

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie 10 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 marca 2018 r. przez wykonawcę VOXEL S.A., ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów, w trybie przetargu

nieograniczonego pn.: „Dostawa radiofarmaceutyków, źródeł promieniotwórczych i zestawów do sporządzania radiofarmaceutyków (Pakiet 1 - dostawa radiofarmaceutyku - 18-FDG” (znak postępowania: IRP.271.9.2017) przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MONROL POLAND Ltd sp. z o.o., ul. Piękna 15/12, 00-549 Warszawa oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. B. Link Express, ul. Rysia 29, 05-800 Pruszków

- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie odtajnienia nieujawnionej dotychczas treści załączników do wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MONROL POLAND Ltd sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz M. B.

prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. B. Link Express z siedzibą w Pruszkowie, złożonych w dniu 07.03.2018 roku w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich z siedzibą w Chorzowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich z siedzibą w Chorzowie na rzecz

odwołującego VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kwoty uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (j.t.. Dz.U.2017.1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 556/18

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa radiofarmaceutyków, źródeł promieniotwórczych i zestawów do sporządzania radiofarmaceutyków (Pakiet 1 - dostawa radiofarmaceutyku - 18-FDG)”, znak postępowania: IRP.271.9.2017, (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.02.2018 r., pod nr 2018/S 034-073922.

26 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy VOXEL S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący” lub „VOXEL”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez automatyczne, niepoprzedzone należytą analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego utajnienie informacji zawartych w załącznikach 2-7 do wyjaśnień z dnia 7 marca 2018 r., które Konsorcjum (tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MONROL POLAND Ltd sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. B. Link Express) zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Pzp środków ochrony prawnej,

a z ostrożności, w sytuacji nie uwzględnienia zarzutu podstawowego

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo tego, iż zawiera ona rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść wyjaśnień nie stanowi wystarczającego dowodu na realność i rynkowość ceny wskazanej w ofercie; Konsorcjum nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co Zamawiający powinien był stwierdzić, gdyby przeprowadził pogłębioną, merytoryczną ocenę wyjaśnień;

3) art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, odtajnienie informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz dokonanie ponownej oceny ofert,

2) unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej i odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum oraz dokonanie ponownej oceny ofert,

oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

1. Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, na wstępie wskazał, że Zamawiający de facto pozbawił go możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, utajniając kluczową - jak się wydaje - część wyjaśnień obejmujących załączniki 2-7, które zawierają prawdopodobnie kalkulację ceny. Odwołujący może jedynie domyslać się z treści nieujawnionej części wyjaśnień, jakie informacje były przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy i z jakich względów owo zastrzeżenie jest nieskuteczne. Z powyższych względów, Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy środków ochrony prawnej, w szczególności z zaskarżenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską ceną lub czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zdaniem Odwołującego powyższych trzech przesłanek Konsorcjum nie wykazało.

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne.

W orzecznictwie i piśmiennictwie podkreśla się, że zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia, zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 Pzp. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. 1161/15 „sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa”.

W ocenie Odwołującego, po pierwsze, Konsorcjum nie wykazało w żaden sposób skuteczności zastrzeżenia, nie przedłożyło bowiem jakichkolwiek dowodów wykazujących, że podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Oprócz „sztafpowego” stwierdzenia, że „podjęło działania w celu zapewnienia poufności tego typu informacji”, powołania się na bliżej niesprecyzowane klauzule w umowach o pracę, umowach o zakazie konkurencji oraz umowach o zaufaniu poufności zawartych z pracownikami i podmiotami trzecimi - w wyjaśnieniach brak jest jakichkolwiek dowodów na poparcie ww. twierdzeń. W szczególności nie sprecyzowano o jakie to osoby i podmioty chodzi, nie złożono zamawiającemu oświadczeń o podpisaniu owych klauzul czy choćby nie przytoczono treści takiej klauzuli. Nie wiadomo nadto czy u wykonawcy obowiązują jakiekolwiek systemy ochrony informacji odnoszące się np. do systemów informatycznych, sposobu obiegu dokumentów, itp. - nie załączono tego rodzaju dokumentów.

