z procesem dowodzenia, tj. określone art. 6 Kodeksu cywilnego, powtórzone w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący Monrol nie wykazał, co do zasady zasadności zastrzeżenia swoich wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnienia Monrol są ogólnikowe, nie przywołują żadnych konkretnych okoliczności, które mogłyby być uznane za zasadne, oparte są jedynie na bardzo lakonicznych twierdzeniach, które w żaden sposób nie zostały udowodnione. Zdaniem Izby, wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia treści oferty czy wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, nie zawsze mogą być na tyle pełne i konkretne, gdyż już same w sobie mogą przenosić informacje, które muszą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Mogą więc się zdarzyć przypadki, gdzie treść wyjaśnień wykazujących zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa również tą tajemnicą będzie objęta. Aby wykluczyć takie sytuacje, zdaniem Izby zasadne byłoby, aby oświadczenie wykonawcy, co do wykazania zasadności zastrzeżenia oraz same wyjaśnienia były ze sobą spójne i stanowiły jednolitą całość, a podniesione w oświadczeniu argumenty, dały się wykazać w samym wyjaśnieniu.

Dlatego też Izba przyjęła, biorąc pod uwagę obydwa dokumenty, że jedynie informacje, co do kalkulacji, z ich wyliczeniem, strona 7 wyjaśnień, akapit 1 – zaczynający się od słów „*Należy zauważyć, iż cena, jaką zaoferował Wykonawca (...)*” do słów „*Razem: (...) zł brutto za jedną dawkę*” oraz te wskazane na stronie 8, akapit 4 – zaczynający się od słów „*Na potrzeby produkcji Wykonawca zdecydował się na (...)*” do słów „*(...) – co pozwala ograniczyć koszty (...)*” mogą, w ocenie Izby, stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Pozostała treść stanowi niejako powielenie informacji podniesionych w części jawnej oświadczenia oraz przytoczenie bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Należy zauważyć, że wykonawca Monrol, zarówno w zakresie oświadczenia, jak też wyjaśnień, żadnych dowodów nie przedstawił, dlatego też czynność zamawiającego, co do zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień wykonawcy Monrol, składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należało uznać za wadliwą.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Monrol w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Monrol mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, Izba stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Tym samym, w toku postępowania odwoławczego, wykonawca przystępujący Monrol posiada przymiot uczestnika postępowania odwoławczego, dlatego też to po jego stronie spoczywa obowiązek dowodowy dotyczący wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że odnośnie wyjaśnień złożonych przez Monrol - wobec braku wglądu w ich treść - nie może wskazać konkretnych przykładów potwierdzających ogólność złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Niemniej, mając na uwadze choćby treść udostępnionego odwołującemu uzasadnienia dla dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący wskazał, że Monrol poprzestał na złożeniu wyjaśnień ceny, natomiast nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać realność, rynkowy charakter zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł, że z treści złożonej przez przystępującego oferty wynika, jaki podmiot będzie podwykonawcą Monrol w zakresie transportu FDG oraz jaki produkt, skąd pochodzący będzie przedmiotem dostawy (w szczególności wobec zawartej w ofercie Monrol informacji o rodzaju cyklotronu wykorzystywanego do produkcji FDG wiedza o parametrach technicznych urządzenia wykorzystywanego przez Monrol jest powszechna, parametry dostarczanego FDG wynikają zaś z s.i.w.z. oraz charakterystyki produktu leczniczego zawartej w ofercie wykonawcy). Z kolei s.i.w.z. zakłada szczegółowe zasady logistyki dostaw FDG (godziny dostaw, wielkości partii, ilości dostaw w ciągu dnia itd.), które w powiązaniu z wymogami obowiązującego prawa co do zasad transportu materiałów radioaktywnych i specyfikami samego FDG (kwestie związane z rozpadem materiału promieniotwórczego) powodują, iż tylko w niewielkim zakresie wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie mieli możliwość zastosowania optymalizacji w zakresie organizacji i kosztów dostaw. W tej sytuacji, pewne oszczędności wykonawcy mogą poczynić jedynie na etapie produkcji FDG oraz optymalizacji kosztów ogólnych działalności, przy czym należałoby oczekiwać od wykonawcy składającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, że istnienie takich oszczędności wykonawca wykaże stosownymi dowodami. Treść udostępnionych odwołującemu dokumentów sugeruje, że jako źródło ewentualnych oszczędności Monrol może wskazywać „odpowiednią” organizację pracy i system wynagradzania pracowników,

jeśli tak jest w istocie, to należałoby oczekiwać od Monrol nie tylko przedstawienia, o jaką organizację pracy chodzi, ale i wykazania, jaki wpływ ta organizacja pracy ma na koszty wykonania zamówienia. Koszt zatrudnienia pracowników, choćby z uwagi na wymagany poziom ich specjalizacji i wiedzy, jest co najmniej wyższy od kosztów minimalnych pracy.

W tym miejscu, uprzedzając ewentualną argumentację Monrol, odwołujący wskazał, że każdy z wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu należy do międzynarodowej grupy kapitałowej, a co za tym idzie korzysta z efektu skali w zakupach materiałów niezbędnych do produkcji FDG. Nadto, stopień wykorzystania cyklotronu dostępnego poszczególnym wykonawcom jest zbliżony.

Nie jest także wystarczające, w ocenie odwołującego, przedstawienie przez wykonawcę ogólnej informacji przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych zamawiających, o cenach oferowanych w innych postępowaniach. Każdy z tych elementów, jeśli znalazły się w wyjaśnieniach wykonawcy - powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy.

Zdaniem odwołującego, Monrol nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej.

Po pierwsze, 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 zlokalizowany w Berlinie, a więc w bliższej lokalizacji niż gdyby FDG dostarczać z Warszawy). Przewaga konkurencyjna, jaką jeszcze kilka lat temu miałyby wykonawca dysponujący cyklotronem zlokalizowanym w Polsce obecnie nie istnieje.

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

Po trzecie, każdy producent FDG ponosi w związku z produkcją radiofarmaceutyku określone koszty stałe i zmienne. Monrol, składając ofertę w niniejszym postępowaniu, powinien więc uwzględnić w swojej ofercie: koszty zakupu materiałów niezbędnych do produkcji 18-FDG, w tym koszt zakupu fiolek, kaset do syntezy oraz wody O18. Do wskazanych kosztów materiałów dochodzą koszty materiałów eksploatacyjnych cyklotronu. Łącznie koszty materiałów, o których mowa sięgają od 12 do 20% ceny ofertowej.

W ocenie odwołującego Monrol, nawet jeśli wskazał w swoich wyjaśnieniach, jaka jest wysokość tychże kosztów produkcji, podał wartości zaniżone. Znając bowiem specyfikę rynku i wysokość rynkową kosztów produkcji 18-FDG nic sposób przyjąć, że cena ofertowa Monrol wszystkie te koszty, zwłaszcza zaś koszty materiałów niezbędnych do produkcji FDG, pokryje. Prawdopodobne wydaje się także zaniżenie przez Monrol kosztów transportu

FDG do zamawiającego. Z uwagi na specjalistyczny charakter transportu FDG, koszty z tym związane są wyższe niż koszty transportu innych produktów leczniczych.

Na rozprawie odwołujący złożył na dowód, iż ceny za poszczególne dawki/ fiolkę produktu na rynku nie były dotychczas oferowane na tak niskim poziomie, zestawienie cen oferowanych w latach 2014-2015 i 2016. Ponadto odwołujący złożył również dowód w postaci zestawienia wykonawców istniejących na rynku polskim - na okoliczność jaki jest udział poszczególnych wykonawców w dostawie przedmiotu zamówienia; zwracając uwagę, że zarówno odwołujący, przystępujący, jak i trzeci z wykonawców biorący udział w postępowaniu (AAA), udział w rynku mają zbliżony - przy czym odwołujący z tych trzech wykonawców ma nieznacznie wyższy udział w tym rynku. Dowód powyższy złożony został również na okoliczność, że efekt skali, na który może się powoływać w wyjaśnieniach przystępujący, nie ma w przedmiotowym postępowaniu znaczenia. Odwołujący złożył również dowód w postaci oferty wykonawcy InterFreight, tj. wykonawcy, który zajmuje się transportem tego przedmiotu zamówienia – na okoliczność, jakie są faktyczne koszty, które należałoby ponieść na trasie Berlin – Poznań (to jest z miejsc z których odwołujący produkuje ten preparat do siedziby zamawiającego). Złożył również ofertę wykonawcy, który zajmuje się transportem tego specyfiku ze szczegółową kalkulacją, jakie koszty należy uwzględnić przy transporcie jednej fiołki specyfiku - z tym zastrzeżeniem, że oferta ta została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na dowód, iż koszty produkcji jednej fiołki mogą wynosić od 155 do 177 euro za sztukę, przy uwzględnieniu całej serii, składa dowód w postaci wydruku z artykułu z prasy fachowej wraz z tłumaczeniem, zwracając uwagę, że co prawda artykuł ten został opublikowany w 2007 r., jednakże koszty, jakie należałoby uwzględnić w roku bieżącym są wyższe, gdyż wzrosły chociażby koszty wody aktywnej.

Zamawiający podniósł, w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych przez odwołującego, że fakt, iż na rynku jest określony podział wskazujący na udział w rynku określonych podmiotów, nie stanowi jeszcze faktu, że cena złożona przez przystępującego jak i drugiego wykonawcy jest rażąco niska. Zwraca również uwagę, że cena nie jest również uzależniana od wielkości zamówienia, a ta zaoferowana przez przystępującego w tym postępowaniu nie odbiega w sposób rażący od cen uzyskanych przez innych zamawiających, zarówno w bieżącym roku jak i w latach poprzednich. Kwestionuje dowód w postaci artykułu, gdyż zawiera on dane z 2007 r. Zwrócił uwagę, że elementy cenotwórcze z biegiem lat się zmieniają i artykuł ten może przedstawiać dane nieaktualne.

Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia oraz w piśmie procesowym z dnia 7 lipca 2016 roku. Co do kosztów transportu oświadczył, iż korzysta z usług lokalnej firmy, w której uzyskuje bardzo korzystne ceny. Na dowód czego przedłożył aneksy do umowy, oświadczając jednocześnie, że stawka jaka obowiązuje dla

tego zamawiającego mieści się w przedziałach cen jednostkowych wynikający z tych dwóch aneksów, i że jest to 1,35 zł za kilometr. Złożył również zestawienie kosztów, jakie zobowiązany jest ponieść w zakresie produkcji jednej dawki. Koszty te odpowiadają wyjaśnieniom złożonym zamawiającemu, jednakże na obecnym etapie zostały bardziej rozbite. Dowody powyższe zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła dowodu zgłoszonego przez odwołującego – artykuł z 2007 roku, stwierdzając, iż zawiera on dane mało aktualne, z przed prawie dekady, co przy dynamicznie rozwijającym się rynku radiofarmaceutyków, może mieć wpływ na poczynienie prawidłowych ustaleń w sprawie. Dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie.

Izba nie dopuściła dowodów zgłoszonych przez odwołującego – zestawień tabelarycznych, stwierdzając, iż informacje tam zawarte mają jedynie charakter poglądowy i informacyjny. Ponadto fakt oferowania określonych cen w innych postępowaniach w poprzednich latach oraz istota podziału rynku nie były kwestionowane przez zamawiającego czy przystępującego Monrol. Dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba dopuściła natomiast dowody zgłoszone przez odwołującego i przystępującego dotyczące kosztów transportu oraz kosztów pozostałych.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - OPIS TECHNICZNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – przedmiotem zamówienia są Dostawy radiofarmaceutyku 18F-FDG dla Pracowni PET Zakładu Medycyny Nuklearnej. Zamówienie obejmuje jednodniowe dostawy aktywności FDG niezbędnej do wykonania badań od 5 do 10 pacjentów dziennie – łącznie 1600 dawek.

Zasady realizacji dostaw, jakie ustalił zamawiający, zobowiązują wykonawcę do wykonywania dostaw dostawy od poniedziałku do piątku na każde pisemne zamówienie, przekazywane e-mailem lub faxem przez zamawiającego. Zamawiający dopuścił dostawę radiofarmaceutyku w dwóch fiolkach i nie dopuścił dzielenia dostaw na więcej niż jeden transport dziennie.

W ocenie Izby, sposób i termin dostaw, ustalony przez zamawiającego prowadzi do wniosku, iż w okresie 12 miesięcy, codziennie od poniedziałku do piątku ma być dostarczana określona ilość radiofarmaceutyku, która może być konfekcjonowana, maksymalnie w dwóch fiolkach, ale zasadą jest dostawa radiofarmaceutyku w jednej fiołce.

Przedkładając powyższe ustalenia na stan faktyczny sprawy, stwierdzić należało, co następuje.

Odległość zakładu produkcyjnego Monrol od siedziby zamawiającego to około 276 kilometrów w jedną stronę, w dwie strony to 552 kilometry. Przyjmując stawkę, co do wysokości której wypowiedział się przystępujący Monrol, określając ją na poziomie 1,35 zł

brutto za kilometr, biorąc pod uwagę odległość jaką należy pokonać, daje to koszt rzędu ok. 745 zł za 1 transport/1 fiolkę. Przyjmując, że w ciągu 12 miesięcy świadczenia zamówienia mamy 250 dni pracujących daje nam to koszt dostawy rzędu ok. 186 250 zł brutto. Cena oferty przystępującego Monrol to zaś 575 424,00 zł brutto. Tym samym odejmując od ceny ofertowej koszt transportu pozostaje nam kwota 389 174 zł brutto, w której to skład wchodzić muszą wszystkie koszty wyprodukowania radiofarmaceutyku (materiały, robocizna, koszty pośrednie, itp.). Z powyższego wynika, że koszt wyprodukowania 1 dawki/1 fiołki radiofarmaceutyku powinien kształtować się na poziomie ok. 243 zł brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że z wyliczeń przedstawionych przez przystępującego Monrol, które znalazły się w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego, jak i tych złożonych na rozprawie wynika, że oferta przystępującego Monrol nie zawiera ceny rażąco niskiej, ponadto została ustalona przy założeniu osiągnięcia określonego zysku. Z uwagi na okoliczność, że wysokość kosztów (poza transportem) została zastrzeżona przez przystępującego Monrol tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie mogła się wypowiedzieć szerzej w tym zakresie.

Co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AAA w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AAA mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, Izba stwierdziła co następuje.

Na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wyjaśnienia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wykonawca AAA złożył zamawiającemu wyjaśnienia. Jednakże ocena złożonych wyjaśnień, w ocenie Izby, musiał prowadzić do zgoda odmiennych wniosków, niż te, który przyjął zamawiający.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę AAA nie mogą zostać uznane za wystarczające. Przywołane w wyjaśnieniach okoliczności, nie są poparte żadnymi dowodami w postaci faktur, czy umów z personelem, a jednocześnie tożsame dla większości wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Poza wskazanymi argumentami, wyjaśnienia AAA nie zawierają żadnych dodatkowych argumentów, czy wyjaśnień odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny przez wykonawcę. 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. Wyjaśnienia odnoszą się przy tym tylko do kosztu wytworzenia FDG, natomiast całkowicie pomijają koszt jego transportu z miejsca wytworzenia (Warszawa) do zamawiającego 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.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Z akt sprawy wynika, że wykonawca AAA nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, a zatem ciężar udowodnienia, że oferta wykonawcy AAA nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym. Izba stwierdziła, że zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność prawidłowości ceny przedstawionej przez wykonawcę AAA, a uznając wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę za lakoniczne i ogólnikowe, Izba stwierdziła, że oferta tego wykonawcy (AAA) podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania AAA i Monrol do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport FDG wydane w oparciu o przepisy ustawy - Prawo atomowe, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek dotyczący posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W celu wykazania spełnienia w/w warunku należało złożyć:

- Koncesję/zezwozenie na wykonywanie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące zgodnie z wymogiem art. 4 ustawy Prawo atomowe (Dz. U. z 2012r. poz. 264),
- Zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na prowadzenie działalności związanej z obrotem materiałami objętymi niniejszym zamówieniem.

Zgodnie z przywołanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia art. 4 pkt 1 ustawy Prawo atomowe - wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej na wytwarzaniu, przetwarzaniu, przechowywaniu, transporcie, stosowaniu materiałów jądrowych lub źródeł promieniotwórczych i obrocie tymi materiałami lub źródłami - wymaga zezwolenia.

Z uwagi na opis przedmiotu zamówienia, wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie będą dokonywali obrotu źródłami promieniotwórczymi oraz ich transportu, a w przypadku, gdy są oni jednocześnie producentem FDG - także będą je wytwarzać,

Wykonawca Monrol oraz wykonawca AAA, zaniechali załączenia do swoich ofert stosownych zezwozeń na transport FDG wydanych w oparciu o wskazane powyżej przepisy

Prawa atomowego oświadczając, iż tę część zamówienia zamierzają powierzyć podwykonawcom.

Stosownie do art. 22 ust. 2b ustawy Pzp, warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej nie może zostać spełniony poprzez wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego, w szczególności przyszłego podwykonawcy.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba w całości identyfikuje się z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej przyjętym w wyroku z dnia 14 lutego 2012 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 225/12, uznając je za własne, cyt. *„Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dołączył do swojej oferty dokumentu zezwolenia na transport źródeł promieniotwórczych na terenie Polski i Unii Europejskiej co do fluorowanej deoksyglukozy (FDG), stanowiącej przedmiot zamówienia. Tej okoliczności Przystępujący nie kwestionował tak zgłoszeniu przystąpienia, w swoim piśmie procesowym złożonym do akt sprawy, w sprzeczności od uwzględniania zarzutów odwołania, jak i w toku rozprawy. Tym samym powyższa okoliczność należało uznać za niesporną. Przystępujący po uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania kwestionował tylko zasadność żądania takiego dokumentu. W ocenie Izby argumentacja w tym zakresie podnoszona przez Przystępującego sprowadza się do kwestionowania wymogu zawartego w SIWZ w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu co do wymaganych uprawnień, jak i żądania w tym zakresie przedłożenia przez wykonawców ubiegających się o to zamówienie stosownych dokumentów. Powyższe formalnie byłoby dopuszczalne przed otwarciem ofert na etapie upublicznienia przez Zamawiającego na stronie internetowej SIWZ, a nie na etapie badania i oceny ofert. Według Izby postanowienia SIWZ w zakresie określenia warunku co do uprawnień i żądanych w tym kontekście dokumentów nie budzą żadnych wątpliwości. Lektura tych postanowień wskazuje na to, że Zamawiający żądał od wykonawców dostarczenia zarówno dokumentów koncesji, zezwolenia czy licencji na podjęcie działalności, której dotyczy przedmiot zamówienia, wydanych na podstawie Prawa farmaceutycznego, jak i dokumentów – zezwolenia, tak na obrót, jak i na transport źródeł promieniowania, które to dokumenty są wydawane na podstawie Prawa atomowego. Izba na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonywała oceny przydatności, czy celowości tych wszystkich zezwoleń dla Zamawiającego w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Izba w tym zakresie także nie dokonywała oceny tego, czy żądanie tych dokumentów w jakikolwiek sposób prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku dostaw takiego radiofarmaceutyku, jakim jest fluorowana deoksyglukoza, także w kontekście przywoływanego przez Przystępującego wyroku KIO wydanego w sprawie KIO 1792/11, czy też dokumentów przedłożonych w tym zakresie w toku rozprawy przez Odwołującego (wyciąg z KRS firmy Biker Sp. z o.o. i wydruk ze strony internetowej tej firmy) oraz Przystępującego (pismo z Urzędu Rejestracji Produktów*

Lecznicych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych). Zarzuty w tym zakresie aktualnie należało uznać za spóźnione. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodność czynności Zamawiającego (czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej) należy bowiem oceniać z postanowieniami SIWZ. Nieuprawnione jest na tym etapie kwestionowania zasadności określonych wymogów SIWZ, na podstawie których określona ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu była dokonywana, co de facto czynił Przystępujący w swojej argumentacji podnoszonej w związku z zarzutami odwołania nieuprawnionego przyjęcia za poprawne dokumentów uprawnień przedłożonych przez Przystępującego oraz w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania przez Zamawiającego. 12 Izba nie oceniała przedłożenia przez Przystępującego dokumentów dotyczących uprawnień w kontekście powoływania się w tym zakresie na potencjał podmiotu trzeciego, na co wskazywał Odwołujący, choć oczywistym dla Izby i bezspornym jest, że w zakresie uprawnień, w oparciu o aktualny stan prawny, niemożliwym jest powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego. Izba nie stwierdziła w oparciu o ofertę Przystępującego takiego powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Powyższe zresztą Przystępujący potwierdził w swoich pismach, jak i w toku rozprawy. Przystępujący nie powoływał się w tym zakresie na potencjał podmiotu trzeciego, a jedynie twierdził – jak wskazano powyżej – że zezwolenie na transport źródeł promieniotwórczych w przedmiotowym postępowaniu nie było w ogóle wymagane w SIWZ, co Izba oceniła w sposób wskazany powyżej. Uwzględniając powyższe należało nakazać Zamawiającemu w tym względzie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert. W związku z tym, że Zamawiający w tym zakresie nie korzystał wobec Przystępującego z procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należało także nakazać Zamawiającemu, aby w trakcie ponownej czynności badania i oceny ofert wezwał Przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w ofercie tego wykonawcy, które odnoszą się do wymogów SIWZ opisanych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1 lit. a i b SIWZ.”.

W ocenie Izby, zamawiający winien wezwać wykonawcę Monrol do uzupełnienia oferty, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o brakujące zezwolenie na transport źródeł promieniotwórczych zgodnie z art. 4 ustawy – Prawo atomowe.

W powyższym zakresie nie jest konieczne, po stronie zamawiającego, dokonanie czynności wezwania wykonawcy AAA o uzupełnienie brakującego zezwolenia, z uwagi na okoliczność, iż Izba stwierdziła, że wykonawca AAA nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tym samym podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Monrol do uzupełnienia oferty o dokumenty

potwierdzające, że wykonawca dysponuje wiedzą i doświadczeniem wymaganym zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w treści s.i.w.z. postawił warunek, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia.

W celu wykazania spełnienia w/w warunku należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi, co najmniej 1 zamówienie odpowiadającego swoim rodzajem zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia oraz wartością złożonej oferty na kwotę wskazaną pkt. rozdz.V.1.4 s.i.w.z. (zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi co najmniej 1 zamówienie odpowiadającego swoim rodzajem zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia oraz wartością złożonej oferty w danym pakiecie na kwotę minimum 670 000,00 PLN).

Przystępujący Monrol złożył wykaz głównych dostaw, w którym oświadczył, że zrealizował dostawę na rzecz SP CSK w Warszawie, data wykonywania od 29 maja 2015 r. do 29 maja 2017 r., a wartość zrealizowanej dostawy w ramach umowy wynosiła 1 814 400,00 zł brutto. Na potwierdzenie prawidłowości wykonanej dostawy, wykonawca Monrol załączył do wykazu referencje z dnia 8 lutego 2016 roku, w których zostało poświadczono, że *„Biont a.s. i Monrol Poland Ltd sp. z o.o. realizują na rzecz SP CSK w Warszawie zamówienie na dostawę radiofarmaceutyku FDG o wartości 1 814 400,00 zł brutto. Umowa była zawarta 29.05.2015 r. na okres 24 miesięcy. Wszystkie dostawy do dzisiaj zostały wykonane w sposób prawidłowy oraz nie budzący zastrzeżeń.”*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący Monrol nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, albowiem nie udowodnił zamawiającemu, że na dzień składania ofert zrealizował przynajmniej jedno zamówienie, odpowiadające swoim przedmiotem przedmiotowi tego zamówienia, którego wartość (zrealizowanej dostawy) odpowiadałaby kwocie, co najmniej 670 000, 00 zł. Zdaniem Izby warunek udziału w postępowaniu był opisany jasno, tak jak i precyzyjnie był opisany sposób jego spełnienia. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż aby spełnić rzeczony warunek wystarczyłoby jedynie złożyć ofertę w jakimkolwiek postępowaniu. Izba zwraca uwagę, iż samo złożenie oferty na określoną kwotę w danym postępowaniu, nie może stanowić i nie przesądza o tym, że wykonawca zrealizował zamówienie w sposób prawidłowy, upoważniający go do pozyskania pozytywnych referencji. W przedmiotowym

postępowaniu, jako że wykonawca Monrol nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia wykazu oraz poświadczeń.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie wezwania AAA do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w wymaganej formie, tj. w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci oraz zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b Pzp, art. 22 ust. 5 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania AAA do uzupełnienia oferty i przyjęcie przez zamawiającego, że AAA spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mimo że AAA nie udowodniło, że będzie realnie dysponowało wiedzą i doświadczeniem udostępnionym wykonawcy przez inny podmiot, Izba stwierdziła, co następuje.

Wykonawca AAA warunek odnoszący się do wiedzy i doświadczenia wykazał posiłkując się na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, potencjałem podmiotu trzeciego - Advanced Accelerator Applications S.A. z siedzibą w Saint Genis Pouilly Francja. Poświadczenia należytego wykonania usług wykonanych przez podmiot trzeci zostały złożone w kopiach potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę, w sytuacji gdy wykonawca nie dysponował stosownym umocowaniem do składania tego typu oświadczeń w imieniu podmiotu trzeciego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te osoby trzecie. Świadczy o tym użycie sformułowania „odpowiednio” w przepisie § 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), co wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu. Alternatywnie dopuszczalne jest, w ocenie Izby, dokonanie poświadczenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego przez wykonawcę składającego ofertę w przypadku upoważnienia tego wykonawcy przez ten podmiot trzeci do dokonywania tego rodzaju czynności.

Ponadto wykonawca AAA przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia (zobowiązanie z dnia 26.04.2016 r.), w którym wskazano, że (cyt.): „Wykonawca będzie uzyskiwał doradztwo, konsultacje oraz opinie w sprawie przestrzegania procedur przy realizacji zamówień” (pkt 1). Nadto, podmiot trzeci zobowiązał się do

systematycznego kontaktu oraz konsultacji co do sposobu wykorzystania potencjału wiedzy i doświadczenia" (pkt 2) oraz przestrzegania procedur realizacji świadczenia polegającego na dostawie przedmiotu umowy, do koordynowania tych czynności w szczególności poprzez okresowe wizyty koordynatora przez cały okres zawartej umowy (pkt 4).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej tak określony w zobowiązaniu zakres i sposób udostępnienia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia jest wystarczający przy zamówieniu, które dotyczy *de facto* dostawy. Tym samym Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że przedłożone zobowiązanie nie potwierdza, by udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci miało charakter realny, rzeczywisty i zarazem odpowiedni do zakresu potencjału niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie powyższych zarzutów (zobowiązania podmiotu trzeciego) Izba winna nakazać zamawiającemu wezwanie wykonawcy AAA do uzupełnienia dokumentów, jednakże z uwagi na okoliczność, iż oferta wykonawcy AAA podlega odrzuceniu, Izba nie nakazywała dokonania wskazanych wyżej czynności.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazany przepis w szczególności poprzez niezastosowanie w sposób tożsamy określonych przez siebie norm, w odniesieniu do wszystkich wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Izba uwzględniła odwołanie, albowiem stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: