

WYROK
z dnia 9 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez SMT Software Sp. z o.o. SKA z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Główny Urząd Geodezji w Warszawie,

przy udziale SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rozbudowę systemów i aplikacji, w tym odrzucenie oferty SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazuje odtajnienie wyjaśnień ww. wykonawcy z dnia 18 lipca 2013 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz odtajnienie pisma ww. wykonawcy z dnia 8 sierpnia 2013 r. w części odnoszącej się do wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla Wykazu usług (pkt I pisma),

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Główny Urząd Geodezji w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SMT Software Sp. z o.o. SKA z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Główny Urząd Geodezji w Warszawie na rzecz SMT Software Sp. z o.o. SKA z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę systemów i aplikacji.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 14 czerwca 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 114 – 194787.

W dniu 14.08.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „SmallGIS”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 23.08.2013 r. SMT Software Sp. z o.o. SKA z siedzibą we Wrocławiu (dalej „SMT”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

1. zaniechania udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SmallGIS jako niejawnych części oferty w zakresie:
 - wykazu usług,
 - oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby wraz z dokumentami formalnymi,
 - wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
 - wyjaśnień zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - uzupełnienia do oferty
2. zaniechania udostępnienia Odwołującemu pism Zamawiającego kierowanych do SmallGIS,
3. zaniechania odrzucenia oferty SmallGIS, pomimo że oferta SmallGIS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. zaniechania odrzucenia oferty SmallGIS, pomimo że złożenie oferty przez SmallGIS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
5. zaniechania odrzucenia oferty SmallGIS, pomimo że treść oferty SmallGIS nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jest to omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty,
6. niezgodnej z przepisami Pzp czynności, tj. poprawienia innej omyłki, pomimo że omyłka ta nie mogła być poprawiona w trybie przepisu art 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty SmallGIS;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 PZP w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SmallGIS jako niejawnych części oferty;
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pism Zamawiającego kierowanych do SmallGIS;
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust 1 - 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SmallGIS, pomimo że oferta SmallGIS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SmallGIS, pomimo że złożenie oferty przez SmallGIS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
6. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SmallGIS, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
7. naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZ, poprzez poprawienie innej omyłki, pomimo że omyłka ta nie mogła być poprawiona w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez SmallGIS jako niejawnych wskazanych części oferty oraz udostępnienia Odwołującemu,
3. udostępnienia Odwołującemu pism Zamawiającego kierowanych do SmallGIS,
4. dokonania ponownej oceny ofert,
5. unieważnienia czynności poprawienia omyłki w ofercie SmallGIS,
6. odrzucenia oferty SmallGIS,
7. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

[...]"

2. Tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dopuścił się zaniechania czynności, do której był zobowiązany na podstawie PZP, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SmallGIS jako niejawnych części oferty SmallGIS (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach, oświadczeniach lub wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie PZP oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 PZP ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w PZP (art. 8 ust. 2 Ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „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"

Przedmiotowy przepis był przedmiotem orzeczeń Sądu Najwyższego - w wyroku z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/2000 (OSNC 2001/4 poz. 59) Sąd Najwyższy - Izba Cywilna stanął na stanowisku, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Z kolei w wyroku z dnia 5 września 2001 r. I CKN 1159/2000 (OSNC 2002/5 poz. 67) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Mając na uwadze powyższe poglądy orzecznictwa, za słuszne należy przyjąć stanowisko Odwołującego, iż w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawarta jest definicja legalna „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Z kolei z definicji tej wynika wprost (wykładnia literalna), iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Przepis ten wyłącza ponadto możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to

informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez SmallGIS zastrzeżenie wskazanych w odwołaniu części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący wskazuje na pogląd wyrażony w orzeczeniach wielu składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej, w tym przykładowo wskazany w wyroku z 3 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1039/11), w którym Izba stwierdziła, że „o zaniechaniu zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia dokumentów zawartych w ofertach wykonawców, w przypadku gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, możemy mówić dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert, której termin upływa wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty”. Przyjęcie odmiennej interpretacji, w szczególności wskazującej na liczenie terminu na wniesienie odwołania od daty otwarcia ofert w sytuacji, gdy Zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, pozbawione jest racji, gdyż sprowadziłoby się jedynie do kwestionowania czynności wykonawcy dokonania zastrzeżenia a nie zaś działań lub zaniechań Zamawiającego. Badanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element czynności badania i oceny oferta a „ (...) w takiej sytuacji termin na kwestionowanie dokonanego zastrzeżenia rozpoczyna swój bieg od daty przesłania informacji, o

której mowa w art. 92 ust 1 Pzp" (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 322/11).

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że zarzut naruszenia przepisów PZP dotyczący zaniechania odtajnienia/ujawnienia ww. części oferty SmallGIS został zgłoszony we właściwym terminie.

2a. Niewystarczające wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa SmallGIS.

Zdaniem Odwołującego SmallGIS nie wykazał w toku postpowania spełniania ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wszystkich dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem kwestia ciężaru dowodu jest bardzo istotna w tym zakresie. Powszechnie przyjętym poglądem jest kwestia, iż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa w swojej ofercie zastrzegł. Pogląd ten wywieść można zarówno z zasad zdrowego rozsądku oraz doświadczenia życiowego - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia i tylko taki podmiot może te podstawy wskazać, jak i z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku odwołania obejmującego zaniechanie odtajnienia części ofert objętych niezasadnie tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakaś część oferty została bezzasadnie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając treści tej części oferty - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też Odwołujący uczynił w odwołaniu.

Odnośnie ciężaru dowodu w przedmiotowej kwestii Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się wielokrotnie, przykładowo Odwołujący wskazuje na kilka orzeczeń:

- ✓ wyrok z dnia 8 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2079/10: "Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje, izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął

przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji."

- ✓ wyrok z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2294/11: „Zdaniem izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał na podmiocie, który z tego działania wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a więc na przystępującym, a w konsekwencji także na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez przystępującego"
- ✓ wyrok z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Zdaniem Izby; ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, któryz tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przystępujących, że odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału".
- ✓ wyrok z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12: "Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać; iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji."
- ✓ wyrok z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 333/12: „Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywał on na wykonawcach, którzy przystąpią do postępowania odwoławczego."