Po drugie, Konsorcjum nie sprostало również obowiązowi wykazania przesłanki że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz że mają one wartość gospodarczą. Nie przedłożyło bowiem jakichkolwiek dowodów na powyższe okoliczności, a w świetle treści dostępnych wyjaśnień, nie ma możliwości by informacje te spełniały ww. przesłanki. Przykładowo, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa jawna i dostępna na stronach internetowych zamawiających informacja o cenach oferowanych przez Konsorcjum w innych przetargach publicznych (zał. bez numeru - o ile w ogóle został on dołączony do pisma), powszechnie znana informacja o tym że wykonawca oferuje produkt własny, przez co nie ponosi kosztów licencyjnych (zał. nr 7), nie posiadająca żadnej wartości gospodarczej informacja o kosztach transportu (zał. nr 6: stawki firm transportowych i koszty eksploatacji pojazdów, w tym paliw są powszechnie znane), pozbawione jakiegokolwiek wartości gospodarczej informacja o „standardowych” kosztach materiałów i odczynników chemicznych używanych do produkcji (zał. nr 2), kosztach pracy personelu (zał. nr 3: nie wykazano, czy rzeczywiście informacje odnośnie wynagrodzeń pracowników na danym rynku mogą mieć, a jeśli tak, to dlaczego jakąś wartość gospodarczą dla tego wykonawcy, nie wiadomo przykładowo, czy pracownicy ci posiadają jakieś unikatowe kwalifikacje, doświadczenie uzasadniające „podkupienie” ich przez konkurencję). Z kolei koszty ogólne funkcjonowania spółki mogą być ustalone w oparciu o jawne sprawozdania finansowe (zał. nr 5 i 7).

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt 2710/12 „zastrzeganie informacji zawartych w ofertach - stało się wielokrotnie - sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji - co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności”.

W opinii Odwołującego, załączniki do wyjaśnień Konsorcjum nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem ich nie poprzedzone jakąkolwiek analizą utajnienie przez Zamawiającego nie było zasadne. Ograniczyło ono realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu praw w zakresie weryfikacji i ewentualnego zaskarżenia oferty konkurencji.

2. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny (art. 90 Pzp)

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jednocześnie przepis art. 90 ust. 2 Pzp wskazuje na wykonawcę, jako na podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07, niepublik.) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Odwołujący zauważył, że zamawiający nie może korzystać z tej procedury niejako tylko dla formalizmu, tj. wówczas gdy ma uzasadnione przekonanie, że złożona oferta jest prawidłowo wyceniona, ale dla zwykłej formalności, ze względu na obowiązek z art. 90 ust. 1 Pzp, wzywa do tych wyjaśnień, w istocie ich wcale nie oczekując. To z kolei oznacza, że jak już zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień to musi dokonać ich rzeczowej oceny, a nie zadowolić się samym faktem ich złożenia.

Zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Stwierdzenie to wynika nie tylko z dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych (wyrok por. np. KIO z dnia 09 maja 2013, KIO 934/13), ale też z treści art. 90 ust. 2 Pzp, który to jednoznacznie przerzuca ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień. Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi

wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Stąd też w orzecznictwie utrwalili się już jednolity w tym zakresie poglądy, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść wyjaśnień nie stanowi wystarczającego dowodu na realność i rynkowość ceny wskazanej w ofercie. Cena ta nie pokrywa kosztów związanych z realizacją umowy, nie pozwala także na osiągnięcie jakiegokolwiek zysku. Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (nie przedstawił najprawdopodobniej również jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność), co Zamawiający powinien był stwierdzić, gdyby przeprowadził pogłębioną, merytoryczną ocenę wyjaśnień.

Z uwagi na zastrzeżenie przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień, obejmujących załączniki nr 2-7 - zakwestionowanej w pkt 1) odwołania - Odwołujący nie zna szczegółowej kalkulacji cenowej jaką przedstawił Wykonawca.

Jednakże mając na uwadze powszechnie dostępne informacje o kondycji finansowej i zakresie działalności MONROL POLAND Ltd sp. z o.o., w szczególności sprawozdanie finansowe za rok 2015 oraz rok 2016, a także publiczne informacje o ofertach składanych w innych przetargach przez Konsorcjum i jego konkurentów, Odwołujący założył, że kalkulacja cenowa zawarta w wyjaśnieniach jest niewiarygodna oraz że nie jest oparta na realnych podstawach.

