

Sygn. akt: KIO 1064/18

WYROK
z dnia 26 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komiń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 14 i 21 czerwca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) TPF Getinsa Eurostudios 5L z siedzibą w Madrycie, Hiszpania

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie

przy udziale wykonawcy Sweco Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) TPF Getinsa Eurostudios 5L z siedzibą w Madrycie, Hiszpania i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) TPF Getinsa Eurostudios 5L z siedzibą w Madrycie, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) TPF Getinsa Eurostudios 5L z siedzibą w Madrycie, Hiszpaniana rzecz Zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Pełnienie funkcji inżyniera Kontraktu dla inwestycji pn. „Modernizacja toru wodnego Świnoujście - Szczecin do głębokości 12,5m” wraz z wykonaniem Nadzoru i Monitoringu Przyrodniczego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2017 roku pod numerem 2017/S 232-483793.

28 maja 2018 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Sweco Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Sweco”), pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu;
- 2) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Sweco jako tajemnicy przedsiębiorstwa:
 - a) części oferty wskazującej doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 1 - Kierownika Personelu Inżyniera - Inżyniera Rezydenta zgodnie z wymaganiami SIWZ - według wskazania Sweco „strony od 27 do 27”,
 - b) części oferty wskazującej doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 1 - Zastępcy Kierownika Personelu inżyniera - Zastępcy Inżyniera Rezydenta zgodnie z wymaganiami SIWZ - według wskazania Sweco „strony od 28 do 28”,
 - c) Oświadczeń o udostępnieniu zasobów podmiotów trzecich (podwykonawców), na zasobach których polega wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz Formularzy JEDZ dotyczących w/w podmiotów trzecich wraz z pełnomocnictwami,
 - d) Załącznik nr 5 do SIWZ - „Wykaz osób”,

- e) Wykaz sprzętu dostępnego wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami,
- f) Wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,
- g) dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Sweco w kryteriach pozacenowych - Doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 1 - Kierownika Personelu Inżyniera - Inżyniera Rezydenta oraz Doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 2 - Zastępcy Kierownika Personelu Inżyniera - Zastępcy Inżyniera Rezydenta,

pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- 3) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Odwołującego w kryterium pozacenowym Doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 2 - Zastępcy Kierownika Personelu Inżyniera - Zastępcy Inżyniera Rezydenta,

z ostrożności procesowej:

- 4) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sweco, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Sweco nie złożył odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 5) niezgodnej z przepisami Ustawy oceny wyjaśnień złożonych przez Sweco w trybie art. 90 ustawy,
- 6) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy Sweco z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał warunków podmiotów udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodną z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Sweco jako oferty najkorzystniejszej i naruszenie:

- przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez Sweco, części ofert oraz wskazanych elementów dokumentacji

postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu),

z ostrożności procesowej

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Sweco wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Sweco, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Sweco nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy;
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sweco z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ, odrzucenia oferty Sweco, wykluczenia wykonawcy Sweco oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może

dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący następująco uzasadnia:

1. Zarzut zaniechania odtajnienia części oferty Sweco oraz części dokumentacji postępowania.

Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 UoZNK, tj. wykazania, że dana informacja:

- 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.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacjami organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą.

Oдноśnie 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. W szczególności przesłanka ta wyłącza 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 lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach.

Oдноśnie 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 szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach.

Odwołującemu udostępniono uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego dokonane przez Sweco zastrzeżenie jawności części oferty oraz złożonych wyjaśnień było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek 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. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez Sweco spełnienia się w/w przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez Sweco.

Dokument „Informacja o tajemnicy przedsiębiorstwa” - strony 19-26 oferty

Zdaniem Odwołującego wykonawca Sweco w dokumencie „Informacja o tajemnicy przedsiębiorstwa” w ogóle nie wykazał spełnienia w/w przesłanek, w tym nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości. Odwołujący wskazał, że konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2784/14. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz - a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro Sweco nie wykazał w uzasadnieniu tej niezbędnej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty.

Ponadto w przedmiotowym uzasadnieniu Sweco nie wykazał też, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Skuteczne wykazanie musi bowiem zawierać zarówno wskazanie tych kroków, jak i przedłożenie dowodów, np. kopie umów zawierających odpowiednie klauzule o poufności, itp. Odwołujący podniósł, że załączenie dowodów jest niezbędne - na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17.

Uzasadnienie tajemnicy w wyjaśnieniach

Sweco w prowadzonej z Zamawiającym korespondencji zawarło następujące uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

- 1) z dnia 15 marca 2018 roku, znak GP/SZ/O/MC/08/2018

- „Na wstępie wskazujemy, iż Oświadczenia podmiotów trzecich, na których zasobach polega wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z wszystkimi dokumentami dotyczącymi tych podmiotów zostały przez nas skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie składania oferty. W związku z tym zwracamy się z prośbą o potwierdzenie i zapewnienie, że w przypadku udostępniania dokumentacji postępowania stronom trzecim, informacje znajdujące się w ww. wezwaniu, a także niniejszej odpowiedzi, dotyczące podmiotów trzecich i udostępnionych przez nich zasobów zostaną przez Zamawiającego przekazane w sposób umożliwiający utrzymanie informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, np. poprzez zaczernienie nazw własnych oraz wszelkich informacji o podmiotach, których dotyczy wezwanie."
- „W tym miejscu wskazujemy, iż informacje dotyczące osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia zostały przez nas skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie składania oferty, dlatego nie mogą być udostępniane stronom trzecim."
- „Ponadto, mając na uwadze, że wszystkie narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzeń technicznych w zakresie opisanym w rozdziale V ust. 3 pkt 3 litera c) są sprzętami, którymi wykonawca dysponuje na podstawie użyczenia przez podmioty trzecie, które będą brały udział w realizacji zamówienia oraz, że wszystkie informacje dotyczące podmiotów trzecich zostały przez nas skutecznie zastrzeżone na etapie składania oferty -wskazujemy, iż informacje zawarte w części IV sekcja C punkt 3) JEDZ w zakresie opisanym w rozdziale V ust. 3 pkt 3 litera c) nie mogą być udostępniane stronom trzecim, bowiem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prawnie chronioną, którą zastrzegł wykonawca w dacie składania oferty."
- „Wskazujemy, iż wszystkie informacje dotyczące podmiotów trzecich zostały przez nas skutecznie zastrzeżone na etapie składania oferty, dlatego pełnomocnictwa dotyczące tych podmiotów, zawierające konkretne dane na ich temat, nie mogą być udostępniane stronom trzecim."
- „Wskazujemy, iż wszystkie informacje dotyczące podmiotów trzecich zostały przez nas skutecznie zastrzeżone na etapie składania oferty, dlatego mając na uwadze, że w treści pełnomocnictwa znajdują się konkretne informacje dotyczące tych podmiotów - nie może być ono udostępniane stronom trzecim."
- „Zgodnie z zastrzeżeniem znajdującym się w ofercie wykonawcy, poniżej zbiorczo podaję dane i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, które nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim:

- informacje na temat personelu Wykonawcy w zakresie opisanym w rozdziale V ust. 3 pkt 3 litera b) zawarte się w części IV sekcja C punkt 2) formularza JEDZ wykonawcy Sweco oraz w przypadku zastosowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - w wykazie osób,
- informacje na temat narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych w zakresie opisanym w rozdziale V ust. 3 pkt 3 litera c) zawarte w części IV sekcja C punkt 9) JEDZ wykonawcy Sweco oraz w przypadku zastosowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - w wykazie sprzętu,
- wszystkie informacje dotyczące podmiotów trzecich, na zasobach których polega Sweco:
- formularze JEDZ;
- informacje, tj. firmy, imiona i nazwiska oraz adresy, czy dane identyfikujące podmioty trzecie udostępniające zasoby.
- oświadczenia o udostępnieniu zasobów;
- pełnomocnictwa dotyczące tych podmiotów, zawierające konkretne dane na ich temat;
- wszystkie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe przedkładane w przypadku zastosowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp."

1) z dnia 4 kwietnia 2018 roku, znak GP/SZ/0/MC/10/2018

„Na wstępie przypominamy, iż Oświadczenia podmiotów trzecich, na których zasobach polega wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z wszystkimi dokumentami dotyczącymi tych podmiotów zostały przez nas skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie składania oferty. W związku z tym zwracamy się z prośbą o potwierdzenie i zapewnienie, że w przypadku udostępniania dokumentacji postępowania stronom trzecim, informacje znajdujące się w ww. wezwaniu, a także niniejszej odpowiedzi, dotyczące podmiotów trzecich i udostępnionych przez nich zasobów zostaną przez Zamawiającego przekazane w sposób umożliwiający utrzymanie informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, np. poprzez zaczernienie nazw własnych oraz wszelkich informacji o podmiotach, których dotyczy wezwanie."

2) z dnia 27 kwietnia 2018 roku, znak GP/SZ/0/MC/13/2018

- „W tym miejscu podkreślamy, iż w złożonej ofercie (strony 23-30) wskazaliśmy, iż w przypadku zastosowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art 26 ust. 1 Ustawy Pzp, m.in. Informacje zawarte w Wykazie osób stanowią będa TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 marca 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 z póź. zm.).

W związku z tym przekazujemy je w oddzielnej, odpowiednio oznaczonej kopercie i oświadczamy, iż naszą wolą jest, aby informacje zawarte w ww. załączniku pozostały nadal zastrzeżone i to zastrzeżenie musi być przez Zamawiającego respektowane.

Ponadto, mając na uwadze, że wszystkie narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzeń technicznych w zakresie opisanym w rozdziale V ust. 3 pkt 3 litera c) są sprzętami, którymi wykonawca dysponuje na podstawie użyczenia przez podmioty trzecie, które będą brały udział w realizacji zamówienia oraz, że wszystkie informacje dotyczące podmiotów trzecich zostały przez nas skutecznie zastrzeżone na etapie składania oferty - wskazujemy, iż informacje zawarte w Wykazie sprzętu, będące bezpośrednio związane z informacjami zawartymi w części IV sekcja C punkt 3) JEDZ w zakresie opisanym w rozdziale V ust. 3 pkt 3 litera c) nie mogą być udostępniane stronom trzecim, bowiem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prawnie chronioną, którą zastrzegł wykonawca w dacie składania oferty."

- „Przypominamy, iż Oświadczenia podmiotów trzecich, na których zasobach polega wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z wszystkimi dokumentami dotyczącymi tych podmiotów zostały przez nas skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie składania oferty. W związku z tym zwracamy się z prośbą o potwierdzenie i zapewnienie, że w przypadku udostępniania dokumentacji postępowania stronom trzecim, informacje znajdujące się w ww. wezwaniu, a także niniejszej odpowiedzi, dotyczące podmiotów trzecich i udostępnionych przez nich zasobów zostaną przez Zamawiającego przekazane w sposób umożliwiający utrzymanie informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, np. poprzez zaczernienie nazw własnych oraz wszelkich informacji o podmiotach, których dotyczy wezwanie."

4) z dnia 14 maja 2018 roku, znak GP/SZ/0/MC/14/2018

„Przypominamy, iż Oświadczenia podmiotów trzecich, na których zasobach polega wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z wszystkimi dokumentami dotyczącymi tych podmiotów zostały przez nas skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie składania oferty".

Odwołujący podniósł, że z powyższego wynika zatem, iż celem wykonawcy Sweco jest wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom dostępu do złożonych przez Sweco dokumentów. Z żadnego fragmentu w/w korespondencji nie wynika, iż zostały spełnione przesłanki prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co więcej - Zamawiający udostępnił samą treść pism Sweco oraz swoich wezwań - a zatem nie uznał, aby w tym zakresie w pismach były zawarte jakiegokolwiek informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Zamawiający nie udostępnił załączników do w/w pism. Wskazuje to na brak konsekwencji w zachowaniu Zamawiającego. Z jednej strony udostępnia same pisma, zawierające w swej treści informacje zastrzeżone, z drugiej - nie udostępnia załączników do pism.

Uzasadnienie tajemnicy w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny

Odwołujący zauważa, iż w wyjaśnieniach z dnia 16 lutego 2018r, sformułowane przez Sweco uzasadnienie utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie spełnia wymagań wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy oraz ugruntowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, natomiast charakteryzuje się dużą dozą ogólności.

Uzasadnienie wskazuje jedynie na wypełnienie wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust 4 UOZNK oraz powołuje się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 791/16 oraz KIO 484/17.

Sweco samo podaje przesłanki zastrzeżenia, podkreślając, iż niniejsze pismo w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawiera:

- *„uszczegółowienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym m. in. dokładne wyartykułowanie i opisanie danych wchodzących i wychodzących z systemów informatycznych, jak również poprzez wskazanie w piśmie miejsc przenikania tych systemów, oraz z uwagi na fakt, iż dwa spośród opisywanych systemów to autorskie rozwiązania własne - prawnie chronione;*
- *informacje o firmach (nazwach firm) podmiotów trzecich i sposobie użyczenia zasobów podmiotów trzecich, na zdolnościach których wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wraz z ofertami tych podmiotów, z których wynika m.in. koszt usług zleconych do podwykonania oraz sposób realizacji umowy w przypadku pozyskania zamówienia;*
- *wolę podmiotów trzecich, na zdolnościach których polega wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby wszelkie informacje ich dotyczące pozostały zastrzeżone (co jednoznacznie wynika z oświadczeń, które przedkładany wraz z niniejszym pismem);*
- *wolę podmiotów wyrażoną wyżej odnoszącą się również wprost do wysokości wynagrodzeń wypłaconym osobom, które dany podmiot trzeci „użycza” Wykonawcy Sweco.*

Nasze zastrzeżenie j.w musi być respektowane."

Odwołują argumentował, że już przedmiotowe wyjaśnienie nie są zgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący po zapoznaniu się z dokumentacją z przedmiotowego postępowania, jest w posiadaniu wiedzy o co najmniej 3 z 4 wskazanych punktów. Odwołujący zna wszystkie podmioty trzecie, na zasoby których powołuje się Sweco, elementy które będzie wykonywały oraz stanowiska udostępnionego personelu, co już we wskazanym przypadku eliminuje zarówno charakter gospodarczy informacji oraz jej wartość, jak i przesłankę braku dostępu do informacji przez osoby trzecie.

Zgodnie z powyższym, nie można mówić o wypełnieniu 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. W szczególności przesłanka ta wyłącza 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 lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach.

Ponadto w przedmiotowym uzasadnieniu Sweco nie wykazało też, że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji, skoro przedmiotowa informacja już jest ujawnioną do wiadomości publicznej. Tymczasem wykazanie takich okoliczności oraz załączenie dowodów jest niezbędne na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 864/17 i 872/17.

Odnosząc się do poszczególnych dokumentów, których nie udostępniono Odwołującemu – Odwołujący podniósł:

„Wykazy doświadczenia osób”- według terminologii Sweco

Informacje zawarte w w/w załącznikach wcale nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Sweco wskazał, iż informacje w tych wykazach „*mają charakter techniczny i organizacyjny dla Wykonawcy oraz posiadają wartość gospodarczą*”.

Odnosnie zaś informacji zawartych w Załączniku nr 1 do Formularza oferty Sweco wskazało, że przyczyną objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest fakt, że mają „*wartość wymierną polegającą na ilości punktów przyznanych Wykonawcy*”. Żadnego innego uzasadnienia w ofercie nie zawarto.

Sweco nie wykazał żadnej wartości gospodarczej informacji zawartych w tych dokumentach, podczas gdy, właśnie wartość gospodarcza jest niezbędnym elementem - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17.

Nie wykazano również, aby zastrzegane informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla w/w wykonawców. Treść wykazów jest bowiem determinowana przez treść SIWZ - SIWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazach. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 marca 2017 roku, KIO 385/17.

Co więcej - informacje zawarte w tych dokumentach staną się jawne po podpisaniu umowy. Zatem Sweco zdaje sobie sprawę, że nie będą one niedostępne po zawarciu umowy. Samo Sweco wskazuje na to w uzasadnieniu i nie jest to sporne. A zatem zastrzeżenie jawności informacji na etapie badania i oceny ofert, podczas gdy będą one jawne po zawarciu umowy, stanowi oczywiście naruszenie zasady jawności. Celem Sweco było wyłącznie uniemożliwienie konkurentom zapoznania się z treścią oferty.

Odwołujący wskazał również, że analogiczna kwestia skuteczności zastrzeżenia wykazów osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Sweco był już przedmiotem badania przez Izbę - i Izba wskazała, że Sweco dokonało tego zastrzeżenia z naruszeniem przepisów prawa. Tak w wyroku z dnia 24 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2087/17. Istotnym jest też fakt, że treść uzasadnienia zastrzeżenia jawności informacji podawana przez Sweco w obu sprawach była analogiczna. Tym samym żądanie udostępnienia informacji zawartych w przedmiotowych Załącznikach jest zasadne.