- ✓ wyrok z dnia 20 czerwca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1172/11: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem wykonawca dokonuje takiego zastrzeżenia i wymaga, aby zamawiający je respektował, musi równocześnie wykazać, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki dla przyjęcia, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji.”
- ✓ wyrok z dnia 8 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2036/12: „Zdaniem izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępującym Mawilux Sp. z o.o, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wniosku o dopuszczenie do udziału. W konsekwencji także, ciężar udowodnienia co do skuteczności poczynionego zastrzeżenia obciąża samego zamawiającego, który nie zdecydował się na udostępnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę.”
- ✓ wyrok z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2411/12: „Dla skuteczności wyłączenia jawności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest zatem wykazanie zasadności takiego zastrzeżenia. Obowiązek wykazania, że informacje, na których ujawnienie wykonawca nie wyraził zgody, spełniają wszystkie ustawowe przesłanki, obciąża wykonawcę, zarówno względem Zamawiającego (który co do zasady zobligowany jest ujawnić wszelkie dokumenty złożone w postępowaniu), jak i w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy kwestionującego zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w niniejszej sprawie - Odwołującego) udowodnienia, że dokumenty, których treści nie zna, w istocie takiej tajemnicy nie stanowią. Zdaniem Izby, Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia ani w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, ani w toku rozprawy.”
- ✓ wyrok z dnia 21 września 2012 roku, sygn. akt: KIO 1921/12: Jak już wskazano powyżej, ciężar dowiedzenia okoliczności przesądzających charakter zastrzeżonych informacji spoczywa na zamawiającym (i/lub

wykonawcy przystępującym po jego stronie). W takim przypadku to zamawiający winien pozytywnie wykazać okoliczności z których wywodzi skutki prawne - okoliczności pozwalające mu zakwalifikować informacje, których ujawniania odmawia; jako tajemnicę przedsiębiorstwa."

Odwołujący - wobec utajnienia także wyjaśnień zastosowania tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zna treści tego dokumentu. Jednak opierając się na swoim doświadczeniu co do treści takich wyjaśnień składanych w innych postępowaniach przez podmioty z rynku IT, Odwołujący stwierdza, że wyjaśnienia złożone przez SmallGIS nie zawierają dowodów ani argumentów, które wykazywałyby spełnienie przez informacje objęte zastrzeżeniem łącznego spełnienia trzech przesłanek definicji. Tym samym - wobec niewykazania przez SmallGIS zaistnienia tych przesłanek - Zamawiający powinien udostępnić te informacje Odwołującemu.

2b. Brak spełniania przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, iż co najmniej trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona w stosunku do części ofert objętych odwołaniem. Otóż zdaniem Odwołującego SmallGIS nie podjął w stosunku do tych informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. A tym samym te informacje nie mogą zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej części oferty nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki - tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 czerwca 2012r., KIO 1016/12: „Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podiecla niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego/”

Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez SmallGIS przedmiotowych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji oferty SmallGIS pod kątem zgodności z SIWZ i PZP. Warto zacytować fragment uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt: KIO 2040/10: „Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajnieniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy

przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego."

2c. Zasada jawności postępowania, zakaz wykładni rozszerzającej wyjątków od zasady.

Odwołujący pragnie także zwrócić uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia poszczególnych elementów oferty tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasada jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazujemy kilka przykładowych orzeczeń:

- ✓ wyrok KIO/UZP 338/09: „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy. gdyż zasada jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony."
- ✓ wyrok KIO 1080/11: „Zasada jawności w postępowaniu jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia."
- ✓ wyrok KIO 2294/11: Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle".
- ✓ wyrok KIO 776/12: „ W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Na marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z

postępowania ma charakter jawny. Jej utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne. Jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego

- ✓ wyrok KIO 1016/12: „Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”
- ✓ wyrok KIO 457/12: „Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze

podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

- ✓ wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.* (podobnie wyrok KI01409/12 i KIO 1428/12).

Skoro zatem objęcie części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *excepciones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część swojej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić całą ofertę pozostałym wykonawcom lub też Krajowa izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego - w/w wykonawcy nie wykazali zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w/w części ofert oraz nie uzasadnili faktu nie zastosowania fundamentalnej zasady jawności postępowania.

2d. Pisma kierowane przez Zamawiającego do SmaltGIS.

Pisma Zamawiającego do Smal IG IS zostały udostępnione Odwołującemu w tak okrojonej wersji, iż Odwołujący nie może wywnioskować przykładowo, czego dotyczyło wezwanie do uzupełnienia oferty.

Odwołujący zwraca uwagę, że nie istnieje żaden przepis PZP, czy też inny przepis prawa, który umożliwiłby Zamawiającemu objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych pism - a to ze względu na fakt, iż Zamawiający, jako podmiot publiczny, nie wykonujący działalności gospodarczej i nie prowadzący

przedsiębiorstwa - w ogóle nie spełnia przesłanek określonych w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zupełnie niezrozumiałe jest nieudostępnienie tych dokumentów Odwołującemu. Zwłaszcza wobec nadrzędnej zasady jawności postępowania.

Jeśli zaś chodzi w tym przypadku o tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy SmallGIS, to nie jest możliwe, aby całe pismo od Zamawiającego do SmallGIS ujawniało tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet jeśli jakieś elementy tego pisma mogły ujawniać tajemnicę przedsiębiorstwa, to wyłącznie te elementy Zamawiający był uprawniony utajnić, ale z pewnością - nie był uprawniony utajnić całych pism w taki sposób, iż Odwołujący nie może w ogóle powziąć wiadomości, jakie pytania zadał Zamawiający.

Takie zachowanie jest całkowicie nieuprawnione i słuszny jest wniosek odwołania o nakazanie udostępnienia tych pism.

2e. Wyjaśnienia i uzupełnienia składane przez SmallGIS.

Odwołującemu nie udostępniono w ogóle złożonych przez SmallGIS wyjaśnień czy uzupełnień. Nie jest możliwe, aby całość, tj. 100% treści, każdego z tych pism zawierał wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający powinien każdorazowo dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych wyjaśnień. Według najlepszej wiedzy Odwołującego Zamawiający nie uczynił tego, nie wystąpił do SmallGIS o wyjaśnienie objęcia przedmiotowych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. A zatem bezpodstawnie przyjął oświadczenie, że jest to tajemnica, nie znając żadnych podstaw takiego utajnienia.

Informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, sygn. IICZP 74/05 Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż nawet jeśli jakieś pojedyncze informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (czemu

Odwołujący przeczy), to co najwyżej te Informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś treść samych wyjaśnień powinna zostać udostępniona wszystkim uczestnikom postępowania.

2f. Wykaz zamówień/usług wraz z referencjami.