Zamawiający na potrzeby postępowania określił wartość zamówienia na kwotę 1 308 000 zł netto, tj. 1 412 640,00 zł brutto. Tym samym oferta Konsorcjum (933 120,00 zł brutto) jest niższa, o 33,94% od wartości zamówienia. Równocześnie jest także niższa od arytmetycznej średniej pozostałych ofert o 30,61%.

Po pierwsze, niewątpliwie już sam tak bardzo znaczny procentowy stopień zaniżenia oferty Konsorcjum uprawdopodobnia - mając na uwadze doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych - okoliczność zaistnienia ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poddaje w wątpliwość możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Po drugie na fakt całkowitego oderwania ceny Konsorcjum od realiów^m w^a rynkowych wskazuje także przebieg innych postępowań o dostawę radiofarmaceutyków FDG z lat 2015 - 2018. Odwołujący przedstawił zestawienie stanowiące załącznik nr 2 do Odwołania zawierające najprawdopodobniej wszystkie postępowania w zakresie dostawy radiofarmaceutyku FDG w trybie Pzp, które miały miejsce w Polsce w latach 2015 - 2018 r. Pokazuje ono jednoznacznie, że w innych postępowaniach oferty wykonawców, w tym także Konsorcjum nie różniły się zbytnio pod względem cenowym.

Nie dotyczy to jednak niniejszego postępowania. Wystarczy wskazać, że cena jaka Konsorcjum zaoferowało w niniejszym postępowaniu za jedną dawkę radiofarmaceutyku FDG (311.04 zł brutto) jest najniższą ceną kiedykolwiek zaoferowaną na Polskim rynku w historii. Jest ona też o ponad 163 zł niższa od ceny za jedną dawkę, jaką Konsorcjum zaoferowało w wygranym przez niego przetargu dla tego samego zamawiającego w roku 2015 r. oraz o 72 zł niższa, niż Konsorcjum zaoferowało w ostatnim przetargu publicznym w którym uczestniczyło dla Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie w styczniu 2018 r.

Świadczy to o dążeniu przez Konsorcjum do osiągnięcia celu nie powiązanego bezpośrednio z przetargiem, tj. uzyskania zamówienia niezależnie od własnych kosztów. Mając na uwadze specyfikę rynku, w marcu 2018 r. nie zaszły bowiem żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby tak radykalne obniżenie oferty ww. wykonawcy, uwzględniając też oferty składane przez tą firmę w latach poprzednich.

Odnosząc się szczegółowo do treści przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień Odwołujący podał, że wprawdzie Konsorcjum pismem z dnia 7 marca 2018 r.

odpowiedziało na wezwanie zamawiającego to jednakże w żadnej mierze nie można stwierdzić, aby to pełne ogólników pismo zawierało tego rodzaju wyjaśnienia, które obalałyby domniemanie rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia te są niezwykle lakoniczne, ogólnikowe i w ogóle nie odnoszą się do przedmiotu tego konkretnego postępowania, a często są niezgodne z rzeczywistością lub też stanowią dowolną interpretację stanu faktycznego.

Brak jest w ich jawnej części wskazania jakie występują koszty składowe produkcji i

dystrybucji oferowanego radiofarmaceutyku. Wykonawca nie wskazał też w części jawnej żadnej skonkretyzowanej kwoty, poprzestając raczej na ogólnych twierdzeniach, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Przykładowo, zapis akapitu 3 na str. 3 zawiera nieprawdziwe stwierdzenie jakoby jedynym powodem wezwania w zakresie badania rażąco niskiej ceny był fakt, że cena odbiega od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zaoferowana cena jest nie tylko niższa niż od wartości zamówienia oraz od arytmetycznej średniej pozostałych ofert, ale jest najniższą ceną oferowaną w historii zamówień publicznych za dawkę radiofarmaceutyku FDG.