Wykaz sprzętu dostępnego wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - wg zał. 6 do SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że informacje zawarte w w/w załączniku nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Sweco w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa załączonym do oferty wskazał, iż wykaz sprzętu nie może być udostępniony - z uwagi na jego wartość gospodarczą, która jest udostępniony sprzęt (str. 22 oferty). Dodatkowo wskazał, iż informacje te mogą stać się jawne w przyszłości, podczas realizacji zamówienia publicznego. Brak także jest uzasadnienia nieujawnienia tychże informacji do wiadomości publicznej oraz brak jest dowodów na kroki podejmowane przez Sweco w celu zachowania w poufności tychże danych.

Zastrzeżenie wykazu sprzętu jest o tyle nieuzasadnione, iż Zamawiający w SIWZ w Rozdziale V, pkt. 3 c) wskazał, jakim konkretnie sprzętem ma dysponować wykonawca:

- *jednostką pływającą kontrolno-inspekcyjną posiadającą co najmniej klasę lodową (umożliwiającą samodzielną żeglugę w pokrytych lodem krę strefach przybrzeżnych i pozwalającą na jednoczesny transport pracowników Zamawiającego w liczbie co*

najmniej trzech oraz Personelu inżyniera w liczbie pozwalającej na należyte wykonanie zleconych Usług), dysponującą systemem hydrograficznym w oparciu o echosondę wielowiązkową i system RTK,

- bazą nurkową, tj. jednostką pływającą z własnym napędem, spełniającą warunki bezpieczeństwa dla ekipy nurkowej określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 19 maja 2004 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu prac podwodnych (Dz. U. Nr 116, poz. 1210),*
- tachimetrem elektronicznym,*
- niwelatorem cyfrowym,*
- zestawem pomiarowym RTK,*
- systemem komputerowym wraz z oprogramowaniem umożliwiającym wydruki w zakresie: obliczeń geodezyjnych i tworzenia map numerycznych, opracowywania pomiarów satelitarnych, przeliczania współrzędnych między układami stosowanymi w pomiarach wykonywanych przy projektowaniu i realizacji inwestycji - to jest: 2000, UTM/GRS'80 i WGS'84 (UTM strefa 33 N)."*

Zamawiający wymagał podania w załączniku nr 6 do SIWZ - wykazu sprzętu (nazwa) i podstawy dysponowania. Trudno w tych danych dopatrzeć się elementów tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam wykaz sprzętu jest jedynie powtórzeniem treści SIWZ, a zatem nie zawiera żadnych innych informacji, które nie byłyby jawne i powszechnie dostępne.

Z kolei Zamawiający udostępnił Odwołującemu pełną listę podmiotów używających Sweco w/w sprzęt. Zatem przedmiotowa lista nie zawiera żadnych informacji, które nie byłyby jawne i dostępne. Sweco *de facto* w formularzu wykaz sprzętu był zobowiązany do zamieszczenia informacji czy dysponuje, czy też będzie dysponował danym sprzętem. Z informacji umieszczonych w ofercie Sweco w zakresie podwykonawstwa - wiadomo, iż cały wymagany sprzęt będzie Sweco udostępniony przez firmy trzecie, których nazwy zostały przez Zamawiającego udostępnione. Zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia przedmiotowej listy jest całkowicie nieuzasadnione.

Jak wynika z treści uzasadnienia w ofercie Sweco nie wykazało żadnej wartości gospodarczej informacji zawartych w przedmiotowym wykazie, podczas gdy, właśnie wartość gospodarcza jest niezbędnym elementem - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17. Nie wykazano również, aby zastrzegane informacje, w tym wymagany przez postanowienia SIWZ wykaz sprzętu miał charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że dobór sprzętu stanowi know-how wykonawcy. Zamawiający nie pozostawił wykonawcy swobody w konfigurowaniu, dobieraniu sprzętu. Konkretny wymagany sprzęt jest wskazany w SIWZ. Zatem przedmiotowy wykaz nie zawiera treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie

dla Sweco. Treść wykazu jest bowiem determinowana przez treść SIWZ - SIWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się w nim znaleźć. Tym samym żądanie udostępnienia informacji zawartych w Załączniku nr 6 jest zasadne.

Oświadczenia o udostępnieniu zasobów podmiotów trzecich (podwykonawców), na zasobach których potęga wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz Formularze JEDZ dotyczące w/w podmiotów trzecich wraz z pełnomocnictwami i wszystkimi dokumentami podmiotowymi dotyczącymi w/w podmiotów trzecich,

W dniu 22 maja 2018 roku Zamawiający udostępnił Odwołującemu:

- 1) wezwanie z dnia 6 marca 2018 roku, w którym wskazano, iż Sweco korzysta z zasobów następujących firm:
w tym miejscu odwołania podano nazwy poszczególnych pięciu firm;
- 2) Pismo Sweco z 15.03.2018r., z którego wynika, że wykonawca w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu korzysta z zasobów podwykonawców, firm wskazanych w pkt 1 lit a;
- 3) Pismo Zamawiającego z dnia 29.03.2018r., w którym wskazano, iż Sweco korzysta z zasobów następujących firm:
w tym miejscu odwołania podano nazwy poszczególnych dwóch firm;
- 4) Pismo Sweco z 04.04.2018r., z którego wynika, że wykonawca w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu korzysta z zasobów podwykonawców, firm wskazanych w pkt 3 lit a -b.

Odwołujący wskazał, że informacje o podmiotach, z których zasobów Sweco nie są co najmniej od dnia 22 maja 2018 roku tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż są one powszechnie dostępne, w tym są znane Odwołującemu.

Wobec faktu, że powszechnie znane jest już, z kim Sweco ma zamiar współpracować przy realizacji przedmiotu zamówienia oraz na czyich zasobach opiera wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - kolejnym krokiem Zamawiającego powinno być udostępnienie dokumentów dotyczących w/w podmiotów, tj. zarówno dokumentów JEDZ, jak i oświadczeń o udostępnieniu zasobów. Podkreślić należy, że w dokumencie JEDZ poza nazwą podmiotu udostępniającego zasoby nie znajdują się żadne informacje mogące spełniać przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym żądanie odwołania jest zasadne.

Z kolei zastrzeżenie całości oświadczeń o udostępnienie zasobów stanowi oczywiste naruszenie prawa. Jak już wskazywano zastrzec można informacje, a nie całe dokumenty. Tymczasem Sweco zastrzegło całe dokumenty, zaś Zamawiający bezkrytycznie, nie

analizując zasadności zastrzeżenia, uznał to zastrzeżenie za skuteczne. Tymczasem nie jest możliwe, aby całe oświadczenie zawierało wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Sweco nie wykazało w uzasadnieniu, że dokument zawiera wyłącznie tamie informacje. Wręcz przeciwnie - argumentacja Sweco de facto ogranicza się twierdzeń, że wolą Sweco i w/w podmiotów jest, aby fakt współpracy nie był jawny i znany powszechnie. Tymczasem - jak już wskazano - fakt tej współpracy jest już obecnie jawny. Zatem cała argumentacja podana przez Sweco stała się bezprzedmiotowa, zaś innej argumentacji w uzasadnieniu Sweco nie wskazało. Także zatem w tym zakresie żądanie odwołania jest zasadne.

Wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust 1 ustawy

Odwołującemu nie udostępniono istotnej części wyjaśnień złożonych przez Sweco w trybie art. 90 ustawy, a jedynie wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie wystosowane przez Zamawiającego oraz jawną część wyjaśnień - uzasadnienie zastrzeżenia jawności dokumentu.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowe uzasadnienie nie wykazuje ziszczenia się wszystkich trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem sama merytoryczna treść wyjaśnień nie mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazać należy, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Wskazać tutaj należy na cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne. Takie części pism zawsze powinny być udostępnione.

Odwołujący wskazuje też, że według niego Sweco nie wykazał też, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą czy też, że są informacjami organizacyjnymi jego przedsiębiorstwa. Opierając się na doświadczeniu wynikającym z dotychczas składanych przez Sweco wyjaśnień można stwierdzić, że przedmiotowe wyjaśnienia są ogólnikowe i w ogóle nie odnoszą się do treści konkretnej oferty złożonej w tym postępowaniu.

Należy zatem uznać, że wykonawca Sweco nie spełnił wymagań skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający bezkrytycznie uznał samą czynność zastrzeżenia za skuteczną, nie badając w ogóle, czy zostały spełnione wymagania ustawowe. Zarzut naruszenia prawa w zakresie odmowy udostępnienia przedmiotowych wyjaśnień zasługuje zatem na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że w w/w wyroku sygn. akt KIO 2087/17 Izba badała także zasadność objęcia całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa i także w tym przypadku stwierdziła, że wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane w całości za

informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dokonując szczegółowej analizy treści wyjaśnień, wskazując na ich ogólnikowość i brak konkretów: „Wykonawco S., w jego punkcie t - Informacje wstępne - polemizuje z treścią wezwania zwraca uwagę na ogólnikowość wezwania, powołuje się na komentarze do ustawy oraz orzecznictwo, na zakończony przetarg, na doświadczenie wykonawcy (str. 2 do 7). W cz. II - oznaczonej jako "Szczegółowe wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny" - ponownie zapowiada szczegółowość wyjaśnień i wskazuje od str 8 na wymagane elementy kalkulacyjne według SIWZ, ustawę o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i zapewnia, że przyjęte koszty nie są niższe niż to wynagrodzenie oraz, że w cenie uwzględniono wszystkie wymagane koszty realizacji zamówienia. W kolejnych punktach w tej części ponownie zapewnia, że uwzględniono całościowo koszty zatrudnienia kluczowych zespołów (Stałego i Zmiennego), wskazuje na kadrę i jej stabilność oraz lokalizację biur projektowych w regionach i współpracujących, zasady zatrudniania, także personelu administracyjnego. Na str. 11 przykładowo wskazuje na metodologię obliczania zryczałtowanych kosztów za realizację obowiązków w odniesieniu do zadania nr 1, nr 2 i nr 3 - czyni to opisowo z komentarzem, które roboty mogą wystąpić incydentalnie lub, które są w jego ocenie drobne oraz, które mogą powodować zmniejszenie zaangażowanie osób na stanowisku inspektora drogowego oraz kolejowego. W dalszej części tego punktu wskazuje ogólnie na zagadnienie opiniowania dokumentacji na doświadczenie personelu, co ma minimalizować ryzyka, na możliwość zatrudnienia dodatkowych ekspertów z osób miejscowych, innych niż etatowi pracownicy wykonawcy. Nadmienia także o posiadaniu certyfikowanego systemu zarządzania jakością. W punkcie 2 tej części ["Sprzyjające warunki wykonywania zamówienia"] wskazuje na: 2.1. Doświadczenie na podobnym projekcie inwestycyjnym i 2.2. Posiadane zasoby na rynku lokalnym — inne czynniki cenotwórcze. W tym obszarze znowu posługuje się ogólnikami wskazuje na §9 Warunków Umowy i na pkt 4.2.1 OPZ, także na pkt 3.2.1 przypisując do zadań lokalizację 4 biur. Także co do kosztów finansowych wyjaśnienia odnosi do ogólnych stwierdzeń i zapewnień, (tak do str 18). W punkcie 3 tej części wbrew zapowiedzi w jego tytule - "Specjalizacja i efekt skali - w zakresie kosztów ogólnych i kosztów administracyjnych" - dalej omawia charakterystykę firmy powołując korzyści z funkcjonowania S. w ramach Grupy Kapitałowej S. AB, wskazuje ogólnie na korzyści wynikające z wykorzystywania systemów informatycznych do zarządzania projektami opierający się na orzecznictwie KIO w innych sprawach i uznają, że taka informacja zasługuje na kwalifikację nowoczesnych metod zarządzania i nowoczesnej technologii oraz zaliczenia usług projektowych do usług intelektualnych. Dalej podaje jakie korzyści dzięki tym systemowym można osiągnąć: cyt "dzięki temu praca jest wielokrotnie bardziej efektywna i skuteczna". (str 20). Wskazuje w 5 punktach na Główne zalety systemu informatycznego

stosowanego przez S.. W reasumpcji zapewnia, że te opisane w piśmie nowoczesne technologie i narzędzia informatyczne do zarządzania czasem personelu i kosztów funkcjonujących w firmie 5. (...) należą one do grupy czynników (mających wpływ na cenę) osiągalnych i charakterystycznych li tylko dla S. — czynniki te, są niedostępne dla innych wykonawców", (str. 22). Dalej zapewniając realność ceny powołuje się na opinię UZP wyrok 1028/07. Wreszcie na str. 23 wskazuje na zakładany % zysku. (...) Izba stwierdza, że treść uzasadnień dla tych zastrzeżeń nie pozwala uznać, że zawarte w nich informacje zasługują na ochronę. (...) Izba stwierdza, że w powyższym zakresie wyjaśnienia z pisma z 4/07/2017 w ieao pozostałej części nieujawnionej - z wyłączeniem danej o zakładanym procencie zysku oraz dokumenty bankowe informujące o stanie konta wykonawcy S. - także nie zasługują na ochronę. Jak wskazano pismo to zawiera ogólności, a w przypadku stosowanych systemach informatycznych, o ile wykonawca żąda ich poufności powinien wykazać z jakiego powodu same nazwy zasługują na taka szczególna ochronę."

Dokumentacja postępowania w części dotyczącej oceny oferty Sweco w kryteriach pozacenowych - Doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 1- Kierownika Personelu inżyniera - inżyniera Rezydenta oraz Doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 2 - Zastępcy Kierownika Personelu Inżyniera - Zastępcy Inżyniera Rezydenta.

Odwołujący nie otrzymał dokumentacji dotyczącej oceny oferty Sweco w kryteriach pozacenowych. Z treści protokołu nie wynika, czy taka dokumentacja w ogóle istnieje. Jednakże Zamawiający musiał ocenić oferty w kryteriach pozacenowych - a zatem z takiej oceny, zgodnie z zasadą określoną w art. 8 ust. 3 ustawy - musiał też sporządzić dokumentację: np. protokół z obrad komisji, notatki z prac komisji, itp. Odwołujący nie ma wiedzy, czy Zamawiający w ogóle dokonał jakiejś oceny ofert w tym zakresie.

Z kolei brak udostępnienia takich dokumentów uniemożliwia Odwołującemu sprawdzenie, czy oferta Sweco została prawidłowo oceniona.

Nie jest możliwe, aby dokumenty takie zawierały wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ciężar dowodu

Podkreślana powyżej kwestia precyzyjnego wykazania przez Sweco ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art, 8 ust. 3 ustawy. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte

tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się wielokrotnie, przykładowo w wyroku z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17, wyroku z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 457/12, w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku sygn. akt KIO 331/12 i 33/12.

Odwołujący podniósł, że przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasada jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej – odwołujący wskazał na orzeczenia: wyrok sygn. akt KIO1016/12, wyrok sygn. akt KIO 457/12, wyrok sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12.

Skoro zatem objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones 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 dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty Sweco - rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sweco, może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut

podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści wyjaśnień).

Odwołujący wniósł o nie rozpatrywanie przedmiotowego zarzutu (jako przedwczesnego) w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia powyżej. Odwołujący wskazał na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17. Odwołujący wskazał, że podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 4 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1713/17, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz udostępnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem objęcia tych wyjaśnień tajemnicą - resztę zarzutów pozostawiając bez rozpoznania jako przedwczesne. Odwołujący podał, że poniższa argumentacja wskazywana jest jedynie z ostrożności procesowej.

Brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny; nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

W dniu 6 lutego 2017 roku Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1, 1a i 2 ustawy wezwał Sweco do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oprócz ogólnego wezwania stanowiącego powtórzenie brzmienia art. 90 ustawy Zamawiający wskazał, że wymaga wskazania w wyjaśnieniach „*elementów kalkulacyjnych i konkretnych założeń, z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak:*

- *koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia,*
- *koszty dojazdu do miejsca wykonania zamówienia,*
- *koszty zakwaterowania,*
- *koszty zorganizowania i stałego utrzymania biura na terenie miasta Szczecin,*
- *koszty biurowe,*
- *koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty OC,*
- *koszty związane ze świadczeniem usług przez personel Wykonawcy,*
- *inne koszty dodatkowe, w tym również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom."*

Ponadto Zamawiający wskazał, że do wyjaśnień muszą zostać dołączone dowody.