Biorąc pod uwagę opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niewątpliwie uznać należy, iż aby spełnić warunki udziału w postępowaniu, wykonawca wykazać się musi doświadczeniem we wdrażaniu rozwiązań dla sektora publicznego, a w przypadku tego sektora właśnie zamówienia realizowane są w trybie PZP. To natomiast implikuje niemożność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o wszelkich zamówieniach zrealizowanych w wyniku zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku bowiem reguła jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego obejmuje również jawność zawartej w jego wyniku umowy.

Skoro należało się wykazać wdrożeniem systemu informacji przestrzennej SI P/G IS, to wręcz graniczy z pewnością, że wskazany przez SmallGIS system został wykonany na rzecz podmiotu publicznego, gdyż to właśnie te podmioty w przeważającej większości są zamawiającymi takie systemy. Informacje na temat takich umów są jawne zarówno w Polsce jak i w Unii Europejskiej, jak i większości państw na świecie. Zgodnie z art. 139 ust. 3 Ustawy umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Nie sposób uznać, aby informacje w zakresie wykazywanych dostaw i usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie obejmujące nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, zakres zamówienia, termin realizacji oraz cenę brutto - nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie. Potwierdziła to wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza:

- ✓ wyrok o sygn. akt: KIO/657/11: „Izba wskazuje jedynie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek wynikających z art 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w nich okoliczności dotyczą, jak trafnie podejrzewał odwołujący, zamówienia realizowanego przez tego

wykonawcę na rzecz zamawiającego. Zamówienie to zostało zidentyfikowane przez odwołującego w treści odwołania na podstawie informacji powszechnie dostępnych z tytułu dostępu do informacji publicznej o zamówieniu realizowanym w trybie zamówienia publicznego

- ✓ wyrok o sygn. akt KIO 1730/11: „Nie można zastrzegać we wnioskach jako tajemnicy informacji powszechnie znanych, o których podmioty je wykonujące informują na swoich stronach internetowych, wykonanych dla podmiotów publicznych (finansowanych ze środków publicznych).”
- ✓ wyrok o sygn. akt KIO 657/11: „Izba wskazuje jedynie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w nich okoliczności dotyczą, jak trafnie podejrzewał odwołujący, zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę na rzecz zamawiającego. Zamówienie to zostało zidentyfikowane przez odwołującego w treści odwołania na podstawie informacji powszechnie dostępnych z tytułu dostępu do informacji publicznej o zamówieniu realizowanym w trybie zamówienia publicznego.”
- ✓ wyrok o sygn. akt KIO 1438/11: „w zakresie informacji dotyczących tych zamówień nie zachowano wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust 4 uznk. Należy bowiem wskazać, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej dane dotyczące niniejszych zamówień, tzn. tak stron, wartości zamówienia, terminu wykonania, jak i szczegółowego przedmiotu zamówienia, czy też wzoru umowy. Niniejsze dane są powszechnie dostępne i każdy zainteresowany może je uzyskać na stronach internetowych podmiotu zamawiającego, jak i w publikatorze ogłoszeń o udzieleniu zamówienia.”
- ✓ wyrok KIO sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie, jakiego żądał zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi, terminu realizacji czy numeru strony, na której zamieszczono referencje (załącznik nr 2 do instrukcji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdza, że informacje ujęte w wykazach usług, które dotyczą w szczególności realizacji usług polegających na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego z zakresu ochrony zdrowia czy na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, co do zasady

są informacjami jawnymi, gdyż większość z nich została udzielona po przeprowadzeniu jawnych postępowań o zamówienie publiczne, a odbiorcami są jednostki zobowiązane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. (...) Wobec powyższego, mając na względzie fundamentalną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych (...) wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał S wyrok KIO sygn. akt: KIO 776/12: „Co do oferty złożonej przez Przystępującego Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie jej w zakresie informacji o doświadczeniu, na które wykonawca ten powołuje się, a które to doświadczenie zostało przez tego wykonawcę uzyskane przy realizacji zadań na rzecz podmiotów publicznych. Informacje o realizacji tych usług mogą być z łatwością pozyskane przez każdego w drodze przykładowo powszechnie dostępnego źródła informacji jakim jest Internet.”

Ponadto wskazać należy, że zawarte w tym wykazie informacje nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy inne posiadające wartość gospodarczą. Ponadto można je uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Co więcej - skoro mają one potwierdzać spełniania warunków określonych w SIWZ - to wykaz usług zawiera de facto powtórzenie treści SIWZ.

Odnośnie charakteru informacji składających się na wykaz wykonanych zamówień Odwołujący pragnie wskazać na ugruntowane w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone choćby w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku o sygn. akt: KIO 322/11: „Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz P4 Sp. z o.o. nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie

prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji." W ocenie Odwołującego charakter wymaganych w SIWZ danych, jakie należy podać w wykazie i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest, iż właśnie charakter informacji zawartych w Wykazach usług uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - nie posiadają bowiem charakteru handlowego czy organizacyjnego takie dane jak wartość zamówienia, czy też data jego realizacji. Warto też podkreślić, iż dane zawarte w Wykazach usług wynikają z warunków udziału określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ - tym samym w tym zakresie nie ma mowy o spełnianiu ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd taki zaprezentował także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt: V Ca 2037/08, w którym stwierdził, iż „informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji, wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego. A jeśli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności, a z kolei zamawiający-obowiązany do stwierdzenia tegoż - nie mógł ich nie ujawniać (art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych)."

Stanowisko zgodne z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała już wielokrotnie, można wręcz mówić o ugruntowanym już orzecznictwie w tym zakresie. Odwołujący wskazuje kilka tylko wyroków:

- ✓ wyrok o sygn. akt KIO/UZP 371/10: „Izba ustaliła, iż załączony przez wybranego wykonawcę „wykaz usług”, zawarte w nim informacje na temat przedmiotu usługi, daty wykonania a w szczególności wartości brutto usług i nazwy odbiorców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż łącznie nie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zastrzeżone informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa gdyż zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto przedsiębiorca nie podjął niezbędnych działań w celu zapewnienia

ich poufności. W ocenie Izby wyklucza się objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze

- ✓ wyrok o sygn. akt KIO 1730/11: Izba oceniła, że informacje techniczne zawarte w referencjach nie są na tyle szczegółowe, aby ujawniały dane, do których osoby postronne nie powinny mieć dostępu. W tym, kontekście samo oświadczenie (...), że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za niewystarczające".
- ✓ wyrok o sygn. akt: K10/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11: „Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazwy podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności."
- ✓ wyrok o sygn. akt KIO 331/12 i KIO 333/12: „Ponadto co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty. Dodatkowo nie można zgodzić się także ze stanowiskiem (reprezentowanym przez Przystępującego Sygnity S.A.), że wykaz sam w sobie, poprzez nagromadzenie, w jednym zestawieniu informacji, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. O tajemnicy

przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie."

W świetle powyższego jak najbardziej słuszne jest stanowisko Odwołującego, iż co najmniej usługi wykonane na rzecz zamawiających publicznych, zobowiązanych do stosowania regulacji dotyczących dostępu do informacji publicznej - z samej swojej istoty nie realizują przesłanek art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w stosunku do nich nie jest realizowana przesłanka braku ujawnienia do wiadomości publicznej. Jest rzeczą oczywistą, iż wszystkie umowy zawarte z podmiotami publicznymi w trybie Prawa zamówień publicznych są informacją publiczną - i każdy ma do nich dostęp. Co więcej - informacje zawarte w tych umowach są publikowane w Internecie, na stronach Biuletynu Informacji Publicznej danego zamawiającego.

2g. Oświadczenia potwierdzające udostępnienie wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami formalnymi wymaganymi przez Zamawiającego.

Także oświadczenia potwierdzające udostępnienie wiedzy i doświadczenia oraz dokumenty i oświadczenia wymaganych ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających jakiegokolwiek zasoby nie mogą zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie oświadczenia/dokumenty nie zawierają bowiem żadnych informacji, które można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z pewnością też całość tych dokumentów nie powinna być objęta tajemnicą. Co najwyżej (czemu Odwołujący przeczy) - sam fakt współpracy z danym podmiotem. A to i tak tylko w przypadku, gdy SmallGIS i dany podmiot nie informowały wcześniej o fakcie takiej współpracy.

Zatem zdaniem Odwołującego zobowiązania do udostępnienia zasobów składane w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy nie mogą zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż treść takiego dokumentu w ogóle nie spełnia przesłanki ustawowej co charakteru informacji, która może być potraktowana jako tajemnica przedsiębiorstwa. Otóż informacja taka musi mieć charakter wskazany w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. musi być informacją technologiczną, handlową czy organizacyjną. Tymczasem takie zobowiązania mają treść określoną przepisem Ustawy i nie zawierają żadnej innej treści. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 776/12: „W tym zakresie izba uznała, że zasadnym było

także nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego wykonania wykazanych usług, które samodzielnie wykonawca Infovide-Matrix odtajnił. Treść tego zobowiązania nie zawiera żadnych szczególnych informacji, które stanowiłyby wypełnienie przesłanek świadczących o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zobowiązanie zawiera standardową treść wynikającą z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego także w tym zakresie nie zawierają żadnego szczególnego uzasadnienia pozwalającego na stwierdzenie, że powyższa informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

Nie można obejmować tajemnicą przedsiębiorstwa także dokumentów formalnych tych podmiotów udostępniających zasoby. Niewątpliwie objęcie tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa jest nadużyciem przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy - gdyż takie informacje w ogóle nie mogą ze swej istoty spełniać przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa - a to z tego względu, iż są one jawne i powszechnie dostępne, zatem jedna z trzech w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z mocy przepisów prawa nie może w ogóle być spełniona odnośnie tych dokumentów. Co więcej-Odwołujący uważa, że takie dokumenty formalne zostały w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których podmioty używające zasoby, będące firmami z rynku informatycznego, umieszczone w częściach jawnych ofert czy wniosków - tym samym same te podmioty nie nadały im przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa i nie podjęły żadnych kroków zmierzających ich do zapewnienia im braku dostępu osób trzecich. Tym samym odmowa przez Zamawiającego udostępnienia tych dokumentów jest sprzeczna z Ustawą.

3. Raząco niska cena, czyn nieuczciwej konkurencji.

W postępowaniu złożono 3 oferty. Ceny brutto w postępowaniu przedstawiają się następująco:

Miejsce po ocenie ofert	wykonawca	Cena brutto w PLN

1	SmallGIS	2.827.777
2	SMT Software SA	5.660.800
3	Comarch Polska SA	5.862.539

Już samo porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena oferty SmallGIS jest ceną rażąco niską - gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. A taka właśnie definicja rażąco niskiej ceny przyjęta jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowi mniej niż 50% oferty kolejnej (dokładnie 49.95%).

Cena oferty SmallGIS znacząco i rażąco odbiega także od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu. Średnia cena oferty wynosi bowiem 4.783,705,25 złotych - nawet przy uwzględnieniu rażąco niskiej ceny oferty SmallGIS. Zatem także w przypadku średniej ceny oferty w tym postępowaniu kwestionowana cena oferty SmallGIS jest rażąco niska i stanowi 59,11 % tej średniej ceny.

Istotny jest także fakt, że spośród złożonych ofert wyłącznie cena oferty SmallGIS odbiega w tak znaczący sposób od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Na okoliczność, iż uzasadnia to zaistnienie w ofercie rażąco niskiej ceny zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2012 roku, KIO 1649/12: „W celu ustalenia zatem czy zaoferowana przez przystępującego cena jest ceną rażąco niską; powinna ona podlegać badaniu w porównaniu do innych cen zaoferowanych przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przyjęte jest; że kwestionowaną cenę należy, w celu stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 89ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp porównać do szacunkowej wartości zamówienia oraz pozostałych cen zaoferowanych w danym postępowaniu " Samo zatem powyższe zestawienie jest już wystarczającym dowodem, iż cena oferty SmallGIS jest ceną rażąco niską.

Odwołujący uważa, że w przypadku SmallGIS nie zachodzą żadne obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Należy bowiem podkreślić, iż wszystkie firmy składające oferty w przedmiotowym postępowaniu świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki pracy (np. Prince2), czy też oferują swoim pracownikom lub podwykonawcom

wyspecjalizowanym w wąskiej dziedzinie GIS analogiczne wysokie wynagrodzenia i to niezależnie od obszaru geograficznego położenia firmy. Tym samym - wobec braku takich obiektywnych czynników- Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę SmaliGIS.

Odwołujący wskazuje też, że SmaliGIS w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (objętych bezpodstawnie tajemnicą przedsiębiorstwa w całości) nie wykazał istnienia tych obiektywnych czynników ani też nie przedstawił dowodów, które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny. Wskazać w tym miejscu należy, że SmaliGIS powinien w tych wyjaśnieniach przedstawić szczegółowe rozbieżności elementów ceny, wskazując, z jakich elementów cena się składa. A ponadto udowodnić, że wszelkie elementy przedmiotu zamówienia są ceną objęte. W przypadku, gdyby takich danych zabrakło w wyjaśnieniach, należy je uznać za niewystarczające i odrzucić ofertę, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 Ustawy. Bowiern to na podmiocie składającym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ciąży ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska.

Zaoferowanie tak niskiej ceny realizuje także przesłankę nakazującą odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w cenie zaoferowanej przez SmaliGIS. A tym samym złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie - świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia/świadczenia. Cena taka została zaoferowana przez SmaliGIS w celu eliminacji innych przedsiębiorców, tj. innych wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu.

4. Sprzeczność między treścią SIWZ a treścią oferty SmaliGIS. Bezpodstawne poprawienie błędu.

Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2013 roku poinformował SmaliGIS, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy poprawił inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Po pierwsze należy uznać za słuszne, że Zamawiający uznał, że formularz ofertowy w ofercie SmaliGIS nie jest prawidłowo wypełniony. Jednakże zamiast stwierdzić, iż są to błędy, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1) Ustawy - bezpodstawnie przystąpił do poprawienia „innych omyłek”.

Zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, że wynagrodzenie za Etap zarządczy nr 7 nie może przekroczyć 5% oferty. Warto przy tym wskazać, że tego typu ograniczenia w zakresie swobody kształtowania ceny za poszczególne elementy oferty dotyczą 3 z 9 pozycji składających się na cenę całkowitą. SmaliGIS w dwóch elementach (etap zarządczy nr 1 i etap zarządczy nr 2) zastosował się do wymagań SIWZ. Należy zatem uznać, że wymagania te były jasne i proste. Zresztą pozostali wykonawcy w całości mają oferty poprawne w tym zakresie. Jednak SmaliGIS wynagrodzenie za Etap zarządczy nr 7 wpisał w wysokości nieprawidłowej, sprzecznej z SIWZ. A zatem zachodzi tutaj sprzeczność między SIWZ a ofertą.

Zamawiający bezpodstawnie poprawił ten błąd, uznając, że zachodzi możliwość poprawy błędu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy. Odwołujący wskazuje jednak, że poprawienie tego błędu spowodowało istotne zmiany w treści oferty. Otóż w wyniku tej zmiany Zamawiający zmienił 7 pozycji stanowiących elementy składowe ceny (spośród 9 pozycji). Trudno uznać, że całkowite przemodelowanie harmonogramu płatności stanowi nieistotną zmianę oferty. Ponadto Odwołujący wskazuje, że zmiana dokonana przez Zamawiającego jest zmianą autorytarną i w żadnym stopniu nie da się jej uzasadnić treścią oferty SmaliGIS. Nie wynika bowiem z treści tej oferty, jak należy ukształtować pojedyncze elementy ceny oferty SmaliGIS, jeśli kwotę dla Etapu zarządczego nr 7 zmniejszy się tak, aby nie była sprzeczna z SIWZ. Tym samym obecnie to Zamawiający jest właściwie autorem oferty SmaliGIS w zakresie tabeli z elementami ceny. Takiej roli jednak Zamawiający nie powinien na siebie przyjmować. A taka zmiana oferty z pewnością jest zmianą istotną.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Ceny ofert złożonych w postępowaniu podano w treści odwołania, co zacytowano powyżej.

Szacunkowa wartość zamówienia, ustalona przez zamawiającego i podana w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, wynosiła 5 433 292,12 zł.

W wyjaśnieniach SmallGis z dnia 18 lipca 2013 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazano, że ustalona cena wynika m.in. z zakresu prac objętych SIWZ, a wykonawca dokonał wnikliwej analizy zakresu zamówienia i potrzebnych do jego wykonania środków. Do wyceny zamówienia zastosował stawkę godzinową, której wyliczenia oparł o średnie dane dotyczące nakładu prac pochodzących z poprzednio zrealizowanych przezeń projektów o podobnym zasięgu merytorycznym oraz obecnych stawek wynagrodzenia.

Wskazał, że posiada własną wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę, wyspecjalizowaną w wąskiej dziedzinie, jaką są aplikacje, systemy i szkolenia z zakresu GIS, co znacząco wpływa na obniżenie kosztu usług w stosunku do konkurencji. W ramach realizacji innych projektów wykonawca wykonywał już m.in. moduły obsługi rejestru EMUiA przeznaczone dla jednostek administracji samorządowej i systemy o charakterze hurtowni EMUiA dla Urzędu Marszałkowskiego, przez co zdobył odpowiednie doświadczenie pozwalające prawidłowo ocenić złożoność tematu.

Powyższe pozwoliło zaoferować ceny niższe niż ceny konkurencji, która odpowiedniego, specjalistycznego doświadczenia nie posiada. Widoczne jest to np. „w porównaniu do pozostałych złożonych ofert, gdzie większość etapów jest porównywalna do oferty Wykonawcy za wyjątkiem tych etapów, gdzie wymagana jest specjalistyczna wiedza i znajomość technologii GIS lub podział prac zadań powiązanych został inaczej zabudżetowany”.

Wykonawca wskazał, że zaoferowana cena jest ceną rynkową tj. „porównywalną z innymi cenami realizowanych na rynku zadań o podobnej złożoności i pracochłonności. Wiele projektów jest wykonywanych prawidłowo bez zagrożenia dla należytego wykonania projektu na poziomie 60-70 % zakładanego budżetu, co odzwierciedla obecne rynkowe ceny tego typu usług”. Jako przykład wykonawca wskazał dwa projekty zrealizowane za ceny odpowiadające ok. 67-68% budżetu zamawiającego, a także zadeklarował, że w toku dotychczasowej działalności wykonywał „z należytą starannością i prawidłowym rezultatem zadania o podobnej złożoności bazując na porównywalnych oszacowaniach kosztów ich realizacji”.

Wyżej wymienione wyjaśnienia objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

W piśmie SmallGis z dnia 8 sierpnia 2013 r. w części odnoszącej się do wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla Wykazu usług (pkt I pisma) wskazano, że Wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie (referencje, protokoły) są traktowane przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ze względu na fakt, iż zawierają one informacje handlowe, organizacyjne oraz techniczne, które stanowią dla wykonawcy dużą wartość gospodarczą. Według wykonawcy takie informacje to: nazwy kontrahentów, opis usług, miejsca ich realizacji, wartość, terminy wykonania oraz informacje techniczne i technologiczne. Wykonawca nie ujawnia ww. informacji do publicznej wiadomości i podejmuje odpowiednie kroki w celu utrzymania takiego stanu rzeczy. Szczególnie informacje dotyczące wykonanych zamówień mają dużą wartość i muszą być chronione przed konkurencją.

Ponadto wykonawca powołał się na orzecznictwo. Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z 13 maja 2010 r, (sygn. akt. KIO/UZP 667/10) i wyrok z 19 lipca 2010 r, (sygn. akt KIO KIO/UZP 1400/10 i 1401/10).

Wykonawca wskazał, że wszystkie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług nie są powszechnie dostępne, stanowią dokumentację wewnętrzną, niedostępną podmiotom trzecim. (szczególnie protokoły odbioru, które zawierają istotne elementy techniczne i technologiczne, stanowią przy tym dokument wewnętrzny klienta-odbiorcy i nie mogą być udostępniane na zewnątrz).

Odnosnie wykazywanych usług stanowiących zamówienia publiczne, wykonawca wskazał, iż zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa, sam fakt wykonania usługi na rzecz podmiotu publicznego realizowanej w trybie przetargu publicznego, nie powoduje, iż wykonawca nie może informacji uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa i zastrzec ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Następnie podano argumentację na poparcie ww. stanowiska.

Wyżej wymienione wyjaśnienia objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

W treści formularza ofertowego (zał. nr 2 do SIWZ) zamawiający wymagał podania rozbicia żądanej ceny ofertowej na poszczególne pozycje (etapy), zastrzegając przy tym (w tabeli cenowej), iż wartości niektórych etapów nie mogą wynosić więcej niż wskazane przez zamawiającego procentowo wielkości odnoszone do wartości ceny

ofertowej brutto, w tym wartość Etapu zarządczego nr 7 nie mogła wynosić więcej niż 5% ceny ofertowej.

Wykonawca SmallGis przy cenie ofertowej 2 827 776,59 zł., w poz.7 tabeli podał kwotę 307 500 zł (bezpośrednio nad adnotacją „nie więcej niż 5% wartości ceny ofertowej brutto).

W dniu 2 sierpnia 2013 r. zamawiający poprawił ofertę ww. wykonawcy obniżając kwotę w poz. 7 do 5% wartości ceny ofertowej oraz stosunkowo podnosząc ceny w innych pozycjach, w których żadnych wartości granicznych w SIWZ nie narzucano.

Wykonawca wyraził zgodę na powyższe.

W świetle postanowień § 14 wzoru umowy (zał. nr 8 do SIWZ) wartości podawane w ww. tabeli formularza ofertowego miały znaczenie dla określenia wielkości przepływów finansowych (płatności) oraz dla wyliczenia kar umownych (§ 16).

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący generalnie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołujący jest uczestnikiem toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego oferta nie została odrzucona, i jako taki zamówienie wciąż może uzyskać – ma więc interes w jego uzyskaniu i może ponieść szkodę.

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność przyszła i niepewna, jaką pozostaje ewentualne unieważnienie postępowania po odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej, ze względu na fakt, iż poza możliwościami zamawiającego pozostaje sfinansowanie i udzielenie zamówienia odwołującemu. Unieważnienie postępowania w tym przypadku formalnie pozostaje uznaniową decyzją zamawiającego, którą zamawiający może, ale wcale nie musi podjąć – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający może podnieść kwotę, którą przeznaczona na sfinansowanie zamówienia i postępowania nie unieważniać.

Niedopuszczalne jest więc w tym przypadku uzależnianie i warunkowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, jedynie od woli i deklaracji zamawiającego. Powyższe prowadziłyby do paradoksalnej sytuacji, w której jedynie w oparciu o procesowe stanowisko zamawiającego, którym nie jest wcale związany, o konieczności unieważnienia postępowania w wypadku, gdy wybrana przezeń oferta zostanie odrzucona, niemożliwe będzie zakwestionowanie tego wyboru w drodze środków ochrony prawnej.

Unieważnienie postępowania w związku z brakiem środków finansowych jest więc okolicznością tak samo hipotetyczną jak uzyskanie przez zamawiającego niespodziewanej dotacji, darowizny lub wygranej w grze liczbowej. I chociaż rzeczony unieważnienie jest z pewnością bardziej prawdopodobne niż wskazane wyżej przykłady nagłego zwiększenia możliwości finansowych zamawiającego, to jednak ocena interesu w uzyskaniu zamówienia, warunkująca legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, sprowadza się do zero-jedynkowej oceny możliwości uzyskania danego zamówienia dokonywanej na dany moment postępowania, a nie oceny stopnia prawdopodobieństwa powyższego (np. przez badanie wiarygodności procesowych deklaracji zamawiającego w przedmiocie ewentualnego unieważnienia postępowania i jego rzeczywistych zdolności finansowych).

Odnosząc się do zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez SmallGis i respektowanej przez zamawiającego, Izba wskazuje, że oddalono zarzuty dotyczące utajnienia wykazu usług i dokumentów z nim związanych, ze względu na brak legitymacji odwołującego do stawiania i popierania tego typu zarzutów, ocenianej w świetle art. 179 ust. 1 Pzp. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami i potwierdzoną w trakcie rozprawy pozostaje fakt, iż odwołujący we własnej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje tego samego typu. Nie mieści się więc w ramach dopuszczalnego dochodzenia własnych praw i ochrony interesów żądanie udostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez konkurentów, przy jednoczesnym korzystaniu z tego typu ochrony w stosunku do takich informacji własnych.

Natomiast w odniesieniu do utajnienia treści pism zamawiającego kierowanych do wykonawców, Izba wskazuje, iż w zakresie argumentacji zmierzającej do wykazania,

iż pisma zamawiającego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiającego, odwołujący popełnia błąd przesunięcia kategoryjnego albo zwykłą ekwiwokację. To nie pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale ich treść, a treść w nich zawarta stanowi powtórzenie informacji zawartych w załącznikach do oferty przestępującego, których pisma dotyczą. Tym samym ochronie w tym przypadku podlega, nie żadna „tajemnica zamawiającego”, ale informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, przez wykonawcę tego zastrzeżone. Ponadto, jak słusznie podniósł zamawiający, prawidłowych, tj. zrozumiałych dla wykonawcy, wezwań do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, bez powtarzania i odnoszenia się do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, częstokroć sformułować nie sposób.

Na marginesie Izba zaznacza, iż za błędny uznaje wyrażany przez zamawiającego i przystępującego pogląd, jakoby tajemnicą przedsiębiorstwa objęte być mogły informacje zazwyczaj podawane w wykazach usług, a dotyczące umów z podmiotami publicznymi (umowy w sprawie zamówień publicznych). Informacje dotyczące tego typu zamówień (przynajmniej w zakresie podawanym w wykazach umów) są jawne, powszechnie dostępne i powszechnie znane, a powyższego nie może zmienić, iż z jakichś względów, wbrew prawu i faktom, dany przedsiębiorca uważa je za tajemnicę swojego przedsiębiorstwa i we własnym zakresie zamierza obejmować je „ochroną”.

Uwzględniono natomiast zarzuty odwołującego względem wyjaśnień wybranego wykonawcy w przedmiocie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm) 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.

Żadnych tego typu informacji w treści ww. pism nie zawarto. Nie posiadają żadnego znaczenia technicznego, technologicznego, organizacyjnego, ani nie posiadają innej wartości gospodarczej, dywagacje wykonawcy na temat dlaczego inne informacje (w treści pisma bynajmniej konkretnie nie opisywane i nie przytaczane) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie posiadają również takiego znaczenia ogólnikowe

informacje i deklaracje, że wykonawca rzetelnie i adekwatnie wycenił całość przedmiotu zamówienia, co było możliwe dzięki jego szerokiemu ale specyficznemu doświadczeniu i wąskiej specjalizacji w dziedzinie, którą przedmiot zamówienia jest objęty.

Izba uwzględniła zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty zawierającej cenę rażąco niską.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. 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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar

udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izłą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia wystąpienia ceny rażąco niskiej sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązku obligatoryjnego zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia ceny rażąco niskiej. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać za cenę niższą niż cena rynkowa. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.*

Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, ustawodawca przyjął następującą konstrukcję zapobiegania przyjmowania ofert z ceną rażąco niską:

Oferty tego typu odrzucane są na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepis jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże powyższe nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 Pzp), w ramach których wykaże np., że zaoferowana przezeń cena albo w ogóle nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, albo zniżenie takie jest uzasadnione obiektywnymi względami, np. takimi jak wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp.

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest więc nic innego jak zaistnienie podejrzenia wystąpienia okoliczności opisanych w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy do ich przedstawienia (obowiązek ten sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień – braku wyjaśnień dotyczących ceny w ogóle, a nie wyjaśnień lakonicznych czy niesatysfakcjonujących zamawiającego).

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu, w tym przypadku w odniesieniu do wykazania, iż cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Wyżej opisany rozkład ciężaru dowodu może w przypadku ceny rażąco niskiej ulec odwróceniu, jedynie w wypadku powstania domniemania faktycznego, że określone okoliczności powstały (a więc uprawnionego wnioskowania o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych).

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, okolicznościami, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, i przede wszystkim różnicami pomiędzy ceną wykonawcy, a nawet fragmentarycznymi informacjami o realnych rynkowych kosztach (cenach) wykonania danych elementów zamówienia... *etc.*

Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny. Wyjaśnienia tego typu w zestawieniu z innymi „poszlakami” wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przy czym jeszcze raz podkreślić należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego z jakichś względów wątpliwości (podejrzeń) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena, bez żadnego postępowania wyjaśniającego, wydaje się horrendalnie zawyżona, również powstawałoby – *contra factum* – domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska.

Natomiast, jak już wskazano, idealnym i pełnym wykazaniem powstania ceny zaniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, również może polegać na tym samym. Mianowicie, wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej lub jej braku, w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych przy danym zamówieniu, nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w

stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na stronę, która wystąpieniu ceny rażąco niskiej przeczy.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość okoliczności faktycznych sprawy, stwierdziła, iż domniemanie faktyczne wystąpienia ceny rażąco niskiej w tym przypadku wystąpiło oraz nie zostało skutecznie przez zamawiającego lub przystępującego podważone. Z tego względu należało orzec o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać tu na porównanie ceny oferty SmallGis z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu (przeprowadzone w odwołaniu) oraz porównanie ceny ofertowej z szacunkową wartością zamówienia (biorąc pod uwagę, iż szacunkowa wartość zamówienia jest opisana kwotą netto jest to różnica prawie dwukrotna). Oczywiście tego typu informacje same w sobie nie przesądzają charakteru ceny (ceny innych ofert mogą być zawyżone, a szacunkowa wartość zamówienia ustalona bez należytej staranności), to jednak są okolicznościami w znacznym stopniu uprawdopodobniającymi jej zaniżenie w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a w zestawieniu z innymi okolicznościami, które zaistniały w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia i postępowania odwoławczego, przesądziły o powstaniu domniemania w tym przedmiocie.

W szczególności należy wskazać tu na wyjaśnienia SmallGIS w przedmiocie ceny rażąco niskiej, które ze względu na swoją lakoniczność i ogólność, potwierdziły jedynie niewiarygodność deklaracji wykonawcy o rzetelności jego kalkulacji cenowej i objęcia nią całości przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza o zaistnieniu obiektywnych czynników i ich znaczenia, które pozwoliły na obniżenie ceny w stosunku do wartości danego przedmiotu zamówienia.

Przy czym Izba zastrzega, że ww. wyjaśnienia spełniały wszystkie formalne wymagania, co do ich przedłożenia – zostały przedstawione w zakreślonym terminie i dotyczyły (co prawda na najwyższym stopniu ogólności) „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. W związku z powyższym nie było możliwe uznanie, iż w ogóle nie zostały złożone. Również z faktów w nich podanych i powołanych, bezpośrednio nie wynikało potwierdzenie, że cena ofertowa jest rażąco niska. Tym samym nie był możliwe odrzucenie oferty w związku z tego typu wyjaśnieniami na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Natomiast jakość tego typu wyjaśnień wystarczyła do umocnienia podstaw domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wybrany wykonawca w swoich wyjaśnieniach – poza ogólnikowymi twierdzeniami o objęciu kalkulacją cenową całości przedmiotu zamówienia oraz możliwości skalkulowania ceny na niskim poziomie ze względu na swoje doświadczenie i specyficzne kwalifikacje adekwatne do przedmiotu zamówienia – nie podał żadnych konkretnych danych, które potwierdzałyby, a nawet pozwoliły ocenić wiarygodność ww. deklaracji. W szczególności nie podał, jakie główne elementy cenotwórcze uznaje za składające się na dany przedmiot zamówienia i jak konkretnie te poszczególne elementy wycenił (jaki nakład pracy, sprzętu oraz innych zasobów przyjął za niezbędny do ich wykonania oraz na jakim poziomie powyższe wycenił). Nie jest wykluczone, iż wykonawca byłby w stanie wykonać zamówienie przy skalkulowanym przez siebie nakładzie sił i środków oraz kosztów, które poniesie na ich wykorzystanie, jednakże w swoich wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w ogóle informacji pozwalających ocenić powyższe nie pokazał, a przed Izbą również niczego konkretnego w tym zakresie nie przedstawił, a tym bardziej niczego w tym przedmiocie nie udowodnił. W szczególności z wyjaśnień SmallGis nie wynika nawet o ile deklarowane specjalne doświadczenie i wykwalifikowanie kadry pozwoliły obniżyć jego wynagrodzenie w stosunku do konkretnych elementów zamówienia, zwłaszcza o tak znaczne kwoty jakie wynikają z porównania z innymi markerami wartości przedmiotu zamówienia (cenami innych ofert oraz szacunkową wartością zamówienia). Na marginesie można dodać, iż niektóre informacje podawane przez odwołującego w wyjaśnieniach, nie tylko nie nadawały się do ocenienia w zakresie ich skutków oraz stopnia przełożenia na konkretne wartości poszczególnych elementów oferty, ale same w sobie budziły istotne wątpliwości. Np. wykonawca twierdził, iż znaczne koszty u innych wykonawców generuje brak własnego potencjału i posługiwanie się potencjałem podmiotów trzecich, gdy jednocześnie sam wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału innych podmiotów (w tym w zakresie kluczowego personelu).

Izba bynajmniej nie wskazuje, iż wyjaśnienia wykonawcy składane zamawiającemu winny być obligatoryjnie poparte obiektywnymi dowodami, co do twierdzeń w nich zawartych, albo odnosić się miały do wszystkich, nawet najdrobniejszych, generujących koszty, elementów składających się na dany przedmiot zamówienia. Muszą jednak spełniać minimalne postulaty konkretności i rzeczowości odniesienia się do głównych elementów składających się na cenę danej oferty – tak aby możliwa była przynajmniej ocena ich kompletności i wiarygodności. Natomiast znaczenie dowodzenia własnych twierdzeń w postępowaniu odwoławczym omówiono powyżej.

Przystępujący nie podał informacji i danych pozwalających stwierdzić czy możliwe było w jego przypadku zastane obniżenie ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Nie wykazał również, że żadne obniżenie nie miało w tym przypadku miejsca, gdyż poziom cenowy jego oferty odpowiada wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. Powoływanie się na inne zamówienia publiczne realizowane w odniesieniu do „podobnych” przedmiotów zamówienia nie ma właściwie żadnej wartości dowodowej. Tego typu ogólne wykazywanie wartości rynkowej przedmiotu zamówienia ma sens jedynie w przypadku najprostszycy dostaw i usług lub w przypadku gdy prowadzone jest w sposób umożliwiający dokładne porównanie danych zakresów zamówień. Samo wskazanie, iż inne skomplikowane zamówienie informatyczne o bliżej nieznanym przedmiocie i zakresie, zostało wycenione na podobnym poziomie lub wykonane za cenę niższą od szacunkowej wartości zamówienia, nie daje obrazu rzeczywistej wartości rynkowej danego przedmiotu zamówienia. W przypadku złożonych zamówień ze specyficznym i ściśle określonym zakresem czynności składających się na ich przedmiot, ich rynkową wartość należy wykazać przez wykazanie cen poszczególnych, bardziej jednorodnych i dających się odnieść do kosztów rynkowych, elementów cenotwórczych. Z tego względu dowody przedstawione w załączeniu do pisma procesowego przystępującego, a odnoszące się do innych „podobnych” przetargów uznano za niewystarczające dla wykazania wartości rynkowej przedmiotowego zamówienia.

Natomiast całokształtu okoliczności składających się na domniemanie wystąpienia ceny rażąco niskiej dopełniły dowody przedstawione przez odwołującego.

Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów kalkulację cenową etapów 6, 7 i 8 zamówienia, zawartą w piśmie procesowym odwołującego, wraz z załącznikami do tego pisma (ofertami hoteli Diament i Moderno oraz raport „Wynagrodzenia w branży IT w roku 2012”) uznając przedstawiony tam zakres prac i nakładów za odpowiadający przedmiotowi zamówienia (czemu przeciwnicy procesowi odwołującego nie przeczyli), a założony i przedstawiony poziom cen rynkowych tych nakładów za wiarygodny.

Wartość dowodową powyższych zestawień ograniczał jedynie fakt braku punktu odniesienia dla zaprezentowanych wyliczeń cen rynkowych, tj. brak pewności na ile w rzeczywistości wykonanie ww. etapów wybrany wykonawca wycenił, ze względu na charakter danych podawanych w tabeli cenowej na str. 2 oferty, dotyczących jedynie wielkości płatności i przepływów finansowych, a nie realnej wyceny poszczególnych elementów cenotwórczych zamówienia (zresztą pozycji przez

zamawiającego w ofercie poprawianych). Przy braku przedstawienia wyliczeń powiniących nakładów i ich wartości rynkowej w odniesieniu do pozostałych części zamówienia, nie jest możliwe ocenienie czy zaniżone koszty etapów 6, 7 i 8 nie mogą być skompensowane i pokryte w wynagrodzeniu przypadającym na inne etapy (przy cenie obejmującej całość wynagrodzenia). Jednakże wyliczenia odwołującego referujące do wyceny poszczególnych etapów nie mogą być również uznane za pozbawione znaczenia i oderwane od wyceny dokonywanej w tabeli ofertowej SmallGis – sam wykonawca w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny powoływał się na wycenę poszczególnych etapów i celem porównania z ofertami konkurentów przypisywał im realną wartość odzwierciedlającą jego możliwości w odniesieniu do danego wycinka przedmiotu zamówienia. Dowody przedstawione przez odwołującego uznano więc, aż za nadto wystarczające do wzmocnienia podstaw faktycznych domniemania o rażąco zaniżonym poziomie całości ceny przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy uznano w tym przypadku za wtórny do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Poza tym wszystkich przesłanek wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący nie wykazał.

Oddalono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba w tym przedmiocie uznała, że poprawienie oferty SmallGis wyczerpuje przesłanki tego typu czynności opisane w ww. przepisie, tj. dotyczyło innej niż oczywista omyłka pisarska lub omyłka rachunkowa, omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ i nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający w ramach dokonanej korekty dostosował wskazane w ofercie poziomy płatności do wymagań SIWZ w tym zakresie. Cena oferty nie uległa przy tym zmianie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).