Podnoszona przez wykonawcę wybranego kwestia członkostwa w grupie kapitałowej (por. str. 3 końcowy akapit i str. 6 wyjaśnień) nie ma związku z istotą sprawy, gdyż wyjaśnienia nie zawierają wskazania, w jakim zakresie grupa kapitałowa ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Co więcej, informacja ta prawdopodobnie nie będzie już aktualna na czas realizacji zamówienia, gdyż jak wynika z publicznie dostępnego raportu giełdowego Synektik S.A. z dnia 21 grudnia 2017 r. (dostępnego na stronie internetowej ww. spółki) podstawie art. 17 ust. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 w dniu 5 grudnia 2017 r. zawarto z Eczacibași Monrol i Monrol Europe SRL z siedzibą w Pantelimon w Rumunii („Monrol Europe”) przedwstępną warunkową umowę sprzedaży udziałów spółki Monrol Poland LTD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Monrol”), mocą której Eczacibași Monrol oraz Monrol Europe (jako sprzedający) oraz Emitent (jako kupujący) zobowiązał się zawrzeć umowę, mocą której Eczacibași Monrol oraz Monrol Europe (jako sprzedający) sprzedadzą a Emitent (jako kupujący) kupi 100 % udziałów w spółce Monrol Poland.

Dalsze wywody zawarte na stronie 3 i 4 odnoszące się do informacji o cyklotronie (oraz powołanie się na załącznik 1) zupełnie nie mają znaczenia dla wyjaśnienia ceny. Odwołujący pokreślił, że posiadany przez wykonawcę cyklotron swoją jakością nie odbiega w żaden sposób od cyklotronów posiadanych przez konkurencję. Akapit 2 na stronie 4 zawiera więc fałszywe zapewnienie, że z powyższych informacji wynika znaczne obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Na stronie 5 w akapicie 2 i 5 Konsorcjum powołuje się na produkcję na rzecz wielu podmiotów oraz podaje informacje o cyklu produkcyjnym kilkudziesięciu dawek. Informacje te nie odzwierciedlają rzeczywistości. W chwili obecnej Konsorcjum produkuje radiofarmaceutyk jedynie dla 2 lub 3 podmiotów. Jednocześnie Konsorcjum utraciło znaczący kontrakt o wysokiej marży ze Szpitalem Uniwersyteckim w Krakowie. Obecnie zatem - mając na uwadze „aktywne” umowy - z cyklu produkcyjnego Konsorcjum sprzedaje poniżej 20 dawek. Twierdzenia o cyklu produkcyjnym obejmującym kilkadziesiąt dawek i związaną z tą kwestią oszczędnością są więc nieprawdziwe.

Na stronie 6 w akapicie 2 Konsorcjum powołuje się na „proporcje przychodów z poszczególnych obszarów działalności” pomijając jednak informację, że ma ona w zasadzie jeden podstawowy obszar przychodów, tj. właśnie sprzedaż FDG. Zdecydowana większość kosztów przypada więc na to właśnie źródło.

Z kolei na stronie 7 niemal każde zdanie wyjaśnień zawiera informacje nieprawdziwe bądź informacje bez większego związku z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny. Konsorcjum stosuje typowy proces produkcyjny. Powoływanie się (w 5 akapicie) na unikatowość i oryginalność produktu, jest twierdzeniem fałszywym. W Polsce zarejestrowanych jest kilkanaście produktów zawierających FDG.

Produkcja leków w Polsce jest ściśle regulowana ustawowo i regulacje te nie dopuszczają żadnych „oryginalności w podejściu do produkcji”, a więc uzyskane zgody i pozwolenia nie mogą tego potwierdzać. Wykonawca powołuje się także na to, że dzięki wynikającej z uczestnictwa w grupie kapitałowej „stałej współpracy w tak niszowym segmencie uzyskuje bardzo konkurencyjne ceny poszczególnych elementów” jednakże nie przedstawia jakichkolwiek dowodów ani szczegółów owych upustów cenowych. Z gruntu fałszywe jest stwierdzenie (por. str. 7 akapit 3), które sugeruje niższe koszty zatrudnienia pracowników w zakładzie produkcyjnym w Mszczonowie. Wskazać należy, że pracownicy zatrudnieni przy produkcji radiofarmaceutyku stanowią na tyle wysoko wykwalifikowaną i rzadko spotykaną na rynku kadrę fachowców, że najprawdopodobniej nie zamieszkują w Mszczonowie, a jeżeli nawet tak jest, to ten fakt nie wpływa w żaden sposób na ich zarobki.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością nie przedstawiło również dowodów, które jednoznacznie potwierdzałyby dane zawarte w treści swojej kalkulacji cenowej (Odwołujący domniemywa, że są one zawarte w „utajnionym” załączniku nr 4 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny).

Odwołujący przypomniał, że samo oświadczenie wykonawcy nie stanowi dowodu.

Wskazać należy, że nowelizacja art. 90 Pzp wprowadziła z dniem 19 października 2014 r. obowiązek przedstawienia dowodów przy składaniu wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 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. Do obowiązków wykonawcy należy przedstawienie pisemnych wyjaśnień, zarówno w postaci uzasadnienia zastosowania takiej, a nie wyższej ceny, jak również w formie odpowiednich dowodów. Użycie w art. 90 ust. 1 Pzp sformułowania „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów” wskazuje, iż dowody traktowane są jako element wyjaśnień wykonawcy.

W związku z powyższym, sam fakt nie przedłożenia powyższych dowodów powoduje, że wykonawca nie wykazał, że cena nie jest ceną rażąco niską oraz, że pokrywa nakłady jakie musi ponieść wykonawca realizując umowę - co uzasadnia odrzucenie jego oferty.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że wyrokiem z dnia 18 października 2016 r. sygn. KIO 1850/16 KIO w analogicznej sprawie uznała wyjaśnienia wykonawcy Monrol Poland LTD SP. z o.o., o treści zbliżonej do złożonych w niniejszym postępowaniu (co wynika z treści uzasadnienia wyroku) jako nie spełniające wymogów art. 90 Pzp i w konsekwencji nakazał odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący jako argument uzasadniający przyjęcie zaoferowania przez wykonawcę produktu po rażąco niskiej cenie, przedstawił również analizę wyników finansowych Monrol Poland LTD SP. z o.o. - członka Konsorcjum.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MONROL POLAND Ltd sp. z o.o., oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. B. Link Express, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, w związku dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp, w dniu 02 marca 2018 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MONROL POLAND Ltd sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. B. Link Express do złożenia stosownych wyjaśnień.

Ww. wykonawca w dniu 07 marca 2018 r. przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia dot. zaoferowanej ceny wraz z załączonymi do pisma dowodami nr 2 - 7, zastrzegając

jednocześnie te dowody jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie tym (str. 1-3) zawarł uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia. W uzasadnieniu tym, oświadczył, że załączone do wyjaśnień dowody nr 2-7 stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”), w związku z czym nie mogą być one ujawnione oraz nie mogą być udostępnione podmiotom trzecim. „Tajemnicę przedsiębiorstwa” w ujęciu art. 11 ust. 4 ww. ustawy stanowią „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Podzielając pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 304/00, wskazał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy łącznie istnieją trzy przesłanki, tj.:

- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Ponadto, określona informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców (w tym wypadku konkurentów w postępowaniu przetargowym) i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Zgodnie ze stanowiskiem S.S., (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.”

Stanowisko co do prawa utajnienia złożonych wyjaśnień, w tym w szczególności w sytuacji, gdy czynniki cenotwórcze nie były wymagane zostało już ugruntowane w orzecznictwie nie tylko Krajowej Izby Odwoławczej, ale również Sądów powszechnych. Konsorcjum przywołało wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach o sygn. akt XIX Ga 167/07, w którym Sąd uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą i handlową. Wszystkie zastrzeżone informacje nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości, w tym w szczególności to: w jaki sposób została skalkulowana cena wynagrodzenia, wykazanie jakie czynniki mają wpływ na wysokość wynagrodzenia, ujawnienie kontaktów handlowych i biznesowych w zakresie dostarczanych materiałów, marży i zysku.

Jednocześnie Konsorcjum zadeklarowało, że podjęło stosowne działania w celu zapewnienia poufności tego typu informacji. Podmioty tworzące Konsorcjum stosują rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez dostęp do tego typu informacji ograniczonego grona pracowników i współpracowników. W ramach stosunku pracy osoby podejmujące jakiegokolwiek czynności w ramach konkretnego zadania, zgodnie z regulaminem pracy posiadają odpowiednie klauzule w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi i podwykonawcami podwykonawcy.

W związku z tym wszystkie osoby i podmioty zaangażowane w każde w tym również niniejsze przedsięwzięcie inwestycyjne są zobowiązane do zachowania poufności i uzyskanych informacji.