Odwołujący podkreślił, że nie mógł zapoznać się z treścią złożonych przez Sweco wyjaśnień. Odwołującemu udostępniono jedynie jawną część wyjaśnień, obejmującą uzasadnienie zastrzeżenia jawności wyjaśnień oraz informacje dotyczące wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże opierając się na doświadczeniu w zakresie

wyjaśnień składanych w innych postępowaniach przez Sweco można przyjąć, że także przedmiotowe wyjaśnienia nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty oraz nie zawierają elementów kalkulacyjnych dla wszystkich pozycji kosztowych ceny oferty. Zdaniem Odwołującego Sweco nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do Odwołującego, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował Sweco.

Powyższe stanowisko potwierdza także treść wyjaśnień w części udostępnionej - Zamiast odpowiedzi na pytania Zamawiającego zawiera ona wyłącznie:

- kwestionowanie sposobu oszacowania przez Zamawiającego wyceny przedmiotu zamówienia: „wartym podkreślenia jest fakt, iż wycenia przedmiotu zamówienia dokonywana przez Zamawiającego, co do zasady (jak podkreślają to Komentatorzy Pzp, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej) jest liczona dla standardowego, przeciętnego wykonawcy.”

- polemikę z treścią wezwania - już w tym piśmie Sweco wskazuje, że wezwanie to zawiera „żądanie przedstawienia wyjaśnień w zakresie części kosztów, które wykonawca będzie musiał ponieść w trakcie realizacji zamówienia, a które nie stanowią wszystkich kosztów, jakie zostały przewidziane w budżecie ofertowym”, oraz „Oznacza to, że Zamawiający pozostawił Wykonawcy swobodę i dowolność w zakresie samej formy wyjaśnień, wyboru i opisanie tych elementów oferty, które zdaniem Wykonawcy mają istotny wpływ na zaproponowaną cenę, jak również - co bardzo ważne - stopnia szczegółowości kalkulacji ceny ofertowej.”

- zgadywanie podstaw działania Zamawiającego: „Powyższe w ocenie Wykonawcy oznacza, że podstawą działania Zamawiającego nie są faktyczne i obiektywne wątpliwości tegoż Zamawiającego, czy nasza firma będzie w stanie wykonać to zamówienie za zaproponowaną cenę. W ocenie Wykonawcy Zamawiający wykonuje li tylko obowiązek narzucony na niego przez ustawodawcę wynikający z treści art. 90 ust 1a pkt 1 Pzp

- zestawienie cen w innych postępowaniach, z których żadne nie jest podobne do przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych wyjaśnień, analizy treści i ewentualnych dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy ustawy. Wskazał na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie wyroku z dnia 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2214/06.

Odwołujący podniósł, że w cenie oferty wykonawca Sweco nie ujął między innymi poniżej wskazanych czynników cenotwórczych, tj.:

- zapewnienia w wymaganej przez Zamawiającego dostępności jednostki pływającej klasy lodowej,

- kosztów monitoringu przyrodniczego,
- kosztów nadzoru środowiskowego,
- kosztów nadzoru saperskiego i archeologicznego,
- kosztów badań geochemicznych oraz monitoringu parametrów fizykochemicznych,
- kosztów zabezpieczenia oznakowania nawigacyjnego,
- kosztów szczegółowego Raportowania i materiałów wymaganych do pozyskania,
- kosztów zawiadamiania, opiniowania i rekomendowania rozwiązań w zakresie wszelkich kwestii budowlanych, inżynierskich lub ekonomicznych wynikłych w trakcie realizacji Inwestycji wraz z podejmowaniem stosownych decyzji w ścisłej współpracy z Zamawiającym opracowane przez specjalistów nie wymienionych w ramach personelu podstawowego,
- brak uwzględnienia sprzętu do fotograficznego dokumentowania budowy,
- kosztów pracy personelu,
- ryzyka konieczności zmiany personelu do 14 dni od wezwania,
- kosztów dojazdu do miejsca wykonania zamówienia,
- kosztów zakwaterowania,
- kosztów zorganizowania i stałego utrzymania biura na terenie miasta Szczecin,
- kosztów biurowe,
- kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty OC,
- kosztów związanych ze świadczeniem usług przez personel Wykonawcy,
- kosztów związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom.
- kosztów zawieszenia realizacji usługi i związanego z nim rozwiązania umowy bez wynagrodzenia.

Dowodem na brak ujęcia powyższych kosztów w cenie oferty jest fakt, że koszty te nie zostały wskazane w przedmiotowych wyjaśnieniach. Sam brak któregośkolwiek z w/w kosztów w wyjaśnieniach wskazuje wprost, że cena oferty Sweco jest ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny

W przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Sweco - wynika to wprost zarówno z porównania ceny ofert z szacunkową wartością zamówienia, jak i ze średnią ceną ofert – podał w tym zakresie orzeczenie Sądu Okręgowy w Warszawie wyrok z dnia 25 sierpnia 2015 roku, sygn. akt XXIII 1072/15.

Wartość zamówienia podana przez Zamawiającego w Protokole postępowania (pkt 2 druku ZP-PO) to kwota 24.654.471,54 złotych bez VAT (z zamówieniami dodatkowymi). Z kolei

bezpośrednio przed otwarciem ofert jak kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia Zamawiający wskazał kwotę 30.325.000 złotych.

Odwołujący przedstawił stosunek cen ofert brutto do szacunkowej wartości zamówienia brutto:

- Sweco – cena oferty brutto 11 562 000,00 zł brutto; procent szacunkowej wartości zamówienia 38%,
- Odwołujący - cena oferty brutto 20 899 815,60 zł brutto; procent szacunkowej wartości zamówienia 69%.

Średnia cena ofert to 16 230 907,80 zł brutto, a stosunek ceny ofert do średniej ceny ofert wynosi:

- Sweco – cena oferty brutto 11 562 000,00 zł brutto; procent średniej ceny ofert 71 %,
- Odwołujący - cena oferty brutto 20 899 815,60 zł brutto; procent średniej ceny ofert 129 %.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Tak przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 roku, KIO 613/17. Odwołujący argumentował, że jak wynika z argumentacji przedstawionej powyżej - Sweco nie sprostał ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania dowodowemu, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe. Wskazał orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, wyrok z dnia 14 marca 2017 roku, sygn. akt XXIII Ga 967/16.

III. Zaniechanie wykluczenia Sweco na podstawie przepisu art. 24 ust 12, 16 i 17 ustawy.

Podanie nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania sprzętem

Sweco wskazało, że specjalistycznym sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia będzie dysponować w oparciu o podwykonawców.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego wskazani podwykonawcy nie posiadali na dzień złożenia ofert przedmiotowego sprzętu, wskazanego w Rozdziale V, pkt. 3 c) SIWZ. Sweco był zobowiązany sprawdzić prawdziwość oświadczeń podwykonawców, w tym - czy rzeczywiście posiadają specjalistyczny sprzęt wymagany przez Zamawiającego.

Brak wskazania przez Sweco na okoliczność uprzedniego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji Zamawiającemu

Sweco na str. 10 JEDZ w części III Podstawy wykluczenia w pkt C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniem zawodowym” w ostatniej pozycji tabeli zaznaczył „TAK”. A zatem Sweco złożyło oświadczenie, że potwierdza, że nie jest

winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełniania warunków kwalifikacji.

Oświadczenie to nie jest zgodne ze stanem faktycznym, a tym samym Sweco wprowadził Zamawiającego w błąd - i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 ustawy.

Sweco zataił przed Zamawiającym fakt, że w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I - część przejazdowa” wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji odnośnie dysponowania osobą specjalisty, niezbędną do wykazania spełniania warunków w postępowaniu. Okoliczność ta została potwierdzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2087/17. Odwołujący wskazuje, że w/w wyrok Izby nie został zaskarżony w w/w części, w szczególności Sweco w ogóle nie wniosło skargi na przedmiotowy wyrok Izby - tym samym należy uznać, że Sweco uznało przedmiotowy wyrok za prawidłowy. Zatem należy uznać, że przedmiotowy element stanu faktycznego jest bezsporny pomiędzy stronami. Sweco - poprzez niewniesienie skargi - przyjęło za prawidłowe ustalenie Izby, że Sweco wprowadziło zamawiającego PKP PLK SA w błąd w sposób zawiniony.

Skutkiem powyższego powinno być wskazanie przez Sweco w przedmiotowej części JEDZ, iż wprowadziło już uprzednio Zamawiającego w błąd przy dostarczaniu informacji do weryfikacji spełniania kwalifikacji. Brak takiego wskazania wskazuje na okoliczność, iż zamiarem Sweco jest dalsze wprowadzenie Zamawiających w błąd, w tym w szczególności ukrywanie przez Zamawiającym informacji, że Krajowa Izba Odwoławcza orzekła już wobec Sweco naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Zdaniem Odwołującego powinno to się wiązać z podjęciem przez Sweco na etapie składania ofert procedury samooczyszczenia. Zaniechanie zastosowania takiej procedury na etapie składania oferty powoduje, że nie jest już obecnie możliwe jej zastosowanie. A to wobec faktu, że procedura taka skutecznie może być zastosowana wyłącznie z inicjatywy własnej wykonawcy. Próba wszczęcia takiej procedury w momencie, gdy fakt podania informacji wprowadzających w błąd został wskazany przez innego wykonawcę czy też Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na poglądy Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie terminu na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia: wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 roku, sygn. akt: 576/17, wyrok z dnia 13 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 185/18, wyrok z dnia 2 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 113/18, KIO 116/18, wyrok z dnia 28 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 274/18. Podobnie w wyroku z dnia 2 maja 2018 roku, sygn. akt KIO 596/18 (tak w ustnych motywach rozstrzygnięcia, brak uzasadnienia na piśmie).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 maja 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie w trakcie rozprawy, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowiska pisemne zawarte w:

- piśmie Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2018 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, oraz w piśmie z dnia 20 czerwca 2018 roku *Pismo Zamawiającego* z załączonymi dowodami, które Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego,
- piśmie Odwołującego z dnia 12 czerwca 2018 roku *Pismo procesowe Odwołującego* oraz pismo z dnia 21 czerwca 2018 roku *Pismo procesowe - stanowisko końcowe Odwołującego*,

- piśmie uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 14 czerwca 2018 roku *Pismo procesowe Przystępującego* oraz pismo z dnia 21 czerwca 2018 roku *Pismo procesowe Przystępującego*.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- dowód nr 1 - dokumenty Sweco Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu odtajnione z postępowania na Pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną”,
- dowód nr 2 - wyjaśnień odnoszące się do zaoferowanej ceny, ujawnione, złożone przez Sweco Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S.A..

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- dowód nr 3 – objęty Tajemnicą Przedsiębiorstwa – dokument zawierający szczegółowy raport dotyczący zysku Sweco Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Sweco”) w realizacji usługi Pełnienia funkcji inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC oraz wykonanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego czynności i /lub obowiązków Monitoringu Przyrodniczego dla Inwestycji pod nazwą „Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin (Kanał Piastowski i Mieliński) etap II, strona wschodnia i zachodnia”,
- dowód nr 4 – objęty Tajemnicą Przedsiębiorstwa – dokument zawierający dwa oświadczenia oraz oświadczenie w formie graficznej,
- dowód nr 5 – materiały: zawiadomienie z dnia 23 lutego 2018 roku o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, Referencje z dnia 31 maja 2016 roku, komplet zdjęć dotyczących biura w Szczecinie, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2017/S 217-452097, umowa nr 90/109/0008/18/ Z/I na Zarządzanie i sprawowanie nadzoru na d realizacją zadań inwestycyjnych w ramach Projektu „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap I – część przejazdowa”.

II.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

III.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo*

uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

IV.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu zaniechanie wykluczenia Sweco na podstawie przepisu art. 24 ust 12, 16 i 17 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie podniesionego przez Odwołującego naruszenia w zakresie podania nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania sprzętem – Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w swoim odwołaniu poniesienia tego zarzutu.

Uzasadnienie faktyczne odwołania, czyli kluczowy element zarzutu odwołania, w zakresie zaniechania wykluczenia Sweco jest lakoniczne, jednozdaniowe i oparte o „jakąś” wiedzę Odwołującego. Odwołujący nie wskazał niczego co pozwalałoby na analizę tego twierdzenia. Wiedza Odwołującego, a tym bardziej najlepsza jego wiedza, niewątpliwie stanowi dobro, którego nie sposób ocenić – jednakże dla budowania zarzutu odwołania samo takie stwierdzenie nie jest wystarczające. Gdyby przyjąć tak konstruowane „zarzuty” za poprawną praktykę to w zasadzie każde lakoniczne, ogólne, niczego nie obrazujące stwierdzenie należałoby poddawać ocenie – to natomiast sprowadziłoby się do kuriozalnych czynności poszukiwania przez Izbę argumentacji popierające twierdzenia odwołujących. Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie podniesionych zarzutów odwołania, które to zarzut poza podaniem podstawy prawnej dla jego skuteczności wniesienia wymagają uzasadnienia faktycznego, dokładnego, szczegółowego i dającego się poddać ocenie.

W rozpoznawanym przypadku Odwołujący znał, wiedział jakiego sprzętu wymagał Zamawiający w dokumentacji postępowania oraz, jak podnosił to w trakcie rozprawy i podał w odwołaniu, wszedł w posiadanie wiedzy o firmach podwykonawców, tym samym miał możliwość jednoznacznego określenia rodzajów sprzętów, których według jego najlepszej wiedzy podmioty te nie posiadały. W ugruntowanym orzecznictwie Izby wskazywane było wielokrotnie znaczenie uzasadnienia faktycznego podnoszonych naruszeń prawa, a jego brak uznany każdorazowo jest za brak określenia zarzutu odwołania (tak np. wyrok sygn. akt KIO 179/17 lub wyrok sygn. akt KIO 1075/18).

Odnośnie naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy w zakresie braku wskazania przez Sweco informacji w Jednolitym Europejskim Dokumencie

Zamówienia (dalej: „JEDZ”) i uprzedniego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy dostarczaniu informacji – w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Zgodnie z treścią formularza JEDZ wynikająca z rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16) w części III litera C wykonawca składający dokument musi oświadczyć: *Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?* Wykonawca składając oświadczenie obowiązany jest zaznaczyć „Tak” lub „Nie”. Sweco zaznaczył w złożonym formularzu JEDZ – Tak, czyli wskazało, że nie jest winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia warunków kwalifikacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że w dokumencie *Instrukcja wypełnienia Jednolity Europejski Dokument Zamówienia JEDZ (European Single Procurement Document ESPD)* przedstawionym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w sposób jednoznaczny określono *W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie wprowadzenia w błąd zamawiającego w niniejszym postępowaniu.* Tym samym w sposób jednoznaczny zostało przesądzone, że informacje, co do których wypowiada się wykonawca dotyczą prowadzonego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest oświadczenie JEDZ.

Odwołujący stara się wywieść w swojej argumentacji, że wykonawca powinien przedstawić informacje „uprzedniego wprowadzenia w błąd”, jednakże w ocenie Izby, dane czynności wykonawcy w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez innego zamawiającego, które w uzasadnieniu tego zarzutu podnosi Odwołujący, nie stanowią prawidłowej argumentacji. Odwołujący odnosi się do zupełnie innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zdarzeń jakie miały miejsce w wyniku prowadzonego postępowania odwoławczego oraz postępowania skargowego i stara się

wykazać, że uprzednio podejmowane decyzje przez wykonawcę, w innym postępowaniu, mają znaczenie dla obecnie prowadzonej procedury zamówieniowej.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał przyczyny jakie w przedmiotowym, a nie uprzednim postępowaniu - w jego ocenie - powinny stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy Sweco z postępowania. Nie wykazał jakiegokolwiek tożsamego, zbieżnego zaistnienia faktów, które mogły by leż u podstaw oceny wypełnienia przesłanek podnoszonych przez Odwołującego przepisów.

Próba wykładni obowiązków składania oświadczenia i idących za tym konsekwencji jakich żąda Odwołujący w stosunku do wykonawcy Sweco nie mieści się w obowiązującej regulacji prawnej, jak również w ocenie Izby, przyjęcie takiego sposobu rozumowania wprowadziłoby dotychczas nieznaną, bo odnoszącą się do innych postępowań, podstawę ewentualnego wykluczenia wykonawcy w prowadzonym obecnie przez danego Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Prowadziłoby również do kuriozalnego obowiązku poszukiwania przez Zamawiającego informacji na temat ewentualnych wykluczeń wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (zarówno tych zaskarżonych jak i nie skarżonych w postępowaniu odwoławczym), co wynika chociażby z obowiązku należytego prowadzenia postępowania przez Zamawiającego

Izba wskazuje, że Odwołujący w żadne sposób nie wykazał, aby Sweco było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji *w niniejszym postępowaniu*. Reasumując powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy art. 24 ust 12, 16 i 17 ustawy.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Sweco wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Sweco, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Sweco nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła:

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1, 1a i 2 ustawy, za pismami z dnia 6 lutego 2018 roku wezwał wykonawcę Sweco do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących zaoferowanej ceny oferty złożonej przez Sweco.

Zamawiający odwołał się do treści powołanych przepisów ustawy (powołując treść art. 90 ust. 1 ustawy) oraz wskazał, że „wyjaśnienia powinny zawierać elementy kalkulacyjne i konkretne założenia, z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak:

- koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia,
- koszty dojazdu do miejsca wykonania zamówienia,
- koszty zakwaterowania,
- koszty zorganizowania i stałego utrzymania biura na terenie miasta Szczecin,
- koszty biurowe,
- koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty OC,
- koszty związane ze świadczeniem usług przez personel Wykonawcy,
- inne koszty dodatkowe, w tym również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom."

Sweco za pismem z dnia 16 lutego 2018 roku złożyło wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. Wyjaśnienia zostały złożone w części jawnej oraz w części niejawnej, jak również do wyjaśnień zostały załączone dokumenty, również w części jawnej oraz w części niejawnej.

Izba zważyła:

Podniesiona w odwołaniu argumentacja Odwołującego (jak w części historycznej wyroku odnoszącej się treści odwołania) poprzedzona została wywodem na temat nierozpoznawania zarzutu w przypadku, gdy argumentacja Odwołującego podniesiona w zarzucie odnoszącym się do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2, 3 w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy, jak również wskazaniem, że zapoznał się jedynie z częścią jawną przedstawionych Zamawiającemu przez Sweco wyjaśnień i opierając się na doświadczeniu z innych postępowań, w których brało udział Sweco przyjął, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty oraz nie zawierają informacji dla wszystkich pozycji kosztowych ceny oferty. Wskazał Odwołujący, cytując fragmenty części jawnej złożonych wyjaśnień (jak w części historycznej wyroku odnoszącej się treści odwołania), że wyjaśnienia zawierają wyłącznie polemikę ze sposobem oszacowania

wartości przedmiotu zamówienia, polemikę z treścią wezwania, zgadywanie podstaw działania Zamawiającego oraz zestawienie cen w innych postępowaniach, z których każde nie jest podobne do przedmiotowego postępowania.

Wykonawca w kolejnych 19 punktach wskazał czynniki cenotwórcze jakie nie zostały ujęte przez Sweco (jak w części historycznej wyroku odnoszącej się treści odwołania), bowiem nie zostały ujęte w wyjaśnieniach tego wykonawcy, a brak któregokolwiek z nich w wyjaśnieniach wskazuje, że cena oferty Sweco jest rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu koniecznym jest odniesienie się do kwestii konstrukcji zarzutów odwołania oraz kwestii domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny w postępowaniu i ciężaru dowodu w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty złożonej w postępowaniu.

W ocenie Izby, mając na uwadze treść art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 powołanego wyżej przepisu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Treść przepisu wskazuje w sposób oczywisty i jednoznaczny, że zasadą, czyli nałożonym na Zamawiającego obowiązkiem, jest każdorazowe wzywianie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadkach, gdy cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Taka regulacja przepisu, nakładająca na Zamawiającego skonkretyzowany obowiązek wynikający jedynie z arytmetyki i nie tworzy domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny. Gdyby uznać, że powstaje takie domniemanie to za niezasadne należałoby przyjąć stanowisko prawodawcy wyrażone w dalszej części art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pozwalające na odstąpienie Zamawiającemu do wyzwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadku gdy ta rozbieżność wynika z niewymagających wyjaśnienia oczywistych okoliczności. Nadmienić należy również, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający zawsze, gdy uzna, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, może zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Regulacja ta jest zasadna, bowiem należyte i poprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego jest jego obowiązkiem, a znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Izby, gdzie pogląd ten wydaje się być ugruntowany. W orzecznictwie podkreśla się również, że procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy stanowi obowiązek Zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem.

Istotnym również dla tego problemu jest fakt, że nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające, a ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez Zamawiającego, natomiast treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania.

Wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, winien to uczynić z uwagi na konsekwencje jakie w przypadku niewykazania będzie musiał ponieść tj. odrzucenia oferty z postępowania. Niemniej, odrzucenie oferty z postępowania przez Zamawiającego również wymaga uzasadnienia, w obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje bowiem ciężar wskazania przez Zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie poparte dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane).

Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy.

Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić,

że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzą, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę.

Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że „powód nie jest obowiązany do wskazania w

pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie, a odnoszącej się do rozpoznawanego zarzutu argumentacja faktyczna jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretnych faktów. Odwołujący przedstawiając okoliczności faktyczne dotyczące złożonej oferty nie wskazał żadnych sprecyzowanych informacji jakie – co należy podkreślić – przedstawił na późniejszym etapie postępowania, to jest już w czasie prowadzenia rozprawy. Odwołujący pismem z dnia 12 czerwca 2018 roku przedstawił szeroką argumentację odnoszącą się do każdego z 19 punktów kolejno wyliczających czynniki cenotwórcze jakie, w ocenie Odwołującego nie zostały ujęte przez Sweco, a do pisma tego załączył również dowody. Tym samym Odwołujący dał wyraz tego, że nie stanowiło dla niego problemu przedstawienie argumentacji faktycznej (bowiem w odwołaniu zawarto jedynie spis treści przyszłej argumentacji) odnoszącej się do podniesionego naruszenia prawa. W ocenie Izby przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego argumentacja jak również pismo procesowe stanowią nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszeń przepisów. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja faktyczna, czyli merytoryczna argumentacja odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty odwołania.

Przedstawienie dopiero na rozprawie danej argumentacji faktycznej – czy to do protokołu, czy też w piśmie procesowym stanowi w zasadzie zbudowanie nowego zarzutu, nie sposób bowiem uznać przedstawionych przez Odwołującego w ww. piśmie informacji, argumentacji za uzasadnienie wcześniej wykazanych i wywiedzionych w odwołaniu naruszeń, lecz w istocie jest to dopiero przedstawiona argumentacja Odwołującego. Uznanie argumentacji zawartej w piśmie złożonym przez Odwołującego i przedstawionej na rozprawie w ocenie Izby prowadziłoby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie zarzutów (uzasadnienia faktycznego podniesionego naruszenia prawa), co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracalny.

Podkreślić należy, że to Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiedni wniosek o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę wskazywanych uchybień, które w takich okolicznościach można traktować jako zarzut odwołania.

W ocenie Izby, przepisom wymienionym powyżej, a odnoszącym się do prawidłowej konstrukcji zarzutów odwołania nie przeczą i nie stoją w opozycji przepisy dotyczące ciężaru dowodu. Zgodnie z przyjętą regulacją prawną w art. 190 ust. 1a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub Zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Z przepisu tego w sposób jednoznaczny wynika, że reguluje kwestę ciężaru dowodu w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny. Przepis ten nie odnosi się do samej konstrukcji odwołania zwalniając Odwołującego z przedstawienia w uzasadnieniu odwołania argumentacji faktycznej, lecz nakłada na odpowiednie wskazane w przepisie podmioty obowiązek dowodzenia, że oferta ceny rażąco niskiej nie zawiera. Umieszczenie ww. ustępu 1a w ramach przepisu art. 190 wiąże się z obowiązkiem twierdzenia i dowodzenia tych wszystkich okoliczności, które mogą być przedmiotem dowodu w ramach tego przepisu. Tak więc na etapie postępowania odwoławczego toczonych przed Izbą, na rozprawie, właściwe podmioty określone ustawą winny dowodzić zasadności wcześniej zapadłych

decyzji. Ustawowe określenie obowiązku dowodzenia nie zwalnia natomiast Odwoływających, kwestionujących wybór danej oferty, z ukształtowania, podniesienia zarzutów odwołania zgodnie z określonymi wymaganiami, wskazaniem uzasadnienia faktycznego.

Mając na uwadze powyżej wyartykułowane stanowisko Izby, Izba wskazuje, że pominęła, przy rozpoznaniu tego zarzutu odwołania, wszystkie dowody złożone przez strony i Sweco jako nieprzydatne do rozpoznania zarzutu odwołania.

W zakresie zarzutu odwołania naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwoływacemu wymieniony na wstępie odwołania zastrzeżonych przez Sweco, części ofert oraz wskazanych elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Przepis ten został znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) i wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy odesłał do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „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.”

Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Izba wskazuje, że to Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej to na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicę stanowią.

Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych informacji. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy nie pozostawia również wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji.

Podkreślić należy, że to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Pamiętać należy, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wykonawca, składając poufną informację ryzykuje, że zostanie ona ujawniona, jeżeli nie podoła obowiązkowi wykazania, że dana informacja rzeczywiście zasługuje na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, rozumieć zatem należy złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również mogą (nie muszą) zostać przedstawione stosowne dowody na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, którą wykonawcy są w stanie zarówno oświadczyć jak również mogą wykazać odpowiednimi dowodami.

Wykonawca Swecko przedstawił oświadczenia, w których zawarł argumentację dotyczącą tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie jak również zawarł taką argumentację w innych dokumentach, które wskazał Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania.

Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy zatem: uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji, doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. Tym samym nie mogą to być informacje wybrane przez Wykonawcę jako niejawne dla potrzeb konkretnego postępowania, lecz ujawniane i powszechnie dostępne w innych postępowaniach, o których zainteresowany podmiot mógł powziąć wiadomość na zwykłej i dozwolonej drodze. Określona informacją przestaje być tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli każdy konkurent może się o niej dowiedzieć na dozwolonej drodze (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2002 roku sygn. akt V KKN 22312000).

Wykonawca Sweco w załączonym do oferty dokumencie przedstawił uzasadnienie do zastrzeżenia przedstawionych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że ochronie w tym zakresie podlegając nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W ocenie Izby przedstawiona argumentacja Sweco wskazuje, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty stanowią takie właśnie dobra, które tej ochronie podlegają.

Wykonawca Sweco podjął stosowane działania w celu zabezpieczenia informacji stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Fakt przekazania Odwołującemu przez Zamawiającego informacji jakie objął tajemnicą przedsiębiorstwa i chronił Sweco, nie może być uznane za niewypełnienie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W składanych pismach wykonawca ten wskazywał, że informacje te objął tajemnicą przedsiębiorstwa, w żadnym dokumencie nie ujawnił tej tajemnicy i nie udostępnił żadnym podmiotom. Odwołujący nie wykazał aby informacje o podwykonawca uzyskał w jakikolwiek inny, publiczny, powszechny sposób. Omyłkowe podanie informacji przez Zamawiającego nie może być utożsamiane z ich upublicznieniem, fakt, że dany Zamawiający przekazał informację nie stanowi o tym, że staje się ona jawna. Odwołujący sam wskazuje na poszczególne pisma kierowane przez Sweco do Zamawiającego oraz przytacza w treści odwołania fragmenty tych pism, z których w sposób jednoznaczny wynika wola Sweco w chronieniu tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o podmiotach trzecich, na których zasobach polega wykonawca Sweco. W ocenie Izby potwierdza to, że wola wykonawcy było nieujawnianie tych informacji do wiadomości publicznej. Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, że w zakresie podmiotów trzecich udostępniających zasoby i związanych z tym informacji, oświadczeń wykonawca nie wykazał spełnienia ustawowych przesłanek, zarówno argumentacja przedstawiona w ofercie jak również zawarta w poszczególnych pismach sumarycznie daje podstawę do uznania, że stanowią informację organizacyjną przedsiębiorstwa, daną dla tego konkretnego zamówienia oraz całościowo podlegające ochronie z uwagi na ich w ten sposób postrzeganą wartość gospodarczą. Bezpośrednio z tymi danymi powiązał Sweco informacje na temat sprzętu dostępnego wykonawcy w celu wykonania zamówienia (wraz z informacją o podstawie do dysponowania tym sprzętem), który powiązany jest z podwykonawcami i bezpośrednio określonymi zakresami ich działalności. Sweco w kilku miejsca wskazywało na konieczność ochrony tych informacji. Wskazał wykonawca, że informacje te, między innymi dotyczące sprzętu za pomocą którego będą wykonywane usługi mogłoby stanowić podstawę do wywiedzenia jak będzie organizacyjnie będzie realizowane zamówienie, co w przypadku usług stanowi

niewątpliwie organizacyjną wartość przedsiębiorstwa mającą również znaczenie gospodarcze. W przypadku zamówienia, którego przedmiotem jest usługa niewątpliwie znaczenie gospodarcze ma sposób organizacji realizacji tej usługi.

Zastrzeżenie informacji odnoszących się do doświadczenia osób wskazanych w wykazie osób, w załączniku do formularza oferty znajduje uzasadnienie w treści pisma zawartego w ofercie, wyjaśnia, że ujawnienie doświadczenia poszczególnych osób stanowi podstawę do wywiedzenia jak organizowano zamówienia, a ta wiedza stanowi informacje zaliczające się do grupy informacji o sposobie organizacji kadrowego zaplecza wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku sygn. akt V Ca 421/07, „wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz taki stanowi informacje o niewątpliwie wartości dla firmy, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuacje na rynku pracy i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Informacje należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób”.

Informacje zawarte w ofercie w dokumencie „Informacja o tajemnicy przedsiębiorstwa” należy w ocenie Izby czytać łącznie z poszczególnymi wyjaśnieniami składanymi przez Sweco. Każda z korespondencji Sweco kierowana do Zamawiającego odwoływała się do poczynionych w ofercie zastrzeżeń podtrzymując i popierając dotychczasowe stanowisko Sweco.

Wykonawca Sweco zastrzegł również wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, przedstawiając szczegółowe uzasadnienie do zastrzeżenia przedstawionych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę przedstawione są zarówno w części jawnej, jak również w części niejawnej (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa). Nie ulega wątpliwości, że w wyjaśnieniach złożonych w tym trybie zawarte są istotne informacje handlowe, organizacyjne i technologiczne dotyczące tego przedsiębiorstwa, które są chronione przez wykonawcę przed dostępem do nich przez osoby trzecie. Z punktu widzenia wykonawcy mają one znaczną wartość gospodarczą, a co za tym idzie, ich ujawnienie skutkowałoby narażeniem wykonawcy na wymierne straty. Izba wskazuje, że Odwołujący w treści odwołania podnosił, że zna podmioty trzecie oraz elementy które będzie wykonywała oraz stanowiska udostępnionego personelu – i wywodzi to z przytoczonego fragmentu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień rażąco niskiej ceny dostępnego Odwołującemu. Jednakże jeżeli się czytać w treść przytoczoną przez Odwołującego to nie sposób wysnuć takie wnioski, chyba również Odwołujący nie wysnuł

takich wniosków, bowiem nie przytoczył żadnych szczegółowych informacji o elementach jakie będzie wykonywał podwykonawca w ramach propozycji realizacji usługi przez Swecko oraz na jakich stanowiskach będzie wykonywał zadania udostępniony personel zgodnie z ofertą Sweco. W ocenie Izby wykonawca nie zna tych danych, gdyby je znał to posłużyłby się nimi tak jak zrobił to w przypadku firm podwykonawców, o których wiedzę uzyskał z dokumentów przekazanych przez Zamawiającego, wbrew woli Swecko co do ujawniania informacji odnoszących się do określonych zastrzeżonych danych.

W zakresie nieprzekazanej dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny ofert Sweco w kryteriach pozacenowych, Izba wskazuje, że sam Odwołujący podał, że z treści Protokołu nie wynika, czy taka dokumentacji w ogóle istnieje. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest sprzeczna sama w sobie, bo twierdzi, że nie wie czy istnieje jakakolwiek sporządzona dokumentacja i czy Zamawiający w ogóle dokonał jakiejś oceny ofert w tym zakresie, a jednocześnie twierdzi, że brak udostępnienia takich dokumentów mu dokonanie oceny czy oferta została prawidłowo oceniona. Ocena tak postawionego zarzut, z lakonicznym i bardzo nieprecyzyjnym uzasadnieniem nie może być pozytywna. Odwołujący nie wyjaśnił, nie wykazał czy o taką właśnie dokumentację wnioskował do Zamawiającego i jej nie otrzymał, a założył, że dokument ten został w całości objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, co jak słusznie wskazał Odwołujący nie jest zasadne.

W zakresie zarzutu odwołania naruszenia przepisu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba uznała, mając na uwadze całą powyższą argumentację, że działanie Zamawiającego nie było niezgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad określonych art. 7 ust. 1 ustawy, czyli zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast w odniesieniu do zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: