

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2018 r.

EX +

Radca Prawny



Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia - **Life Radiopharma f-con GmbH, Nicolaus-August-Otto str. 7a, D-56357 Holzhausen**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolskie Centrum Onkologii z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MONROL POLAND Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Małgorzata Borkowska Link Ekspres z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

WIELKOPOLSKIE CENTRUM ONKOLOGII w Poznaniu KANCELARIA		
Data	25-04-2018	Wpł.
L. dz.	3024	
podpis		

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

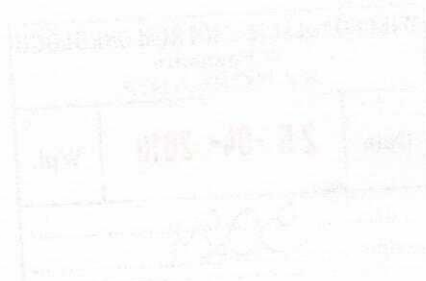
Przewodniczący: M. Kawe-Opomałel.....



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

M. Grabarczyk
Magdalena Grabarczyk



UZASADNIENIE

Zamawiający – Wielkopolskie Centrum Onkologii prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa radiofarmaceutyku 18F-FDG dla Pracowni PET Zakładu Medycyny Nuklearnej”.

Life Radiopharma f-con GmbH (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „VOXEL” lub „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia, oferty VOXEL w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a udzielone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnienia są lakoniczne, nie przedstawiają obiektywnych czynników oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, wskazującymi na rynkowy charakter zaoferowanej ceny;

2) naruszenie art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu;

3) ewentualnie - naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie powtórnego wezwania wykonawcy Voxel do złożenia rzetelnych, szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

Odwołujący w oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Voxel lub ewentualnie, o nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy VOXEL do złożenia rzetelnych, szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając wniesione odwołanie Odwołujący wskazał, że na podstawie wzoru umowy, wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza zobowiąże się do realizacji (w ciągu 12 miesięcy) jednodniowych dostaw aktywności FDG niezbędnej do wykonania badań od 5 do 10 pacjentów dziennie - łącznie dla 1500 pacjentów.

Dnia 29 stycznia 2018 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę VOXEL do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalnego projektu wykonawcy, kosztów pracy, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Wykonawca ten w dniu 30 stycznia 2018 r. udzielił wyjaśnień w zakresie prawidłowości ceny tej oferty.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Voxel, nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, bowiem są nieudowodnione. Wskazał, że wyjaśnienia ceny Przystępującego składają się z następujących dokumentów:

- odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, która zawiera wyjaśnienia ceny na stronach 3-6 (4 str.),
- szczegółowej kalkulacji ceny (4 str.),
- kwartalnej prognozy dotyczącej kosztów produkcji radiofarmaceutyku FDG dla 1. kwartału 2018 r. (1 str.),
- decyzji MSWiA nr. 760/2017 i 709/2017 (zezwolenia uprzywilejowanie w ruchu drogowym pojazdów Voxel; 4 str.),
- wydruk ze strony internetowej Przystępującego o uzyskaniu dofinansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (1 str.).

Według odwołującego, załączone do wyjaśnień dokumenty w żaden sposób nie potwierdzały realności zaoferowanej ceny. W załączniku nr 4 do wyjaśnień, w pkt. 1 - Bezpośrednie koszty produkcji, Przystępujący podał, że składają się na nie następujące elementy: „(...) i) koszty materiałów i odczynników chemicznych używanych do produkcji, ii) koszty badań laboratoryjnych i kontroli jakości, iii) koszt energii elektrycznej zużywanej głównie przez cyklotron, systemy klimatyzacji oraz aparaturę laboratoryjną, iv) koszty wynagrodzeń pracowników bezpośrednio produkcyjnych”. wskazał podaje koszt materiałów i odczynników do produkcji jednej serii oferowanego produktu o wartości „ok. 2928,60 zł”. Koszt ten stanowią m. in. woda z „ciężkim tlenem” O18 do produkcji FDG, kasety do automatycznej syntezy radiofarmaceutyku, fiolki na gotowy produkt itp.

Według Odwołującego Voxel w żaden sposób nie udokumentował jednak wysokości tego kosztu, tymczasem mógł i powinien przedłożyć np. faktury i rachunki potwierdzające wysokość tych kosztów. Podobnie rzecz się ma w przypadku kosztów energii elektrycznej, zużywanej podczas pracy cyklotyonu (61,50 zł + ok. 123 zł), która nie została choćby uprawdopodobniona poprzez przedstawienie zużycia energii elektrycznej cyklotyonu i informacji o stawkach opłat za energię elektryczną, które Voxel wynegocjował z dostawcą energii elektrycznej. Wykonawca ten nie udokumentował również kosztów pracy „personelu bezpośrednio produkcyjnego”, mimo że nic nie stało na przeszkodzie, aby załączyć zanonimizowane umowy z operatorem produkcji, operatorem cyklotyonu i specjalistą analitykiem, w których widniałaby wysokość wynagrodzenia tych osób.

W ocenie Odwołującego, brak powyższych dowodów świadczy o rażąco niskiej cenie oferty Voxel, bowiem gdyby wykonawca ten przedstawił powyższe koszty na poziomie rynkowym, nie miałby problemu z ich udowodnieniem. Odwołujący wskazał ponadto, że Voxel

wskazał w wyjaśnieniach, że koszt badań kontroli jakości, czystości mikrobiologicznej dla jednej serii produktu został oszacowany na ok. 760 zł. Tej okoliczności również w należyty sposób nie udokumentował, lecz poprzestał na ogólnej, lakonicznej informacji. Z kolei załączone do wyjaśnień zezwolenia na uprzywilejowanie w ruchu drogowym pojazdów Voxel potwierdzają jedynie fakt dysponowania dwoma pojazdami do przewozu FDG, jednak w żaden sposób nie potwierdzają wysokości kosztów transportu ponoszonych przez Voxel, w tym wysokości wynagrodzeń kierowców, kosztów paliwa i opłat drogowych oraz kosztów zakupu/leasingu nowej floty pojazdów (informacja zakupie/leasingu udzielona przez pełnomocnika Voxel w czasie rozprawy KIO 272/18).

Zdaniem Odwołującego wątpliwe jest, aby podmiot zajmujący się przede wszystkim produkcją FDG był w stanie generować niższe koszty transportu w przeliczeniu na 1 km, niż podmiot specjalizujący się wyłącznie w świadczeniu usług transportowych. Ponadto, załączone do wyjaśnień dowody nie wskazują też, aby Voxel istotnie odnosił korzyści z zachodzących w tym postępowaniu szczególnych okoliczności, właściwych tylko temu wykonawcy, które miałyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji zamówienia. Nadto, wykonawcy ci są częścią międzynarodowych koncernów, które wykonują zamówienia na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp., na porównywalnym poziomie, a wykonawcy VOXEL nie wyróżniają tu żadne szczególne uwarunkowania. Wszyscy wykonawcy składający oferty w postępowaniu to duże, profesjonalne przedsiębiorstwa, posiadające wieloletnie doświadczenie w branży, przy czym dodać należy, że FDG na rynku polskim jako pierwszy oferował Odwołujący i Iason sp. z o.o., opierając się na wiedzy i doświadczeniu zdobytym na rynkach Europy Zachodniej (obaj wskazani wykonawcy należą do dużych grup kapitałowych o zasięgu międzynarodowym). Zauważył, że każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty, dysponuje własnym cyklotronem do produkcji FDG, zlokalizowanym w Polsce (a także - jak w przypadku Odwołującego - zarówno w Polsce, w Szeligach, jak i w Berlinie), przy czym to cyklotron wykonawcy Voxel jest zlokalizowany najdalej względem Zamawiającego (produkcja FDG przez Voxel ma miejsce, co wynika z przedłożonych Zamawiającemu zezwoleń, w Krakowie przy ul. Wrocławskiej 1-3), a to z kolei wpływa na wyższy koszt transportu i produkcji (Voxel ze względu na rozpad radioaktywnego FDG musi produkować radiofarmaceutyk o wyższej aktywności początkowej).

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach wykonawcy Voxel brak jest konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla tego wykonawcy czynników wpływających na obniżenie ceny. Jeśli bowiem cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o

szczególnych okolicznościach pozwalających za zaoferowanie niskiej ceny. Takiej okoliczności nie może stanowić fakt dysponowania przez Przystępującego własnymi pracownikami PET, co pozwala na uzyskanie efektu skali poprzez rozbitcie kosztów na większą liczbę produkowanych jednorazowo dawek FDG. Podobny efekt uzyskuje również Odwołujący, a zapewne również pozostali oferenci, poprzez fakt prowadzenia działalności na międzynarodową skalę i dostarczanie FDG do wielu zamawiających na rynkach Unii Europejskiej (w szczególności w Niemczech).

W ocenie Odwołującego, tak jest w przypadku tego zamówienia: wyjaśnienia Voxela są dalece niewystarczające, a z punktu widzenia wyjaśnień składanych we wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - wręcz niewiarygodne.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu toczącym się również na skutek odwołania Odwołującego, w sprawie o sygnaturze KIO 156/17, gdzie zamawiającym było Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii, wykonawca Voxel ustalił wysokość ceny za dawkę FDG na 436 zł (przy czym wysokość kosztów, zgodnie z pismem procesowym z dnia 6 lutego 2017 r., miała wynieść 385 zł). Jak wynika z przywołanego pisma Voxela, struktura kosztów przedstawiała się wówczas w sposób następujący:

1. 95,40 zł - bezpośredni maksymalny koszt produkcji jednej dawki dla potrzeb zamówienia w Chorzowie;

2. 48,50 zł - koszt logistyki i transportu (liczony przy średnio 12 dawkach w jednej dostawie; 1 zł za dawkę to koszt opakowań oraz druku etykiet i ulotek; poza tym koszt transportu liczony 3,00 zł/km x 190 km - trasa Kraków-Chorzów);

3. 164 zł - udział kosztów stałych CPR w produkcji FDG na cele komercyjne (w przeliczeniu na dawkę, przy założeniu, że w 2017 r. przychody ze sprzedaży FDG wyniosły nie więcej niż 15% produkcji);

4. 76,30 zł - udział ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG na cele komercyjne. Zamówienie w Chorzowie obejmowało dostawę 3000 dawek FDG, przy czym jednorazowa dostawa miała obejmować 5-14 pacjentów.

Zamówienie to było więc zamówieniem o dwa razy większej liczbie dawek, niż w przypadku przedmiotowego zamówienia, a więc również efekt skali miał znacznie większy wpływ na cenę. Poza tym zamawiający w Chorzowie - biorąc pod uwagę rozmieszczenie pracowni PET Voxel - jest położony na trasie do pracowni PET w Opolu, a więc pod względem logistycznym Voxel faktycznie mógł mieć przewagę nad konkurentami. W postępowaniu objętym tym odwołaniem takiej przewagi Voxel nie ma.

Voxel w wyjaśnieniach ceny wskazał (w sposób dużo mniej szczegółowy niż miało to miejsce w Chorzowie), że:

1. 239,28 zł - bezpośrednie koszty produkcji, sprzedaży i transportu jednej dawki FDG;

2. 61,53 zł - udział kosztów stałych CPR w produkcji FDG na cele komercyjne;

3. 28,35 zł - udział ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG na cele komercyjne. Razem powyższe wyliczenia dają więc kwotę 329,16 zł, przy cenie netto za dawkę zaoferowaną przez Voxel w kwocie 369 zł (398,52 zł brutto).

Zdaniem Odwołującego mało prawdopodobne jest, aby udział kosztów stałych i ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG w przeciągu roku spadł o ponad 50%. Nawet jeżeli tak się stało to Voxel powinien był to udowodnić w treści wyjaśnień. Powyższe okoliczności pokazują, że przez fakt składania gołosłownych zapewnień, zamiast udzielania rzeczowych i popartych dowodami zapewnień, Voxel każdorazowo dostosowuje wysokość kosztów produkcji FDG do zaoferowanej przez niego ceny. W związku z tym koszty te nie mają pokrycia z realnymi kosztami. Okoliczność tę na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 272/18, de facto przyznał pełnomocnik Voxel. Jak bowiem wynika z protokołu rozprawy KIO 272/18, pełnomocnik Voxel wskazał, że „odnosząc się do kwestii kosztów transportu podaje, iż wielokrotnie była już podnoszona kwestia, że w ofercie dla Chorzowa omyłkowo wskazano kwotę 3 zł. Była to kwestia podnoszona w innym postępowaniu odwoławczym, dotyczącym dostawy dla kliniki z Warszawy. Podaje, że prawidłowa kwota kosztu 1 km to kwota pomiędzy 1,2 a 1,5 zł za km, jest to cena rynkowa, którą ponosi wykonawca”. Niemniej jednak, nie przeszkadzało to wykonawcy popierać zarówno w piśmie procesowym, jak i na rozprawie w sprawie KIO 156/17, stawki 3 zł/km, która wtedy „pasowała” mu do składanych wyjaśnień. Ponadto, w piśmie procesowym składanym w sprawie KIO 156/17, Voxel utrzymywał, że jego możliwości produkcyjne w ramach tego samego cyklu produkcyjnego wynoszą od 20 do 80 dawek. A obecnie informuje, że w jednym cyklu produkcyjnym wytwarza od 20 do 60 dawek FDG.

Odwołujący zauważył ponadto, iż oferty składane przez Voxel stanowią średnio 67% zakładanych przez zamawiających budżetów i to nawet z uwzględnieniem wyjątkowo wysokiej - jak na tego wykonawcę - ceny oferty w Gdańsku. Istotny charakter ma również przedstawienie cen VOXEL, składanych w analogicznych przetargach na dostawę FDG:

1. Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu (poprzedni przetarg tego samego Zamawiającego) - 577,70 zł netto za dawkę - umowa z dnia 3 stycznia 2017 r. na dostawę 1600 dawek FDG (znak sprawy 350/82/2016);
2. Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im dr. E. Hankego - 436,00 zł netto za dawkę - oferta z dnia 30 grudnia 2016 r. na dostawę 3000 dawek FDG (znak PN/6/2016);
3. Centrum Onkologii - Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Gliwicach - 595,00 zł netto za dawkę - umowa od 17 marca 2015 r. na dostawę 700 dawek FDG (znak sprawy DO/DZ-381-1-116/14);
4. Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu - 435,00 zł netto za dawkę - umowa od 1 czerwca 2017 r. na dostawę 2400 dawek FDG (znak sprawy ZP/PN/19/17/LA);

5. Samodzielny Publiczny Szpital w Lublinie - 477,77 zł netto za dawkę - oferta złożona 29 stycznia 2018 r. na dostawę 1700 dawek FDG (znak sprawy EDZ.242-133/17);

6. Szpital Uniwersytecki w Krakowie ~ 879,00 zł netto za dawkę - umowa z dnia 22 marca 2016 r. na dostawę 1200 dawek FDG (znak DFZP- BM-271-158/2015) zmieniona aneksem z 9 maja 2016 r.;

7. Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku - 555,00 zł netto za dawkę - oferta złożona 8 grudnia 2017 r. na dostawę 5000 dawek FDG (znak 174/PN/2017);

8. Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie - 445,93 zł netto za dawkę - umowa z dnia 29 sierpnia 2017 r. na dostawę 1200 dawek FDG (znak DZP.262.56.334.2017).

W ocenie Odwołującego, powyższe zestawienie pokazuje, że nawet przy różnicy w ilości dawek, tak drastyczna różnica ceny w poszczególnych postępowaniach nie znajduje uzasadnienia. Efekt skali nie ma bowiem aż tak istotnego wpływu na koszty produkcji, zwłaszcza gdy mowa o podmiocie realizującym zamówienia na rzecz różnych zamawiających. Poza tym Voxel w wyjaśnieniach ceny przyznaje, że zamówienia dla „publicznych” zamawiających wykonuje niejako przy okazji, efekt skali nie powinien mieć więc dla niego znaczenia. W postępowaniu prowadzonym dla Zamawiającego w przypadku wykonawcy Voxel dochodzą nadto jeszcze koszty transportu radiofarmaceutyku z Krakowa, gdzie posiada on zakład produkcyjny. Wymaga zaznaczenia, że z uwagi na specjalistyczny charakter transportu FDG, koszty z tym związane są wyższe niż koszty transportu innych produktów leczniczych. Przekłada się to więc w sposób istotny na cenę wytworzenia FDG, bowiem - porównując z postępowaniem prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie - poza samym kosztem przewiezienia radiofarmaceutyku należy wziąć pod uwagę, z uwagi na czas rozpadu promieniotwórczego tego produktu, odległość miejsca dostawy, która wymusza konieczność produkcji produktu o większej „początkowej” radioaktywności. Powyższe wyliczenia co najmniej uprawdopodobniają rażąco niski charakter ceny Voxel, a w świetle złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, które są gołosłowne, lakoniczne i mało konkretne, nakazują przyjąć, że Voxel nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska. Nie sprostął więc obowiązkowi, o którym mowa w art. 90 ust. 2 Pzp.

Odwołujący w sytuacji, gdyby skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej doszedł do odmiennych wniosków, podniósł zarzut ewentualny, polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego powtórnego wezwania wykonawcy Voxel do złożenia rzetelnych, szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie zarzuty odwołania uznając za całkowicie bezzasadne. Zamawiający stwierdził, iż wyjaśnienia Voxel S.A. za całkowicie wystarczające, zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego oraz potwierdzające

zdaniem Zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska. W związku z powyższym dokonał wyboru oferty tego wykonawcy do realizacji zamówienia, jako najkorzystniejszej wg oceny dokonanej zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - MONROL POLAND Ltd. Sp. z o.o. i Małgorzata Borkowska Link Ekspres, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz wykonawcę VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Przystępujący Voxel odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, skierowanego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp odnośnie zaoferowanej wysokości ceny oferty, w dniu 30 stycznia 2018 r. złożył wyjaśnienia, z których wynikało, że:

„Voxel S.A. jest spółką medyczną, jej podstawową działalnością jest prowadzenie badań w zakresie diagnostyki obrazowej i medycyny nuklearnej. Spółka jest właścicielem ponad trzydziestu pracowni diagnostyki obrazowej zlokalizowanych na terenie całego kraju, w tym sześciu pracowni PET-TK. Centrum Produkcji Radiofarmaceutyków Voxel S.A. (CPR) zlokalizowane w Krakowie powstało w celu zapewnienia dostaw radiofarmaceutyków dla własnych ośrodków PET i to jest jego podstawowe zadanie. Koszty inwestycji obejmującej także zakup licencji na produkcję SteriPET, zwracają się dzięki przychodom z usług diagnostyki PET i są rozliczane jako koszty produkcji radiofarmaceutyków na potrzeby własnych pracowni PET Voxel SA, Produkcja FDG na cele komercyjne stanowi natomiast

działalność poboczną, na którą pozwalają moce produkcyjne wytwórni, niewykorzystane w pełni dla produkcji na potrzeby własne. To szczególna sytuacja, która stanowi o przewadze konkurencyjnej w stosunku do pozostałych producentów FDG, którzy całość swojej działalności koncentrują na komercyjnej produkcji radiofarmaceutyków. Koszty stałe związane z działalnością CPR są ponoszone niezależnie od wielkości produkcji, można stwierdzić, że Voxel S.A. oferuje na rynku nadwyżki produkcyjne, których nie wykorzystuje do własnych badań PET. Wystarczy powiedzieć, że w roku obecnym przychody ze sprzedaży FDG stanowią będą zaledwie ok. 3% całości przychodów Voxel, pozostałe to przychody z usług medycznych, wśród których istotną pozycję (23% przychodów ogółem) stanowią badania diagnostyczne PET, w których wykorzystywane są produkowane w CPR radiofarmaceutyki. Planowane przychody z badań PET będą w roku bieżącym ponad pięciokrotnie wyższe niż przychody ze sprzedaży radiofarmaceutyków, pomimo że z działających obecnie sześciu pracowni PET, jedna została uruchomiona dopiero z końcem 2016 roku, a jedna nie wykonuje badań w ramach umowy z NFZ."

W załączniku nr 4 do wyjaśnień Przystępujący przedstawił kalkulację kosztów, wyjaśniając, że:

„1. bezpośrednie koszty produkcji oferowanego radiofarmaceutyku to koszty związane z wytworzeniem serii produkcyjnej. Jej wielkość (mierzona aktywnością uzyskiwaną na koniec produkcji) nie wpływa na koszty produkcji serii, na które składają się następujące elementy: i) koszty materiałów i odczynników chemicznych używanych do produkcji, ii) koszty badań laboratoryjnych i kontroli jakości, iii) koszt energii elektrycznej zużywanej głównie przez cyklotron, systemy klimatyzacji oraz aparaturę laboratoryjną, iv) koszty wynagrodzeń pracowników bezpośrednio produkcyjnych.

I tak do produkcji jednej serii oferowanego produktu zużywa się materiały i odczynniki (m.in. takie jak: woda z „ciężkim tlenem” O^{18} do produkcji F^{18} , kasety do automatycznej syntezy radiofarmaceutyku, fiolki na gotowy produkt, itp.) o sumarycznej wartości ok. 2928,60 zł.

Koszty badań kontroli jakości, czystości mikrobiologicznej dla jednej serii produktu wynoszą około 760zł.

Koszt energii elektrycznej zużywanej podczas godzinnej pracy cyklotyonu, który jest jedyną składową kosztu produkcji zależącą od wielkości serii (wyprodukowanie większej aktywności wymaga nieco dłuższej pracy cyklotyonu), wynosi ok 61,50zł, pozostała ilość energii zużywanej podczas produkcji jednej serii jest niezależna od jej wielkości i jej koszt to ok. 123 zł.

Podkreślenia przy tym wymaga, że Voxel S.A. w tym samym cyklu produkcyjnym (przy wytworzeniu jednej serii produktu) wytwarza w zależności od zapotrzebowania od 20 do nawet 60 dawek produktu, czas wytworzenia odpowiedniej aktywności wynosi od 2 do 3 godzin.

Produkcja dla potrzeb Zamawiającego w ramach niniejszego Zamówienia odbywać się będzie w ramach dużej serii produkowanej codziennie rano dla potrzeb blisko położonych odbiorców (własne pracownie PET w Krakowie, Brzozowie i Opolu). Wielkość tych serii może wynosić nawet 60 dawek, ze względu właśnie na niewielką odległość od miejsca produkcji tym samym relatywnie niewielkie straty aktywności pomiędzy zwolnieniem serii i chwilą rozpoczęcia badań. Przy tak dużej serii maksymalny czas pracy cyklotronu wynosi około 3 godziny. W konsekwencji łączny koszt energii zużywanej średnio do wytworzenia tej serii wynosi ok. 184,50zł. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej informacje dotyczące kosztów produkcji należy zauważyć, że różnica w kosztach produkcji 20 i 60 dawek to jedynie 61,50 zł. Pozyskanie każdego dodatkowego zamówienia, które może zostać zrealizowane bez uruchamiania produkcji kolejnej serii produkcyjnej praktycznie nie tylko nie zwiększa kosztów zmiennych produkcji, ale wręcz obniża koszt produkcji dawki dla wcześniej już realizowanych z danej serii produkcyjnej zamówień. Jeśli więc, zgodnie z warunkami dostaw przedstawionymi przez Zamawiającego przyjmujemy, że w wyniku pozyskania tego zamówienia wielkość „dużej serii” zwiększy się średnio o co najmniej 7 dawek to rzeczywisty maksymalny dodatkowy koszt na dawkę, wynikający z realizacji niniejszego zamówienia wyniesie 8,70 zł.

Koszt wynagrodzeń personelu bezpośrednio produkcyjnego tj. operator produkcji, operator cyklotronu, specjalista analityk dla jednej serii wyniesie 1037 zł.

Dla ostrożności jednak wyliczymy tu maksymalny koszt produkcji na dawkę liczony jako suma kosztów serii produkcyjnej podzielona przez średnią liczbę dawek w tej serii. Biorąc pod uwagę pozyskane już zamówienia na dostawy FDG oraz planowaną w oparciu o kontrakty z NFZ liczbę własnych badań PET w ośrodkach w Krakowie, Brzozowie i Opolu, można przyjąć, że seria produkowana na potrzeby tych ośrodków wyniesie nie mniej niż 51 dawek. Po dodaniu minimalnej średniej liczby dawek dla potrzeb przedmiotowego postępowania otrzymujemy co najmniej 58 dawek w jednej serii produkcyjnej.

Tak więc maksymalny koszt produkcji jednej serii liczącej 58 dawek i zawierającej 7 dawek dla potrzeb przedmiotowego zamówienia wynosi razem ok. 4910 zł.

Bezpośredni maksymalny koszt produkcji jednej dawki dla potrzeb tego zamówienia wyniesie więc ok. 84,66 zł.

Wszystkie pozostałe koszty CPR, takie jak koszty zatrudnienia personelu pomocniczego, wynajmu, obsługi serwisowej, itp. są kosztami stałymi, niezależnymi od wielkości produkcji i są rozdzielane zgodnie z wskaźnikiem opartym o proporcje przychodów z poszczególnych obszarów działalności i zostaną opisane niżej.

2. koszty transportu i logistyki,

Na koszty transportu i logistyki składają się takie koszty jak: i) koszt przygotowania produktu do wysyłki opakowanie ii) koszt transportu produktu z CPR do siedziby Zamawiającego i pustych opakowań w drugą stronę własnym transportem drogowym.

Koszt opakowania to ok. 10.000 zł jednorazowo, ale są to opakowania używane wielokrotnie przez całe lata i koszt ich zakupu został już w pełni amortyzowany. Należy uwzględnić jeszcze koszty druku etykiet i ulotek. Można wykazać, że koszt tego opakowania na jedną dostawę to ok. 12 zł.

Voxel S.A., w przeciwieństwie do innych dostawców, dysponuje własną dedykowaną flotą samochodową i odpowiednimi zezwoleniami PAA i tym samym nie ponosi kosztów usług firm transportowych, które na tych usługach muszą zarobić. Dzięki temu w kalkulacji ceny uwzględnia jedynie rzeczywisty koszt transportu, który jest istotnie niższy od cen rynkowych. Koszt ten, uwzględniający całkowite koszty utrzymania floty samochodowej, koszty paliwa i wynagrodzenie kierowcy, wynosi średnio 1,20zł za przejechany kilometr.

Odległość tam i z powrotem z CPR do siedziby Zamawiającego wynosi 892 km, czyli koszt transportu wyniesie 1070zł. Wynika z tego, że przy średnio 7 dawkach w jednej dostawie koszt transportu liczony na dawkę wyniesie 152,85zł.

Puste opakowania odbierane są przy okazji kolejnej dostawy, tak więc wyliczony wyżej koszt transportu obejmuje także transport tych opakowań.

Podsumowując, maksymalny koszt logistyki i transportu dla jednej dostawy nie przekroczy kwoty 1.082,40zł, co liczone na dawkę wyniesie 154,63zł.

3. udział kosztów stałych CPR w produkcji FDG na cele komercyjne:

Na podstawie danych finansowych za 3 kwartały 2017 rok, planuje się, że koszty stałe CPR w 1 kwartale 2018r. wyniosą ok. 1.126 tys. zł. Zgodnie z opisaną w części II zasadą, koszty te rozdzielane są na poszczególne obszary działalności (diagnostyka PET i sprzedaż FDG) zgodnie z proporcją wynikającą z przychodów uzyskiwanych z tych obszarów. Planuje się że w 1 kwartale 2018r. przychody ze sprzedaży FDG będą stanowiły nie więcej niż 12% przychodów z ww. obszarów działalności. Oznacza to, że koszty stałe CPR przypadające na produkcję preparatu FDG na potrzeby jego sprzedaży w 1 kwartale 2018r. wyniosą 135,12 tys. zł. Przewidywana minimalna wielkość sprzedaży FDG w 1 kwartale 2018r. to 2 196 dawek. Tak więc składnik kosztów stałych CPR przypadający na dawkę sprzedaną wynosi ok. 61,53 zł.

4. udział ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG na cele komercyjne:

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na to, że bez względu na to czy Voxel S.A. będzie realizował niniejsze zamówienie czy nie, koszty ogólne i tak będą występować. Zatem ich powstanie jest całkowicie niezależne od realizacji zamówienia. W konsekwencji poniższe wyliczenie pokazuje jedynie koszt przyporządkowywania kosztów ogólnych firmy do jednej jednostki produkowanego preparatu. Oznacza to, że w razie pozyskania kolejnych kontraktów koszt ten będzie maleć, albowiem koszty te będą dzielone na większą liczbę produkowanych dawek.

Koszty ogólne Voxel S.A. obejmujące koszty zarządu, administracji, obsługi prawnej są rozdzielane na poszczególne obszary działalności zgodnie z wielkością przychodów generowanych w tych obszarach.

Przychody ze sprzedaży radiofarmaceutyków stanowić będą nie więcej niż 3% przychodów z działalności firmy Voxel S.A. Na podstawie danych finansowych za rok 2017, szacuje się że kwartalne koszty ogólne spółki wyniosą ok. 2.075 tys. zł, czyli kwartalny koszt ogólny przypadający na sprzedaż FDG wyniesie ok. 62,25 tys. zł. Przypisany koszt ogólny przypadający na 1 sprzedaną dawkę wyniesie więc maksymalnie 28,35zł.”

Podsumowując kosztowe elementy e Przystępujący wskazał, że „ suma kosztów związanych bezpośrednio z kosztem produkcji, sprzedaży i transportu jednej dawki fludeoxyglucose (SteriPET) wynosi: 239,28zł, dodatkowo przypisane koszty stałe (które występują i będą występować bez względu na to czy Voxel S.A. uzyska niniejsze zamówienie czy nie) wynoszą 61,53zł, a koszty zarządu i administracji wynoszą 28,35zł w odniesieniu do jednej dawki.

W sumie koszty te wynoszą zatem nie więcej niż 330 zł w odniesieniu do jednej dawki produktu, podczas gdy jednostkowa cena dawki zaoferowana przez Voxel S.A. w przedmiotowym postępowaniu wynosi 369zł netto.

Należy podkreślić, że koszty stałe CPR i koszty ogólnozakładowe firmy ponoszone są niezależnie od pozyskania nowych zamówień, a sprzedaż FDG stanowi zaledwie 3% przychodów osiąganych przez Voxel S.A. Zatem tylko bezpośrednie koszty produkcji i transportu tj. 239,28zł na 1 dawkę mają wpływ na zaoferowaną cenę.

Tym samym cena przedstawiona przez Voxel S.A. spełnia wszystkie wymagania i w żadnym wypadku nie może być traktowana jako rażąco niska.”

Izba zważyła:

Uwzględniając złożone przez Przystępującego wyjaśnienia odnośnie realności zaoferowane ceny, Izba stwierdziła, że niezasadny był zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że ustawa nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem, należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby

nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku produkcję radiofarmaceutyku 18F-FDG. W ocenie Izby Przystępujący VOXEL w sposób wystarczający i należyty wykazał Zamawiającemu okoliczność, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca ten wbrew twierdzeniom Odwołującego, załączył dowody, które w ocenie Izby były wystarczające i zostały prawidłowo ocenione przez Zamawiającego.

W opinii Izby zasadnicze znaczenie przy ocenie ceny oferty zaproponowanej przez wykonawcę VOXEL ma fakt, iż blisko 90% produkcji FDG Przystępującego przeznaczona jest na własne potrzeby diagnostyczne. Działalność diagnostyczna stanowi jego główne źródło przychodów, a komercyjna sprzedaż radiofarmaceutyków wykorzystywanych do tej działalności ma jedynie charakter poboczny, bowiem jak wskazywał Przystępujący przychody ze sprzedaży stanowią jedynie ok. 3% przychodów Spółki. Jak podkreślał Przystępujący zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak również w czasie rozprawy przed Izbą przy pomocy przychodów z tej sprzedaży wykonawca nie musi pokrywać całości kosztów obsługi i działalności spółki, a nawet wszystkich kosztów stałych związanych z produkcją radiofarmaceutyku. Tego typu sprofilowanie działalności umożliwia bowiem Przystępującemu osiąganie dodatkowych zysków z przeznaczenia nadwyżek mocy produkcyjnych na sprzedaż radiofarmaceutyku.

Zdaniem Izby Voxel udokumentował koszty związane z zatrudnieniem personelu produkcyjnego i wyjaśnił kwestie dotyczące transportu FDG i związanej z tym logistyki. Przystępujący wskazał ponadto, iż ponosi tylko koszty związane z obsługą floty samochodowej wynagrodzenia kierowców oraz paliwa, wskazując, iż kształtują się na poziomie ok. 1,20 zł/km. Izba uznała również, że Przystępujący wykazał realność zaoferowanej ceny w zakresie kosztów produkcji radiofarmaceutyku, szczegółowo wyjaśniając te kwestie w przytoczonych wyżej wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Zamawiającego.

Reasumując powyższe Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Voxel przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. W ocenie Izby wykonawca wskazał na obiektywne okoliczności, które pozwoliły mu na skalkulowanie elementów oferty za cenę podaną w ofercie. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast, w rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że Przystępujący Voxel złożył wyjaśnienia i uznała, że przedstawił kalkulację kosztów popartą dowodami, która pozwalała uznać, tak jak uczynił to Zamawiający, iż cena zaproponowana przez tego wykonawcę nie była ceną rażąco niską. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się zaniechania Zamawiającego naruszającego treść art. 90 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby

podnoszony przez Odwołującego brak załączenia do wyjaśnień dowodów, tj. np. faktury za prąd i wodę, nie może stanowić wyłącznej podstawy do odrzucenia oferty przystępującego Voxel przede wszystkim z uwagi na to, że nawet przedstawienie faktur czy ofert na poszczególne materiały niezbędne do produkcji FDG jak również koszty energii elektrycznej czy koszty pracownicze może nie doprowadzić do jednoznacznego wykazania kosztów przypisanych do dawek oferowanych zamawiającemu. Jak wskazywał Przystępujący na rozprawie trudno jest wycenić koszt produkcji jednej dawki radiofarmaceutyku, bowiem koszty materiałów i odczynników zużywanej do produkcji konkretnej serii mogą pochodzić z różnych dostaw, rozciągniętych w czasie. Stąd w opinii Izby ewentualne zestawienie ww. faktur nie odzwierciedli kosztu na daną dawkę. Ponadto jak wskazywał Przystępujący koszty związane z produkcją FDG są znacznie wyższe jeżeli produkcja ma charakter incydentalny, niż ta która odbywa się w sposób zaplanowany, co jest spowodowane koniecznością uruchomienia cyklotronu dla produkcji tylko tych dawek.

Nie zostały wykazane jakiegokolwiek dowody w oparciu o które można by uznać, że za zaoferowaną cenę Przystępujący nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił w sprawie dowodów, które świadczyłyby w sposób pewny i kategorycznych o tym, że koszty zamówienia będą znacznie wyższe niż przedstawia to Przystępujący. Swoje stanowisko w tej kwestii Odwołujący oparł na podstawie samodzielnych obliczeń kosztów własnej działalności gospodarczej w tym zakresie.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Jak bowiem już wskazano Oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, w związku z czym dopuszczenie tej oferty do oceny ofert nie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do prezentowanego przez Odwołującego i Przystępującego Monrol na rozprawie przed Izbą stanowiska, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 272/18, przesądziła o tym, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są ogólnikowe i lakoniczne wskazać należy, iż w sprawie o sygn. akt KIO 272/18, Izba oceniała treść złożonych wyjaśnień w kontekście art. 8 ust. 3 Pzp. W sytuacji odmiennej, tj. w sytuacji, gdyby Izba oceniła treść złożonych wyjaśnień w zakresie prawidłowości zaniechania przez Zamawiającego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Izba byłaby zobligowana do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba uznała ponadto, iż wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego były rzetelne i poparte dowodami, w związku z czym brak było konieczności powtórnego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Tym samym Izba za nie zasadny uznała zarzut ewentualny dotyczący zaniechania zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Wskazać ponadto należy, że w postępowaniu nie zostało wykazane, że wyprodukowanie FDG za cenę podaną przez Przystępującego VOXEL jest niemożliwe. Nie wykazano też, że wykonanie zamówienia za oferowaną cenę spowoduje powstanie strat przez Przystępującego.

W związku z powyższym Izba oddaliła obydwa odwołania, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: *M. Kowalczyk*



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

Magdalena Grabarczyk
Magdalena Grabarczyk