Zamawiający w dniu 16 marca 2018 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Pakietu nr 1 - oferta Konsorcjum firm MONROL POLAND Ltd sp. z o.o. oraz M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. B. Link Express uznana została za najkorzystniejszą, oferta Odwołującego zajęła pozycję drugą.

Zamawiający w dniu 09 kwietnia 2018 r. tj. już po wszczęciu postępowania

odwoławczego, dokonał czynności faktycznej polegającej na częściowym ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum tj. ujawnił dowód nr 2 - zestawienie kosztów materiałowych, dowód nr 3 - zestawienie kosztów związanych z wynagrodzeniami pracowników, dowód nr 4 - zestawienie kosztów wytwarzania (bez informacji na temat dokładnie poniesionych kosztów) oraz dowód nr 5 decyzja dot. nowej rejestracji produktu MONFCH oraz dowód nr 7 decyzja dot. nowej rejestracji produktu MonFDG.

Izba zważyła co następuje.

Izba wielokrotnie wskazywała, że ograniczenie dostępu do treści oferty czy też korespondencji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym dokonywane poprzez zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może być dokonywane tylko w celu ochrony tajemnicy firmy, niedopuszczalne jest natomiast ograniczanie dostępu do informacji innym wykonawcom w celu ograniczenia korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowania o udzielenie zamówienia jest jawne. Jawność postępowania stanowi jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może doznawać ograniczenia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Wyjątkiem od zasady jawności przewidzianym w art. 8 ust. 3 Pzp, jest nieujawnianie 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.

Zgodnie z uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Należy zauważyć, że jednym z wyznaczników uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej obiektywna wartość gospodarcza, jaką sobą przedstawia.

Wskazanie okoliczności faktycznych, w których Odwołujący upatruje niewywiązanie się z obowiązków przez Zamawiającego i Przystępującego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należało do Odwołującego, który miał dostęp do przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia objęcia złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby Odwołujący wywiązał się ze swego obowiązku odnosząc się w odwołaniu do treści uzasadnienia zastrzeżenia i wskazał w czym upatruje bezprawność tego zastrzeżenia i jego oceny przez Zamawiającego.

Jednakże w świetle art. 8 ust. 3 Pzp to wykonawca przedkładający Zamawiającemu informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w terminie składania ofert, a (zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą) w odniesieniu do informacji składanych w terminie późniejszym, wraz z ich przedłożeniem, że zastrzegane informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w uznk, i jako takie powinny być objęte ochroną. Inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy je zastrzegającym, co wprost wynika z art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający natomiast zobowiązany jest do ustalenia czy wykonawca sprostą nałożonemu na niego obowiązкови „wykazania”. Przy czym owo „wykazanie” stanowi coś więcej, niż wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Za „wykazanie” nie może być uznane ogólne odniesienie się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w wyżej przywołanym art. 11 ust. 4 uznk, czy też powołanie orzecznictwa Izby lub sądów. Wykonawca, przedkładając zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien wykazać zasadność zastrzeżenia i wypełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk w okolicznościach tej konkretnej sprawy. Stwierdzenie niezasadności takiego zastrzeżenia może nastąpić w przypadku ustalenia, że wykonawca nie przedstawił w terminie uzasadnienia bądź że przedstawione uzasadnienie nie wykazuje istnienia przesłanek zastrzeżenia. W sytuacji, gdy wykonawca nie sprostą nałożonemu na niego obowiązкови, Zamawiający odtajnia zastrzeżone informacje i może je udostępniać podmiotom zainteresowanym zapoznaniem się z nimi.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał skutecznie, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. dowody 2-7 stanowiące załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wypełniają łącznie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Konsorcjum wyraziło w

przedłożonym piśmie wolę objęcia przedstawionych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a także wskazało na orzecznictwo Izby oraz sądu, dopuszczające możliwość utajnienia zawartych w wyjaśnieniach czynników/ danych cenotwórczych, metody kalkulacji ceny, w szczególności w sytuacji gdy ich przedstawienie nie było wcześniej wymagane.

Izba nie przeczy, że informacje tego rodzaju mogą być objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednakże taka ochrona nie jest automatyczna i aby tak się stało wykonawca, każdorazowo musi wykazać istnienie przesłanek uzasadniających jej zastosowanie.

Konsorcjum w przedłożonym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach nr 2-7, złożyło jedynie ogólne deklaracje, iż informacje te stanowią tajemnicę handlową i jako takie mają wartość gospodarczą i handlową oraz nie były ujawnione do publicznej wiadomości. Deklaracji tych, nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich konkretów obrazujących w jaki negatywny sposób na działalność Przystępującego może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji. Konsorcjum nie podjęło nawet próby wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie należy wskazać, że Konsorcjum, w szczególności nie wykazało, że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. W ocenie Izby stwierdzenie, że „podmioty tworzące Konsorcjum stosują rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez dostęp do tego typu informacji ograniczonego grona pracowników i współpracowników. W ramach stosunku pracy osoby podejmujące jakiegokolwiek czynności w ramach konkretnego zadania, zgodnie z regulaminem pracy posiadają odpowiednie klauzule w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi i podwykonawcami podwykonawcy. W związku z tym wszystkie osoby i podmioty zaangażowane w każde w tym również niniejsze przedsięwzięcie inwestycyjne są zobowiązane do zachowania poufności i uzyskanych informacji.” nie jest wystarczające dla uznania, że Konsorcjum wykazało wypełnienie ww. przesłanki. W szczególności Konsorcjum nie przedstawiło Zamawiającemu treści wspomnianego regulaminu pracy, treści klauzul w umowach o pracę, lub kopii umów o zakazie konkurencji / o zachowaniu poufności, uniemożliwiający w ten sposób Zamawiającemu należyte badanie prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i poprzestając na ogólnych deklaracjach.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Konsorcjum nie wykazało również, wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a tylko takie informacje mogą podlegać ochronie. W przedłożonym wyjaśnieniu zawarte jest tylko lakoniczne stwierdzenie, że zastrzeżone informacje taką wartość mają, brak jest natomiast uzasadnienia na czym konkretnie polega wartość gospodarcza np. przedłożonego zestawienia kosztów: materiałowych, związanych z wynagrodzeniami pracowników czy też wytwarzania lub decyzji administracyjnych czy umowy na transport.

Izba, biorąc pod uwagę termin w jakim wykonawca zastrzegający informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać prawidłowość dokonanego zastrzeżenia, za bezzasadne uznała powoływanie się przez Przystępującego na nowe dowody np. w postaci kopii standardowo zawieranej umowy zlecenia przedłożone podczas rozprawy. Jak wskazano powyżej wykonawca wraz z przedłożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie powinno nastąpić bez żadnego dodatkowego wezwania ze strony Zamawiającego.

Uznać należy, że Zamawiający niewłaściwie ocenił przedłożone przez Konsorcjum uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz treść zastrzeżonych informacji jako posiadające walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co częściowo pośrednio przyznał dokonując w toku postępowania odwoławczego czynności faktycznej polegającej na odtajnieniu znacznej części informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia dowodów stanowiących załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, co do których nie wykazano aby stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego niewłaściwej oceny przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba zgodnie z konstrukcją odwołania i postawieniem zarzutu

dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 Pzp jako zarzutu ewentualnego, który Odwołujący postawił tylko na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego dot. tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania. W ocenie Izby Odwołujący jako podmiot wszczynający postępowanie odwoławcze może ukształtować zarzuty zgodnie ze swoją wolą, również w zakresie formułowania zarzutów z ostrożności procesowej, których rozpoznanie powinno nastąpić tylko w przypadku nie uwzględnienia zarzutu podstawowego. W szczególności w niniejszym przypadku zastrzeżenie poczynione przez Odwołującego należy uznać za racjonalne, gdyż brak znajomości szczegółowej argumentacji Konsorcjum co do sposobu ustalenia ceny, uniemożliwia mu formułowanie zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, opartych na faktycznych podstawach.

Wydając wyrok, Izba zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w związku z tym Izba, wobec dokonania przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego czynności faktycznej polegającej na częściowym ujawnieniu dowodów stanowiących załączniki do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum, nakazała odtajnienie ich treści w pozostałym zakresie.

Izba uznała, że zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odtajnieniu załączników do wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie zaoferowanej ceny, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z nimi, ich oceny i skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie bezpodstawnie zastrzeżonych informacji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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 ze zm.).

Przewodniczący: