

WYROK

z dnia 22 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę Life radiopharma f-con GmbH, Nicolaus-August-Otto-str. 7a, D-56357 Holzhausen w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolskie Centrum Onkologii, ul. Garbary 15, 61-866 Poznań

przy udziale:

A. wykonawcy IASON Sp. z o.o., al. Wincentego Witosa 31, 00-710 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) MONROL POLAND Ltd. Sp. z o.o., (2) M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Link Ekspres, adres dla pełnomocnika: ul. Piękna 15/12, 00-549 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy VOXEL Spółka Akcyjna, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności uznania oferty wykonawcy VOXEL S.A., ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków za najkorzystniejszą, dokonanie odtajnienia treści załącznika nr 4 do wyjaśnień VOXEL złożonych w dniu 30.01.2018 roku w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wielkopolskie Centrum Onkologii, ul. Garbary 15, 61-866 Poznań i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Life radiopharma f-con GmbH, Nicolaus-August-Otto-str. 7a, D-56357 Holzhausen, kwotę 11 100,00 (jedenastę tysięcy sto) złotych z tytułu zwrotu kwoty uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 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

Przewodniczący.....

Sygn. KIO 272/18

UZASADNIENIE

Wielkopolskie Centrum Onkologii, ul. Garbary 15, 61-866 Poznań, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzieleni zamówienia publicznego, którego wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, pn. „Zakup i dostawa radiofarmacetyku 18F-FDG dla Pracowni PET Zakładu Medycyny Nuklearnej”, nr postępowania 5/2018, ogłoszenie o zamówieniu nr 504101-N-2018 z dnia 11 stycznia 2018 r.

W dniu 6 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy VOXEL Spółka Akcyjna, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków jako najkorzystniejszej. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Life radiopharma f-con GmbH, Nicolaus-August-Otto-str. 7a, D-56357 Holzhausen (dalej zwany „Odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez automatyczną, nieoprowadzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które VOXEL zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej,

oraz, jako zarzuty ewentualne podniósł naruszenie:

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOXEL, mimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Voxel nie wyjaśnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm., dalej: uznk) oraz art 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2017.229 ze zm., dalej: uokik) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOXEL, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. naruszenie art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

— unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej we wskazanym wyżej postępowaniu oraz o odrzucenia oferty wykonawcy VOXEL,

— odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę VOXEL jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp,

— ewentualnie, o nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy VOXEL do złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp.

Równocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodu w zakresie utajnionych fragmentów wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, składanych przez wykonawcę Voxel, w następujących postępowaniach, prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą:

— Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr. Edwarda Hankego w Chorzowie; Numer zamówienia PN/6/2016; sygn. akt: KIO 156/17;

— Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach; Sygn. akt: KIO 97/15, na okoliczność, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, składane przez wykonawcę Voxel nie stanowią wiarygodnego materiału w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a podawane w nich kwoty są każdorazowo dopasowane do stanu faktycznego sprawy i nie mają pokrycia w rzeczywistości (stosowanie tego samego mechanizmu kalkulacji ceny ofertowej i każdorazowego dopasowywania kosztów' do stanu faktycznego sprawy [ceny zaoferowanej za jedną dawkę FDG]) oraz, że Voxel nie wyjaśnił w dostateczny sposób, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a tym samym winna zostać odrzucona.

Przedstawiając argumentację mającą uzasadniać zasadność postawionych zarzutów Odwołujący na wstępie podał, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany będzie do realizacji (w ciągu 12 miesięcy) jednodniowych dostaw aktywności FDG niezbędnej do wykonania badań od 5 do 10 pacjentów dziennie - łącznie dla 1500 pacjentów w skali realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty podał, że dnia 29 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę VOXEL S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowości ceny tej oferty. Wykonawca ten złożył wyjaśnienia, jednakże wyjaśnienia te - w zakresie Załącznika nr 4 („Szczegółowa kalkulacja ceny” wraz z załącznikiem), zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i Odwołujący nie miał do nich dostępu. Zamawiający, odmawiając Odwołującemu wglądu w kluczową część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa VOXEL, praktycznie uniemożliwił Odwołującemu realizację jego uprawnień ochronnych. Odwołujący może jedynie domyślać się - w oparciu o informacje uzyskane w związku z ubieganiem się Odwołującego i VOXEL o inne podobne zamówienia, jakie informacje były przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy i z jakich względów owe zastrzeżenie jest nieskuteczne. Stwierdził, że jego zdaniem informacje zawarte w wyjaśnieniach VOXEL nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej jako: uznk), a zatem nie mogą podlegać skutecznemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest, co do zasady, jawne, a wszelkie wyjątki od tej reguły wymagają szczegółowej analizy dowodów przedstawionych przez wykonawcę odnośnie każdej zastrzeganej informacji. Nawet, jeśli w zastrzeżonym zakresie znajdują się informacje, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, z pewnością nieprawidłowe było automatyczne przyznanie

takiego statusu wszystkim zamieszczonym tam informacjom. Wskazał, że KIO w swoich

orzeczeniach wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty. W ocenie Odwołującego, informacje podane w treści utajnionego fragmentu wyjaśnień ceny są każdorazowo dopasowywane do stanu faktycznego sprawy, a więc nie stanowią względnie stałego waloru Voxel. Odwołujący, nie zakłada, by koszty VOXEL w sposób istotny zmieniły się między datą złożenia ofert w tym postępowaniu (styczeń 2018r.) a datą złożenia przez VOXEL wyjaśnień dla potrzeb sprawy o sygn. akt KIO 156/17 (luty 2017 r.), mimo że tak wynikałoby z wyjaśnień złożonych w piśmie procesowym z dnia 6 lutego 2017 r., złożonym na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 156/17, oraz wyjaśnieniach ceny złożonych w tym postępowaniu (por. zestawienie kosztów z tych pism w pkt. 2. odwołania). Jeśli jednak Odwołujący się myli, to oznacza to w istocie potwierdzenie, że utajnione informacje zmieniają się na tyle często, że nie mogą stanowić względnie stałego waloru Voxel, a jako takie - winny zostać odtajnione. Dlatego też zarówno w tym celu jak i wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu w zakresie utajnionych fragmentów wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, składanych przez wykonawcę Voxel, w postępowaniach, prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą:

— Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr. Edwarda Hankego w Chorzowie; Numer zamówienia PN/6/2016; sygn. akt: KIO 156/17;

— Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach; Sygn. akt: KIO 97/15, wnosząc o to, aby Izba dołączyła do akt przedmiotowej sprawy akta z tamtych ww. postępowowań.

Stwierdził, że z uwagi na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę jawności, możliwość zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy traktować jako wyjątek, a w ślad za tym konieczne jest bardzo rygorystyczne podejście do wymogu wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje mogą być - właśnie na zasadzie wyjątku - wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom. Z powyższych względów Zamawiający powinien być odtajnić informacje zastrzeżone przez VOXEL jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Co do pozostałych trzech zarzutów odwołania to odwołujący wskazał je, jako zarzuty ewentualne i wnosil - co potwierdził także na rozprawie, aby ich rozpatrzenie nastąpiło tylko w sytuacji, kiedy Izba nie uwzględniłaby zarzutu pierwszego dotyczącego niezasadnego utajnienia wyjaśnień wykonawcy VOXEL w zakresie zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia.

Odwołujący w zakresie rażąco niskiej ceny podniósł, że ze względu na utajnienie kluczowej części złożonych wyjaśnień nie jest w stanie dokonać porównania składanych na przestrzeni ostatniego czasu wyjaśnień w tym zakresie. Jednak w ocenie Odwołującego wyjaśnienia te wskazują na stosowanie tego samego mechanizmu kalkulacji ceny ofertowej, a podawane w nich kwoty są każdorazowo dopasowane do stanu faktycznego sprawy (ceny zaoferowanej za jedną dawkę) i nie mają pokrycia w rzeczywistości. Stwierdził, że zdaniem Odwołującego w przypadku VOXEL nie zachodzą jakiegokolwiek szczególne okoliczności - w zakresie postępowania objętego tym odwołaniem - właściwe tylko temu wykonawcy, które miałyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji zamówienia (w tym posiadają własny wspomniany powyżej cyklotron). 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 (oba wskazani wykonawcy należą do dużych grup kapitałowych o zasięgu międzynarodowym).

Warto także zauważyć, 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), co prowadzi do wyższych kosztów transportu i produkcji (VOXEL ze względu na rozpad radioaktywnego FDG musi produkować radiofarmaceutyk o wyższej aktywności początkowej).

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach VOXEL nie podano 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. W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku gdy wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne tylko temu wykonawcy, uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów Pzp w ogóle nie zostały złożone.

Jako przykład nierealności zaoferowanej ceny 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). Porównując koszty jednostkowe obu postępowań wskazał, że 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. Jednakże z analizy kosztów wynika, że udział kosztów stałych i ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG w przeciągu roku spadł o ponad 50% co, zdaniem Odwołującego jest mocno wątpliwe.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że złożenie przez VOXEL oferty w niniejszym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Swoją argumentację w tym zakresie wywodził z przyjętego założenia, że Voxel jest podmiotem dominującym na rynku tego typu usług. Podał, że jego zdaniem działanie Voxel stanowi przejaw nielegalnej gry rynkowej, polegającej na eliminacji z rynku dostaw radiofarmaceutyków m.in. Odwołującego. Sposób ukształtowania przez VOXEL ceny ofertowej nie jest bowiem pochodną kosztów ponoszonych przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia (na co wskazywał Odwołujący w części 1. odwołania), nie ma żadnego logicznego uzasadnienia poza tym, że nastawiony jest wyłącznie na to, by z rynku dostaw FDG wyeliminować określonych konkurentów.

Przystępujący po stronie Odwołującego wykonawcy IASON Sp. z o.o., al. Wincentego Witosa 31, 00-710 Warszawa oraz konsorcjum MONROL POLAND Ltd. Sp. z o.o., w stanowisku zaprezentowanym na rozprawie poparli stanowisko odwołującego wskazując dodatkowo w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, że złożone wyjaśnienia ceny, stanowiące część jawną, które także zawierają pewne zestawienie cenowe wskazują, że przedstawione Zamawiającemu wyjaśnienia zasadności objęcia tajemnicą tych wyjaśnień są sformułowaniami ogólnymi i gołosłownymi. Przedstawione wyliczenia w żaden sposób nie wykazują, że wskazana, jako cena jednostkowa i koszt poszczególnych cen, są realne. Podane częściowo koszty wskazuje na pewien poziom cen jednostkowych, natomiast w żadnym z tych wyliczeń nie przedstawiono dowodów, które by uwiarygadniały, że przedstawiona cena jest ceną realną, wynikającą z rzeczywiście ponoszonych przez

Przystępującego kosztów. Zdaniem Przystępującego, wśród utajnionych dowodów nie ma informacji, które mogłyby taką tajemnicę stanowić.

Natomiast w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Przystępujący podnieśli, że niezasadnym i niedopuszczalnym jest argumentacja Voxel, jakoby z faktu, iż produkcja radiofarmaceutyków dla odbiorców zewnętrznych jest wykonywana przy okazji produkcji dla własnych jednostek, nie było potrzeby wykazywania w cenie jednostkowej kosztów stałych oraz kosztów zarządu i wliczania ich tylko do działalności zasadniczej wykonawcy. Podał, że nie jest dopuszczalne, co Izba wielokrotnie orzekała, aby koszty wykonania danego zamówienia wykonawca mógł przerzucać na koszty innych kontraktów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, a nadto na wstępie wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego Voxel w zakresie poprawności skalkulowania ceny oferty. Uzasadniając wniosek podał, że wartość niniejszego postępowania jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i mając to na uwadze należy uznać, że podnoszony zarzut, który dotyczy w istocie czynności utajnienia przez zamawiającego części wyjaśnień Oferenta - Voxel S.A. - nie może być uwzględniony. Z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia wniosku podniósł, że zarzut ten należy także uznać za całkowicie nieuzasadniony. W związku z tym podał, że Zamawiający dokonał wnikliwej analizy tak uzasadnienia powołania się przez Oferenta Voxel S.A. na klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i samej treści załącznika nr 4 wyjaśnień tego Oferenta, tj. „Szczegółowej kalkulacji cenowej”. Stwierdził, że z przedstawionych przez Voxel S.A. dokumentów wynika, że ich treść spełnia przesłanki definicji ustawowej „tajemnicy przedsiębiorstwa”, o których mowa w przepisie art. 11 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji musi to prowadzić do wniosku, że informacje przedstawione w kalkulacji cenowej należało uznać za tajemnice przedsiębiorstwa. Konstatacja ta z ugruntowaną linią orzecznictwa KIO (przykładowo KIO 149/16).

Odnosząc się do zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp podał, że Zarzut też należy uznać za całkowicie nieuzasadniony. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca Voxel S.A. przedłożył szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny. Kalkulacja ta wg. Zamawiającego jest wiarygodna i nie budzi obaw o właściwą realizację zamówienia. Nadto wskazał, że polityka kształtowania cen tak Odwołującego się, jak i Oferenta Voxel S.A. jest bardzo zbieżna. Przykładowo wskazał, że

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2016 roku nr 82/2016 ceny na ten sam przedmiot zamówienia, zaoferowane przez Odwołującego wynosiły - 719,28 zł i Voxel S.A. - 623,92 zł i w bieżącym postępowaniu uległy zmniejszeniu odpowiednio o 29% u

Odwołującego i 36% w przypadku Voxel S.A. Redukcja ceny zatem była na zbliżonym poziomie.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego dotyczącego tego, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podał, że ten zarzut zdaniem Zamawiającego jest całkowicie nieuzasadniony. Jednym z przejawów czynów nieuczciwej konkurencji jest - zgodnie z art. 15 ust. 1 Ustawy - utrudnianie dostępu do rynku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez sprzedaż towarów lub usług albo robót budowlanych poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Podkreślił, że w tym postępowaniu, jak to wynika z przedstawionej kalkulacji cenowej nie mamy do czynienia z ceną poniżej kosztów wytworzenia. Okoliczność zaoferowania niskiej ceny, ceny różniącej się wprawdzie znacznie od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, ale ukształtowanej powyżej kosztów wytworzenia nie oznacza automatycznie, iż doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują ceną, a tym samym mogą oferować ceny towarów lub usług na niskim poziomie, (por. wyrok KIO z dnia 11 maja 2009 r. KIO/UZP 532/09).

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca Voxel poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i podał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a żaden z zarzutów w nim zawartych nie jest zasadny. Na wstępie podniósł także jak i Zamawiający, że przedmiotowe postępowanie jest poniżej progów unijnych i w związku z tym biorąc pod uwagę treść przepisu art. 180 ust 2 Pzp zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 8 ust.3 Pzp nie może być w ogóle uwzględniony, a w konsekwencji zarzut ten nie powinien być w ogóle rozpatrywany przez Izbę.

Podał że Przystępujący w treści swoich wyjaśnień z dnia 30 stycznia 2018 r. zastrzegł, że informacje zawarte w załączniku nr 4 do ww. pisma („Szczegółowa Kalkulacja Ceny” wraz z załącznikiem) nie mogą być udostępniane oraz wykazał dowodowo i obszernie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie powyższym wskazano m. in., że informacje zawarte w niniejszym piśmie nie zostały podane do publicznej wiadomości i nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Ponadto Przystępujący podjął szereg działań zmierzających do zachowania poufności wszystkich ww. informacji. W szczególności informacje te znane są bardzo ograniczonej grupie osób, a mianowicie zarządowi spółki oraz kluczowym menedżerom spółki. Wszystkie ww. osoby zobowiązane są do zachowania poufności ww. informacji, zarówno na mocy przepisów prawa, jak i zawartych z nimi umów. Ponadto wskazano, iż w spółce obowiązują odpowiednie zasady co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych miejscach i zabezpieczonych dyskach. Wyjaśnić należy, iż w Spółce funkcjonuje Zintegrowany System Zarządzania Jakością i Bezpieczeństwem Informacji oparty o normę ISO EIC 27001, jak również funkcjonuje „Regulamin Obiegu Informacji Poufnych w spółce VOXEL S.A” obowiązujący pracowników, osoby i podmioty świadczące usługi na rzecz Voxel oraz członków organów statutowych VOXEL S.A. oraz przewidujący odpowiednie środki ostrożności w celu zapobiegnięcia ujawnieniu i wykorzystaniu informacji poufnych.

Na dowód powyższego, przedłożono Zamawiającemu odpisy uchwały w sprawie wprowadzenia Dokumentacji Zintegrowanego Systemu Zarządzania Jakością i Bezpieczeństwem Informacji (ISO 9001, ISO27001), „Regulamin Obiegu Informacji Poufnych w spółce VOXEL S.A” oraz kontrakt menadżerski (wyciąg) z osobą sporządzającą wyjaśnienia, wraz z zapisem dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w załączniku nr 4 do wyjaśnień mają wartość gospodarczą dla Przystępującego.

Podkreślił, że bez względu na branżę, sposób kształtowania ceny produktu, koszt jego wytworzenia i wprowadzania do obrotu jest jedną z najbardziej kluczowych i poufnych informacji w całej działalności przedsiębiorców. To samo dotyczy kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa w szczególności co do ich przypisywania konkretnym gałęziom działalności. Powyższe w szczególności dotyczy informacji zawartych w załączniku, takich jak: szczegółowy koszt produkcji oferowanego produktu (wytworzenie produktu w zależności od konkretnego cyklu produkcyjnego - danej serii produkcyjnej), koszty i sposób jego transportu, koszty ogólne i wysokość marży, struktura działalności Spółki w zakresie sprzedaży radiofarmaceutyków na cele komercyjne i na cele własne, zastosowanie rozwiązań technicznych przy produkcji. Sposób wyceny stanowi bardzo istotną dla Przystępującego wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na budowę jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży. Gdyby informacje zawarte w niniejszym piśmie były udostępnione konkurentom Voxel S.A., wówczas wtedy znając oni poziom kosztów z pewnością zdobyliby istotną przewagę nad Przystępującym. Nietrafne i wynikające prawdopodobnie z niezrozumienia przywołanych orzeczeń KIO jest także odmawianie przez Odwołującego waloru „stałości” zastrzeżonych informacji zawartych w „Szczegółowej kalkulacji”. Okoliczność, iż ostateczny koszt dostawy radiofarmaceutyków na przestrzeni lat w konkretnym postępowaniu jest zmienny nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla istoty sprawy. Odróżnić bowiem należy oczywisty fakt zmiany danych zawartych w konkretnej kalkulacji z upływu na różne warunki i upływ czasu, od samego sposobu dokonywania kalkulacji w oparciu o konkretne dane cenotwórcze zachodzące u dostawcy w określonym momencie - stanowiące niewątpliwie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny podał, że nietrafne jest także odmawianie przez Odwołującego waloru „stałości” zastrzeżonych informacji zawartych w „Szczegółowej kalkulacji”. Okoliczność, iż ostateczny koszt dostawy radiofarmaceutyków na przestrzeni lat w konkretnym postępowaniu jest zmienny nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla istoty sprawy. Odróżnić bowiem należy oczywisty fakt zmiany danych zawartych w konkretnej kalkulacji z upływu na różne warunki i upływ czasu, od samego sposobu dokonywania kalkulacji w oparciu o konkretne dane cenotwórcze zachodzące u dostawcy w określonym momencie - stanowiące niewątpliwie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważył, że Odwołujący wielokrotnie kwestionował przed Krajową Izbą Odwoławczą w oparciu o podobne argumenty - jak w tym postępowaniu zaoferowaną przez Przystępującego (a także często innych uczestników postępowań) cenę jako rażąco niską - za każdym razem bezskutecznie. Dlatego też również podnoszoną obecnie argumentację

należy uznać za niezasadną. Z uwagi na różne daty sporządzania kalkulacji ceny, zmianie uległy bezpośrednie koszty produkcji, udziały kosztów stałych Centrum Produkcji Radiofarmaceutyków w produkcji FDG na cele komercyjne oraz udział ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG na cele komercyjne. Kalkulacja ceny sporządzana jest bowiem indywidualnie w zależności od określonych czynników cenotwórczych.

W zakresie zarzutu trzeciego podał, że nie można również w żaden sposób zgodzić się z Odwołującym, by złożenie oferty Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przystępujący tego nie wykazał. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego podał, że przywoływanie kwestii jakoby Przystępujący posiadał pozycję dominującą jest niezasadne, gdyż o tym czy dany podmiot taką pozycję na rynku posiada decyduje wyłącznie UOKiK w formie decyzji. Wobec Przystępującego taka decyzja nie została wydana, jak również nie jest mu wiadomym, aby w tej sprawie toczyło się postępowania przeciwko Voxel.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, oświadczeń stron i uczestników postępowania podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego jest zasadne i zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania, a Przystępujący poprzez zgłoszenie przystąpień wykazali interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosili przystąpienie.

Na wstępie, oceny Izby wymaga wniosek o odrzucenie - nierozpatrywania zarzutu

naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp dotyczący niezasadnego uznania przez Zamawiającego

wyjaśnień Przystępującego Voxel w zakresie rażąco niskiej ceny- załącznika nr 4 jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący powyższy wniosek opierali na założeniu, że w postępowaniach podprogowych kwestię dotyczące zastrzegania w ofercie pewnych treści nie znajdują oparcia w przepisie art. 180 ust.2 Pzp.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że pomimo braku w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp ujęcia kwestii dotyczących możliwości wnoszenia odwołań na zastrzeganie przez wykonawców w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak mają na względzie fakt, że prawidłowe zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć istotny wpływ na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty, uznała za zasadne rozpatrzenie tego zarzutu. Idąc tokiem interpretacji Sądu Najwyższego wskazanego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17 wskazać należy, że wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto Sąd stwierdził, że „wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające zakwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględniania działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu”. W świetle powyższego stanowiska niewątpliwym jest, że dostępność wykonawców do informacji, wyjaśnień, dokumentów przedstawionych Zamawiającemu przez innych wykonawców, jest jedyną możliwością na zakwestionowanie treści oferty konkurencyjnego wykonawcy, a ponadto może przyczynić się do prawidłowego wyboru oferty, która w sposób obiektywny jest najkorzystniejsza.

W tej sytuacji Izba uznała, że badanie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści oferty uznanej za najkorzystniejszą, jest elementem wyboru ofert i

może być przedmiotem zarzutu odwołania.

Inną kwestią wymagającą odniesienia się Izby, jest uszeregowanie w pewnej kolejności przez Odwołującego zarzutów odwołania, z którego wynika, że Odwołujący przedstawia zarówno zarzut podstawowy oraz zarzuty ewentualne, które według jego woli winny podlegać merytorycznej ocenie przez Izbę tylko w sytuacji, kiedy zarzut podstawowy nie zostanie uwzględniony. Powyższą wolę Odwołujący potwierdził także do protokołu

rozprawy.

Na kanwie tego problemu wskazać należy, że niewątpliwie ustawa Pzp nie przyjęła rozwiązań - uregulowań kpc w zakresie możliwości podnoszenia zarzutów ewentualnych. Według procedury cywilnej uregulowanej w przepisach art. 187 i 191 kpc zgłoszenie żądania ewentualnego polega na uwarunkowaniu jego rozpoznania od sposobu rozstrzygnięcia o żądaniu zgłoszonym jako główne. Roszczenie ewentualne podlega rozpoznaniu przez sąd dopiero w przypadku nieuwzględnienia żądania zgłoszonego w pierwszej kolejności (por. Uchwała SN z 18.10.2013 r. (III CZP 58/13,).

Odnosząc powyższe do przepisów Pzp w szczególności art. 180 ust. 3 Pzp Izba uznała, że brak jest przeciwwskazań do tego, aby wykonawca, który inicjuje postępowanie odwoławcze był pozbawiony możliwości wskazywania w jakiej kolejności zarzuty winny być rozstrzygane. Takie rozwiązanie wydaje się zasadne, gdyż tak jak w tym postępowaniu odwoławczym wykonawca musiałby sprecyzować zarzut i przedstawić argumentację co do rażąco niskiej ceny w ofercie Voxel w sytuacji, kiedy nie jest mu znana treść wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie, gdyż Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do wyjaśnień ceny oferty Voxel. Podkreślić należy, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp czy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp bierze w istocie swój początek z analizy wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie z art. 90 ust. 1 Pzp. Oczywiście rozstrzygając tą kwestię Izba winna mieć na względzie przepis art. 8 ust.3 Pzp umożliwiający wykonawcom ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust.3 Pzp, poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego Voxel wskazać należy, że Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy zastrzeżenie ma ewidentnie służyć nie ochronie tajemnicy firmy wykonawcy, ale utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji prawidłowości oferty wybranej (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., KIO 2710/12, KIO 1342/17). Odwołujący oraz Przystępujący po jego stronie zakładali, że wykonawca Voxel prawo do zastrzeżenia informacji złożonych Zamawiającemu wywodzi z faktu, że zastrzegane informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Odwołujący wywodził, że z dużą dozą prawdopodobieństwa przyjąć należy, że jeśli VOXEL poprzestał, tak, jak w innych postępowaniach, na przedstawieniu Zamawiającemu informacji o kosztach produkcji jednej dawki, kosztach jej transportu do Zamawiającego, udziale kosztów stałych CPR i ogólnych kosztów spółki w produkcji farmaceutyku na cele komercyjne. Podkreślił, że te dane nie mają dla konkurencyjnych wykonawców żadnej wartości handlowej, a mają na celu tylko utrudnienie poznania podstaw dokonania tak niskiej kalkulacji ceny oferty Przystępującego Voxel.

W zakresie potrzeby utajnienia treści wyjaśnień w zakresie ceny oferty Zamawiający podnosił, że zgodnie z orzecznictwem KIO formularz cenowy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast przystępujący wskazywał, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 4 do wyjaśnień ceny oferty było zasadne, gdyż zawiera on informacje o mocach przerobowych, tj. zdolności produkcyjnej Przystępującego. Izba odnosząc się do powyższego wskazuje, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Powinni zatem mieć świadomość konsekwencji, iż jeśli ubiegają się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych to ich oferty muszą być poddane procedurom określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o ich działalności (wyrok KIO z 15 marca 2013 r., KIO 364/13, KIO 368/13). Ten wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych w zbiegu z prawem wykonawcy do utajnienia niektórych treści oferty, nakłada na Zamawiającego szczególny obowiązek wyważenia racji wykonawcy mając na względzie zasady Pzp, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok KIO 9 stycznia 2018 roku 2633/ 17)

Izba w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego polegającego na szczegółowej analizie treści załącznika nr 4 do wyjaśnień oraz oceniając złożone przez wykonawcę Voxel S.A. wyjaśnienia dotyczące elementów, mających wpływ na wysokość ceny, Izba doszła także do przekonania, że udzielone przez Voxel S.A. wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny produktu oferowanego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie spełniają przesłanek, o których mowa

w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji zostały zastrzeżone w sposób nieuzasadniony.

Analizując treść wyjaśnień podanych w ww. załączniku stwierdzić należy, iż pewna część zawartych tam informacji znajduje się w części jawnej wyjaśnień z dnia 30 stycznia 2018 roku, a nadto niektóre informacje np. te dotyczące stawki za 1 km kosztu transportu jednej dawki farmaceutyku do Zamawiającego zostały podane przez Przystępującego zarówno na rozprawie przed KIO jak i w złożonym piśmie procesowym. Powoduje to sytuację, iż sam Przystępujący uznał, że część zastrzeżonych w załączniku nr 4 informacji nie ma dla niego praktycznego znaczenia, gdyż sam je ujawnił. Fakt ujawnienia tych informacji świadczy dobitnie o tym, że informacje te utraciły walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto z dalszej analizy treści wyjaśnień nie wynika nic co np. dotyczyłoby, jak twierdził Przystępujący jego mocy przerobowych. Nadto szereg wyjaśnień jest na tak bardzo ogólnym poziomie zarówno co do wyliczeń cen, gdyż przy większości z nich zwarto zwrot „około”, a także sam opis sposobu ich obliczania jest także ogólnikowy.

Do żadnej pozycji kosztowej nie dołączono jakichkolwiek informacji które uwiarygodniałyby wskazaną ich wielkość. Całe wyjaśnienie wyliczenia ceny oferty, jest opisane w tak ogólnikowy sposób, że brak jest jakiejkolwiek podstawy do przyjęcia twierdzeń Przystępującego, że pozyskanie tych informacji może w jakikolwiek sposób wpłynąć na jego zdolność konkurencyjną na rynku. Wskazać należy także na okoliczność, że przystępujący jest spółką giełdową notowaną na GPW i tym samym zobowiązany jest do publikacji raportów finansowych z których można wywieść wiele elementów cenowych mających wpływ na kalkulację ceny ofertowej i zawartych w przedmiotowym załączniku.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. W tej sytuacji wykonawca Voxel zastrzegł informacje co do kalkulacji ceny oferty opisane w tak ogólnikowy sposób, że brak jest możliwości wywiedzenia z nich, z czego te stawki jednostkowe są wywodzone, a tym samym czy są realne. Tym samym ich odtajnienie nie powoduje możliwości pozyskania przez innych wykonawców informacji, mogących w myśl przepisu art. 11 ust. 4 uznk stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

Dlatego też czynność Zamawiającego akceptująca prawidłowość zastrzeżenia przedmiotowych wyjaśnień należy uznać za naruszającą zasadę konkurencyjności i jawności postępowania i tym samym skutkującą uwzględnieniem tego zarzutu.

Biorąc pod uwagę to, że Odwołujący wskazał zarzut naruszenia art. 8 ust.3 Pzp jako zarzut podstawowy, a pozostałe zarzuty jako ewentualne z tzw. „ostrożności procesowej” na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, Izba uwzględniając ten zarzut pozostawiła do bez rozpoznania zarzut co do rażąco niskiej ceny oferty oraz popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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