

Sygn. akt: KIO/KD 21/18

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 05 czerwca 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 04 maja 2018 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Katowice sp. z o.o., dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 27 kwietnia 2018 roku nr UZP/DKZP/WKZ4/421/11(6)/17/JB dot. KND/6/17/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę 30 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki dla PKM Katowice sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek - Bujak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Katowice sp. z o.o. zgłoszone 04 maja 2018 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 27 kwietnia 2018 roku nr UZP/DKZP/WKZ4/421/11(6)/17/JB dot. KND/6/17/DKZP **nie zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa 30 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich, niskopodłogowych jednej marki dla PKM Katowice Sp. z o.o. ”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opis warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógł prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji;
- 2) naruszenie S 3 ust. 3 oraz S 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez nieprawidłowe określenie w rozdz. VI SIWZ dokumentów żądanych w stosunku do osób i wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium RP na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
- 3) naruszenie §3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez nieprawidłowe określenie w rozdz. VI SIWZ dokumentu żądanego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 4) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z S 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez bezpodstawne żądanie złożenia przez wykonawcę, który polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, co podmiot trzeci albo informacji o tym, że podmiot trzeci nie należy do grupy kapitałowej, tj. dokumentu nieprzewidzianego w ww. rozporządzeniu;
- 5) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), poprzez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez Solaris Bus & Coach S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej i zaniechanie odtajnienia tego dokumentu.

1) Uzasadnienie naruszenia art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy PZP

Przedmiotem zamówienia objętego kontrolą jest, zgodnie z rozdz. III SIWZ, dostawa 30 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich, niskopodłogowych jednej marki. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych, jednak dla opisu przyjęto podział zamówienia na dwie grupy:

1 dostawa 15 sztuk nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych spełniających wymagania określone w punkcie III. 6.1 .a SIWZ, zwanych dalej autobusami przegubowymi,
2. dostawa 15 sztuk nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych spełniających wymagania określone w punkcie III. 6.1 .b SIWZ, zwanych dalej autobusami jednoczłonowymi.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą należyte wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

- dostawy dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia w liczbie co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w punkcie 111.6.1 a. SIWZ oraz
- dostawy dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia w liczbie co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w punkcie 111.6.1 .b. SIWZ.

W opisie warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający żądał wykazania się realizacją dostaw obejmujących odrębnie dwie kategorie zamawianych autobusów niskopodłogowych — autobusy jednoczłonowe i autobusy przegubowe. Zamawiający wymagał wykazania dostarczenia dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych przegubowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w pkt 111.6.1 a. SIWZ oraz dostarczenia dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia co najmniej 15 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w pkt 111.6.1 b. SIWZ. Jak wskazał Prezes UZP, określony w postępowaniu warunek wiedzy i doświadczenia przewidywał zatem konieczność wykazania jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby - w stosunku do przedmiotu zamówienia autobusów niskopodłogowych przegubowych oraz odrębnie — jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych. Wykazywane autobusy musiały spełniać również te same parametry, w stosunku do autobusów zamawianych, w zakresie podstawowych parametrów technicznych określonych odpowiednio w pkt 111.6.1 .a. oraz w pkt 111.6.1 b. SIWZ.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w świetle przepisów art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie dostawy 15 szt. autobusów przegubowych i 15 szt. autobusów

jednoczłonowych został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia.

Nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu opisanych w SIWZ 15 szt. autobusów przegubowych i 15 szt. autobusów jednoczłonowych, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby analogicznych autobusów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju autobusów również posiada zdolność do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich autobusów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Nie ma natomiast podstaw do twierdzenia, że nabycie zdolności do wykonania danego przedmiotu zamówienia może być potwierdzone wyłącznie wcześniejszym wykonaniem takiego samego zamówienia.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający wymagał wykazania doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia w kontekście ilości dostarczonych autobusów i ich podstawowych parametrów technicznych. Z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wynika natomiast obowiązek takiego opisu warunku, który zachowa właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, charakteru i stopnia skomplikowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił okoliczność, że w kontrolowanej sprawie zamawiający przekazał do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15.02.2017 r. wyjaśnienia, w których przedstawił swoje stanowisko w kwestii zasadności określenia opisu warunku wiedzy i doświadczenia w przyjętym kształcie. W ramach wyjaśnień nie przedstawiono okoliczności dotyczących np. znacznego skomplikowania technologicznego przedmiotu zamówienia, bądź niestandardowych wymagań technicznych, które uzasadniałyby określenie tak wysokich wymagań względem doświadczenia wykonawcy, w porównaniu do zakresu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Prezesa, nie ma więc podstaw by uznać, że przedmiotowe zamówienie wyróżnia się szczególną specyfiką, która uzasadniałaby określenie wymagań względem doświadczenia wykonawców na poziomie przekraczającym podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia.

Zarówno względem dostawy 15 szt. autobusów przegubowych, jak i 15 szt. autobusów jednoczłonowych zamawiający wymagał wykazania realizacji każdej z tych dostaw w ramach jednego zamówienia dla jednego odbiorcy. Zamawiający nie dopuścił zatem, aby wykonawca mógł wykazać spełnienie warunku poprzez przedstawienie kilku dostaw autobusów spełniających parametry techniczne określone w pkt 111.6.1 .a. i kilku dostaw autobusów spełniających parametry techniczne określone w pkt 111.6.1 które łącznie zawierałyby 15 szt. wymaganych autobusów jednoczłonowych i 15 szt. wymaganych autobusów przegubowych. Zamawiający pozbawił zatem możliwości złożenia oferty wykonawców, którzy mogli wykazać

się realizacją dostaw obejmujących np. 10 szt. i oddzielnie 5 szt. odpowiednio autobusów przegubowych/jednoczłonowych o wymaganych parametrach. Powyższy wymóg stanowił zatem ograniczenie dla wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Ograniczenie możliwości wykazania doświadczenia do jednej dostawy w zakresie 15 szt. autobusów przegubowych i odpowiednio do jednej dostawy 15 szt. autobusów jednoczłonowych dodatkowo potwierdza ocenę opisu warunku wiedzy i doświadczenia jako nadmiernego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby autobusów przegubowych i autobusów jednoczłonowych, jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę tego rodzaju autobusów. Okolicznością potwierdzającą ustalenie wymagań względem doświadczenia wykonawców na nadmiernie wysokim poziomie, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia zdaniem Prezesa UZP jest fakt wpłynięcia tylko jednej oferty w postępowaniu. Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia został opisany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i mógł prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2) Uzasadnienie naruszenia § 3 ust. 3 oraz 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r.

W rozdz. VI SIWZ, w części dotyczącej dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych zamawiający zamieścił następującą informację: „Jeżeli, w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń — zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób”.

W rozdz. VI SIWZ wskazano, że „jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których

mowa w pkt 6 (rozdz. VI, w części dotyczącej wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP) zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania” .

Powyższe postanowienia rozdz. VI SIWZ stanowią informacje określone w S 2 ust. 2 oraz w S 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817), dalej: „rozporządzenie z dnia 30.12.2009 r.”, nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 19.04.2016 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „rozporządzenie z dnia 19.02.2013 r.”. W treści § 3 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. została wprowadzona zmiana w stosunku do brzmienia § 2 ust. 2 poprzednio obowiązującego rozporządzenia, polegająca na rezygnacji z wymogu, aby notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10-11 ustawy Pzp. W analogiczny sposób zmienione zostało brzmienie § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r., który również nie przewiduje po zmianie wymogu, aby notariusz był notariuszem działającym w obszarze kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższe regulacje zawarte w rozporządzeniu z dnia 19.02.2013 r. umożliwiają składanie oświadczeń przez ww. osoby i wykonawców zarówno przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonych informacji w rozdz. VI SIWZ stanowi naruszenie § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadnienie naruszenia S 3 ust. pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013

W rozdz. VI SIWZ pkt 3 SIWZ zamawiający określił, że wymaga złożenia przez wykonawców aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; w

przypadku, gdy wykonawcą składającym jest osoba fizyczna, zamiast dokumentu j/w należy złożyć oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp — zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ.

Powyższe postanowienie rozdz. VI pkt 3 SIWZ stanowi informację określoną w § 2 ust. 1 pkt 2 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 181 7), dalej: „rozporządzenie z dnia 30.12.2009 r.”, nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania.

Prezes UZP wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 19.04.2016 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „rozporządzenie z dnia 19.02.2013 r.”. W treści §3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. została wprowadzona zmiana w stosunku do brzmienia §2 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującego rozporządzenia. Zgodnie z §3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r., zamawiający może żądać aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. W ocenie Prezesa UZP, w oparciu o brzmienie obowiązującego w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r., zamawiający nie miał podstaw do żądania względem osób fizycznych oświadczenia, zamiast aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej. Z tego względu, zdaniem Prezesa UZP, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonej informacji w rozdz. VI pkt 3 SIWZ stanowi naruszenie §3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4) Uzasadnienie naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy PZD w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r.

Zgodnie z rozdz. V pkt 3.2 SIWZ, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający wymaga przedłożenia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów określonych w §3 ust. 1 pkt 1-6 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że wykonawca

nie należy do grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

Zgodnie z §3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3.

Powyższy przepis rozporządzenia wskazuje zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w stosunku do podmiotów trzecich, które udostępniają wykonawcy swoje zasoby i będą brały udział w realizacji części zamówienia. Przepis ten odnosi się do dokumentów określonych w § 3 ust. 1-3 rozporządzenia.

Prezes UZP stwierdził, że przepisy te nie obejmują listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. nr 50, poz. 331, z późn. zm.). Prezes UZP zwrócił uwagę, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacja o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej nie jest dokumentem wymienionym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Obowiązek złożenia powyższego dokumentu lub oświadczenia dotyczy zatem wyłącznie wykonawców. Podmioty trzecie, które udostępniają wykonawcy swoje zasoby nie są zobligowane do składania tego dokumentu i zamawiający nie ma podstaw do żądania ich złożenia w stosunku do podmiotów trzecich.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że przewidziany przez zamawiającego w rozdz. V pkt 3.2 SIWZ obowiązek złożenia przez wykonawcę, który polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, co podmiot trzeci albo informacji o tym, że podmiot trzeci nie należy do grupy kapitałowej, tj. dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z S 3 ust. 4 rozporządzenia. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5) Uzasadnienie naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. złożył ofertę, w której zastrzegł informacje zawarte w części dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 1 do formularza ofertowego oraz załączniki do oferty: nr 9 oraz od nr 13 do numeru 21 (tj. dokumenty zawarte na stronach: 8, 9, 44, 45 oraz od 53 do 510). Zastrzeżony przez wykonawcę załącznik nr 9 do oferty stanowi listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

W załączniku nr 1 do oferty wykonawca zawarł uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności wykonawca przedstawił ogólne uzasadnienie dotyczące zapewnienia poufności zastrzeganych informacji i nieujawnienia ich do publicznej wiadomości. Następnie przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów. W odniesieniu do zastrzeżenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawca poinformował: „Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że krąg podmiotów zawartych w dokumencie zawierającym listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy nie jest ujawniony w żadnym rejestrze, ani w żadnym innym ogólnodostępnym zbiorze informacji. Oznacza to, że osoby trzecie nie mają możliwości ustalenia kręgu podmiotów ujętych w zestawieniu załączonym do oferty. To, że ujęte w zestawieniu informacje dotyczące poszczególnych spółek, takie jak firma i adres siedziby, są dostępne w rejestrach właściwych według ich siedzib nie oznacza, że ujawnione są w nich powiązania pomiędzy spółkami wchodzącymi w skład grupy kapitałowej. W oparciu zatem jedynie o informacje zawarte w tych rejestrach nie ma możliwości sporządzenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Informacje zawarte w dokumencie spełniają zatem wymóg nieujawnienia ich do wiadomości publicznej, tym bardziej, że dokument ten jest zastrzegany jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których udział bierze Wykonawca. Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”.

W toku oceny oferty Solaris Bus & Coach S.A. zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia żadnego z dokumentów uznanych przez wykonawcę za tajemnicę

przedsiębiorstwa. W konsekwencji wszystkie zastrzeżone dokumenty, w tym lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, nie zostały ujawnione przez zamawiającego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że zasada jawności postępowania określona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej: „ustawa Znk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko poparte dowodami, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Prezesa UZP, analiza uzasadnienia Solaris Bus & Coach S.A. objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej prowadzi do wniosku, że w uzasadnieniu nie zawarto informacji potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym nie zostało wykazane, że zastrzegany dokument zawiera informacje organizacyjne i handlowe posiadające wartość gospodarczą. W ramach przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia wskazano w tym kontekście jedynie, że „Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania

pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą".

Jak dalej podkreślił Prezes UZP, lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej zawiera wykaz powiązanych z wykonawcą podmiotów, ograniczający się do wskazania nazw podmiotów oraz adresów ich siedzib. Tego rodzaju informacje nie mają charakteru organizacyjnego ani handlowego o wartości gospodarczej, co podnosił zamawiający w uzasadnieniu załączonym do oferty. Dane podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, tj. ich nazwa i adres, nie stanowią informacji o charakterze organizacyjnym i handlowym. Nie zawierają bowiem informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, treści powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, relacji opartych na stosunkach nadrzędności, podrzędności itp. Dokument przedstawia tylko skład grupy kapitałowej bez wskazania procesów zachodzących w ramach takiej grupy. Informacje zawarte w przedmiotowym dokumencie nie zawierają również żadnych informacji o faktycznych relacjach handlowych między powiązаныmi spółkami. W złożonym wraz z ofertą uzasadnieniu wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą przedstawia wykaz powiązanych z wykonawcą podmiotów. Wykonawca wskazał, że wartość gospodarcza, jaką zdaniem wykonawcy, posiada lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowi jedną z przesłanek zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. przedstawił jedynie ogólne wyjaśnienia, bez opisanie dowodów na poparcie swoich tez.

Wiedza na temat sposobu prowadzenia działalności przez powiązane podmioty nie wynika z samej listy podmiotów powiązanych, lecz z wewnętrznej dokumentacji poszczególnych podmiotów, obrazującej wzajemne zależności, wymianę informacji i przedmiot współpracy gospodarczej. Tego rodzaju informacje mogłyby stanowić istotną wiedzę dla podmiotów konkurujących na rynku z Solaris Bus & Coach S.A., jednakże lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej nie zawiera żadnych tego typu szczegółów działalności spółki i podmiotów powiązanych.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie wykazał, że informacje zawarte w dokumencie stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, bądź handlowym, posiadające wartość gospodarczą. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż informacje zawarte w liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej posiadają znaczenie na tyle istotne, że uzasadniają ograniczenie ustawowej zasady jawności postępowania. Powyższe zdaniem Prezesa UZP prowadzi do wniosku, że powinny być zostać

ujawnione przez zamawiającego. Zaniechanie zamawiającego ujawnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający zakwestionował stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 27.04.2018 r. następujące naruszenia:

- 1) naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) — w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwanej dalej „ustawą Pzp” i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231),
- 3) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli naruszeń: §3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), tj. naruszeń wskazanych w pkt 2 ppkt 3 i 4 Informacji o wyniku kontroli z dnia 27.04.2018 r.

W ocenie Zamawiającego ustalony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia był warunkiem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i jako taki zgodny z regulacją art. 22 ust. 4 pzp, a w konsekwencji zaś nie prowadził do ograniczenia uczciwej konkurencji, tj. nienaruszającym również postanowień art. 7 ust. 1 pzp.

Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego byli traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując na etapie przygotowywania SIWZ dla objętego kontrolą następczą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający kierował się celem postępowania, jakim było dokonanie wymiany części taboru autobusowego dla zapewnienia bezpieczeństwa i komfortu pasażerów, a także zmniejszenia emisyjności związanej z eksploatacją tegoż taboru (ekologiczność) w oznaczonym czasie. Zamawiający wskazał także, że śledził na bieżąco orzecznictwo sądów powszechnych, sądów administracyjnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej i formułował

przedmiotowe warunki w zgodzie z obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności zaś w zakresie regulacji art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp.

Zamawiający zauważył, że nowelizacją pzp z czerwca 2016 r. analizowany przepis art. 22 ust. 4 pzp został uchylony, a tym samym wszelkie czynione uwagi w przedmiocie jego wykładni dotyczą stanu prawnego aktualnie nieobowiązującego.

Zamawiający wskazał także, że w niektórych rozstrzygnięciach Krajowa Izba Odwoławcza za warunek proporcjonalny uznawała nawet takie określenie wymagań dotyczących warunku wiedzy i doświadczenia, które wykraczały poza zakres przedmiotu zamówienia. Powyższa wykładnia przepisów prawa zamówień publicznych została potwierdzona w orzeczeniach sądów administracyjnych wydanych w dacie prowadzenia postępowania o udzielenie kontrolowanego zamówienia publicznego, co utwierdziło Zamawiającego w prawidłowości dokonanego w tej mierze opisu warunków udziału w nim. W wyroku z dnia 2 lipca 2015r. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie (II GSK 636/14) uznał za prawidłowe stanowisko że: „sformułowany wymóg - wykonania co najmniej jednej dostawy w ilości minimum 8 sztuk niskopodłogowych miejskich autobusów Przegubowych jednego typu - oznaczał, że wykonawcy zobowiązani byli legitymować się doświadczeniem tożsamym z Przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że postawiony wymóg był wymogiem "wysokim".

W ocenie Zamawiającego tak określony wymóg udziału w postępowaniu nie był wymogiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i celu, jakiemu zamówienie to miało służyć, a także pozostałych warunków realizacji tegoż zamówienia, do których niewątpliwie zaliczyć należy, wbrew czynionym w tej mierze przez Urząd Zamówień Publicznych, zastrzeżeniom, również czas na wykonanie przedmiotowego zamówienia. Powyższe, jako konieczne do uwzględnienia przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdził zresztą również m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyżej przytoczonym rozstrzygnięciu z dnia 2 lipca 2015 r.

Zamawiający podniósł także, że doświadczenie wykonawcy objawiające się w liczbie dostarczonych autobusów jest istotne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Sam potencjał techniczny, organizacyjny i kadrowy nie gwarantuje realizacji zamówienia, potrzeba do tego również, stosownego doświadczenia. Zamawiający wskazał na umowę zawartą z Komunikacyjnym Związkiem Komunalnym Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego jako organizatorem komunikacji miejskiej w Aglomeracji Śląskiej na wykonywanie usług transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej (par. 2 ust. 5) Zamawiający zobowiązany był od dnia 01.01.2017r. wykonywać wszystkie zadania na liniach autobusami niskopodłogowymi oraz wycofania wyeksploatowanych autobusów z wysoką podłogą (wszystkich marki Ikarus). Z tych względów Zamawiający wymagał od Wykonawców biorących udział w przedmiotowym

postępowaniu przetargowym wylegitymowania się w formie referencji doświadczeniem analogicznym do przedmiotu zamówienia, co dawało większą gwarancję na wykonanie zamówienia w stosunkowo krótkim terminie, tj. 5 miesięcy od daty podpisania umowy bez możliwości jego przedłużenia. Niedotrzymanie terminu dostawy przez Wykonawcę skutkowałoby rozwiązaniem umowy z KZK GOP i utratą pracy przewozowej. Z tych względów wymagane referencje nie można uznać za wygórowane, lecz za uzasadnione dla Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający nadmienił, że w toku kontroli przekazał oświadczenia firmy MAN TRUCK & BUS POLSKA Sp. z o.o. będącej jednym z większym dostawców autobusów potwierdzające, że postawiony warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia nie stanowił przeszkody w złożeniu oferty przez tę firmę.

Zamawiający wskazał także, że z uwagi na brak zdefiniowania przez prawodawcę pojęcia „proporcjonalność” oraz niedookreślenia warunków minimalnych oraz maksymalnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia z punktu widzenia tejże właśnie proporcjonalności, ewentualna możliwość dokonania odmiennej, od wyżej przedstawionej przez Zamawiającego, wykładni tychże regulacji, nie może prowadzić do negatywnej oceny działań podejmowanych przez Zamawiającego opierającego się przy wykładni właściwych postanowień umownych o dorobek orzecznictwa i doktryny, tj. działającego z dochowaniem w tej mierze należytej staranności. Wszelkie ewentualne rozbieżności w wykładni powołanych regulacji prawnych winny być, z uwagi na ich powstanie wskutek nieprecyzyjności postanowień przepisów prawa, które potwierdza zresztą sama nowela przepisów, uchylająca analizowane postanowienie art. 22 ust. 4 pzp, tłumaczone na korzyść Zamawiającego, działającego w oparciu o przepisy, w zaufaniu do racjonalnego prawodawcy.

Zamawiający wskazał także, że wykonawcy składający pytania do postanowień SIWZ nie złożyli odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, z czego należy domniemywać, że podzielili stanowisko Zamawiającego co do proporcjonalności zastrzeżonego przez niego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Zamawiającego, wpływ jednej oferty w postępowaniu nie może świadczyć o nieproporcjonalności warunku. Taka prosta konstatacja prowadziłaby do konieczności uznania, że każdorazowo w przypadku wpływu wyłącznie jednej oferty, warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób nieproporcjonalny, co nie może się ostać, w szczególności mając na względzie okoliczność, iż częstokroć w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdarza się, że żaden wykonawca nie składa ofert. W niniejszej sprawie wpływ wyłącznie jednej oferty potwierdza w istocie właśnie trudność związaną z wykonaniem tak dużej dostawy w określonym czasookresie, co wymaga szczególnego zaplecza technicznego i możliwości produkcyjnych, a tym samym świadczy o właściwym tj.

proporcjonalnym sformułowaniu przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Zamawiającego nie sposób jest przyjąć, aby ustalony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia był nieproporcjonalny do przedmiotu tego zamówienia, a w konsekwencji, by Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych tj. art. 22 ust. 4 pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że zapotrzebowanie na nowy tabor autobusowy jest duże, a uznanie możliwości naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp spowodowałyby nałożenie dotkliwej korekty finansowej przez IZ RPO WSL ograniczającej dofinansowanie projektu ze środków unijnych. Z tych względów uznanie przedstawionych racji Zamawiającego jest tak istotne dla wyników przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej.

W zakresie zastrzeżenia dotyczącego nadmiernego żądania dokumentów względem podmiotów zagranicznych tj. w odniesieniu do notariusza, który w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych miał zostać określony przez Zamawiającego jako „notariusz właściwy dla miejsca zamieszkania osoby”, co pozostawało w sprzeczności z regulacją obowiązującego w dacie ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający wskazał, że przedmiotowe stwierdzenie pozostaje w sprzeczności z brzmieniem SIWZ Zamawiającego w odpowiednim zakresie. Jak wynika z jego treści, w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczy niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy PRP, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń — zastępuje dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób."

Zamawiający stwierdził, że dokonując literalnej i gramatycznej wykładni przedmiotowego postanowienia SIWZ stwierdzić należy, iż określenie „miejsca zamieszkania tych osób” odnosi się do „właściwego” organu, nie zaś do notariusza, który w tymże postanowieniu SIWZ występuje jeszcze przed słowem „właściwe” które to słowo pozostaje właśnie w związku z miejscem zamieszkania. Tym samym, zdaniem Zamawiającego warunek SIWZ sformułowany

został prawidłowo, tj. dopuszcza dowolność w zakresie wyboru notariusza, w tym co do kraju, w którym oświadczenie ma zostać złożone.

Odnosząc się do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający wskazał, że problematyka ta była przedmiotem wielu rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający wywiódł, że o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkującym w tym względzie utajnieniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może być mowa w przypadku, gdy wykonawca zastrzegający w odniesieniu do oferty tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może wykazać (nie udowodnić, jak chciałby tego Odwołujący), przesłanki tej tajemnicy tj. jej technologiczny, techniczny lub organizacyjny charakter, okoliczność, iż informacja ta nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz może wykazać podjęcie w stosunku do niej kroków mających na celu zachowanie jej w poufności, przy czym za wykazanie przedmiotowego nie sposób jest uznać wyłącznie odwołania do właściwej regulacji prawnej lub poprzestania na przytoczeniu jej treści lub w sposób ogólnikowy przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. spełniały wszystkie powyższe warunki, w szczególności wykonawca wskazał na nieujawnienie przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej, o podejmowaniu kroków celem zachowania tychże informacji w poufności, tj. w szczególności wobec zastrzegania względem nich tajemnicy przedsiębiorstwa, a także oznaczył charakter tychże informacji jako organizacyjnych oraz wskazał na ich wartość gospodarczą.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że jego decyzja była decyzją prawidłową w związku z brzmieniem art. 8 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym uwzględniając właściwe sankcje za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 23 ust. 1 p.z.p. powołanej ustawy.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał swoje stanowisko i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów nie określają generalnej i bezwarunkowej dopuszczalności określenia warunku wiedzy i doświadczenia w kształcie wprost powielającym wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, powyższą możliwość należy uznać za dopuszczalną na zasadzie wyjątku, w przypadkach uzasadnionych okolicznościami danego postępowania.

Określona w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza niewątpliwie ich adekwatność do zamawianego przedmiotu przy kompleksowym uwzględnieniu jego charakteru. Zatem przy ocenie proporcjonalności należy brać pod uwagę w pierwszej kolejności powyższe okoliczności dotyczące danego zamówienia, nie zaś interesy zamawiającego. Przy czym istotne jest przede wszystkim niezawyżanie warunków, gdyż każdy z nich ogranicza wykonawcom dostęp do zamówień publicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w którym określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W wyroku z dnia 16 września 1999 roku, C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ETS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu" (wyrok KIO z dnia 05.06.2014 r., KIO 938/14). Tym samym zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą bowiem w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców".

W kontrolowanym postępowaniu warunek wiedzy i doświadczenia przewidywał konieczność wykazania jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby - w stosunku do przedmiotu zamówienia - autobusów niskopodłogowych przegubowych (15 szt.) oraz odrębnie — jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych (15 szt.). Wykazywane autobusy musiały spełniać również te same parametry, w stosunku do autobusów zamawianych, w zakresie podstawowych parametrów technicznych określonych odpowiednio w pkt 111.6.1.a. oraz w pkt 111.6.1.b. SIWZ. Opis warunku wskazuje zatem, iż zamawiający uznał, że do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia co najmniej takiej samej liczby analogicznych autobusów. W konsekwencji wykonawcy mogący wykazać się realizacją chociażby nieznacznie mniejszej liczby autobusów (ale nadal pozostającej w znacznej proporcji do wielkości przedmiotu zamówienia) zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty. Wymagania zamawiającego w kwestii doświadczenia zostały zatem określone na poziomie przekraczającym podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia.

W odniesieniu do kwestii związanej z krótkim terminem wyznaczonym do realizacji zamówienia, który stanowił, zdaniem zamawiającego, istotny powód wymagania od wykonawców wykazania się znacznym doświadczeniem w realizacji analogicznych dostaw,

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że Zamawiający dysponował wystarczającym czasem na przeprowadzenie postępowań o udzielenie koniecznych zamówień. Wobec tego, konieczność wymiany pojazdów do dnia 01.01.2017 r., do której zamawiający zobowiązał się w dniu 31.10.2013 r., nie mogła stanowić argumentu dla twierdzenia, że opisane okoliczności powodowały konieczność wyznaczenia znacznych wymagań względem doświadczenia wykonawców, w sytuacji, gdy zobowiązanie względem Komunikacyjnego Związku Komunalnego GOP pozostawiało możliwość określenia dłuższego terminu realizacji zamówienia.

W ocenie Prezesa UZP, wyznaczenie 5-miesięcznego terminu realizacji zamówienia w analizowanych okolicznościach może budzić pewne wątpliwości, jednakże termin realizacji zamówienia nie może stanowić uzasadnienia do wprowadzenia przedmiotowo wygórowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Zamawiający w opisie warunku nie postawił wymogu związanego z doświadczeniem w szybkości realizacji dostawy tylko nieproporcjonalne przedmiotowo wymogi dotyczące ilości dostaw i ich jakości przedmiotowej.

Dalej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający w treści zastrzeżeń nie przedstawił okoliczności uzasadniających opis warunku wiedzy i doświadczenia, które odnosiłyby się do samego przedmiotu zamówienia, a więc specyfiki zamawianych autobusów. Zamawiający nie przedstawił okoliczności dotyczących np. znacznego skomplikowania technologicznego przedmiotu zamówienia, bądź niestandardowych wymagań technicznych, które uzasadniałyby określenie tak wysokich wymagań względem doświadczenia wykonawcy, w porównaniu do zakresu przedmiotu zamówienia. W kontrolowanej sprawie nie zaistniały zatem okoliczności, które pozwalałyby na wymaganie od wykonawców doświadczenia na poziomie wyższym niż niezbędny do zapewnienia należytej realizacji zamówienia.

Ponadto Prezes UZP wskazał na orzecznictwo, w którym podkreśla się, że nie można mówić, by warunek był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdy w istocie jest to warunek wprost powielający przedmiot zamówienia. W opisywanym przypadku, jak już wskazano powyżej, dochodzi bowiem do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, gdyż wykonawcy posiadający zbliżone doświadczenie oraz posiadający możliwość należytego wykonania całości zamówienia, byliby eliminowani z postępowania tylko i wyłącznie dlatego, że nie wykonali zadania o zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w treści zastrzeżeń wskazał, że wątpliwości w kwestii interpretacji art. 22 ust. 4 ustawy Pzp potwierdza dodatkowo fakt uchylecia tego artykułu w ramach nowelizacji ustawy Pzp dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). W odpowiedzi na

zastrzeżenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że zasada zawarta w powyższym przepisie została ujęta w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp po nowelizacji, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zamawiający zwrócił również uwagę w treści zastrzeżeń, że „okoliczność w postaci wpływu wyłącznie jednej oferty w postępowaniu nie może świadczyć o nieproporcjonalności warunku”. Zdaniem Prezesa UZP, wbrew twierdzeniu zamawiającego, przebieg kontrolowanego postępowania i wpływ do zamawiającego jedynie jednej oferty może świadczyć o braku możliwości złożenia oferty przez innych wykonawców z powodu nieposiadania wymaganego doświadczenia określonego na nadmiernie wysokim poziomie.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ocenił, że nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia w zakresie dostawy 15 szt. autobusów przegubowych i 15 szt. autobusów jednoczłonowych o opisanych parametrach został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia został opisany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i mógł prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie wskazał, że w rozdziale VI SIWZ, w części dotyczącej dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych zamawiający zamieścił następującą informację: „Jeżeli, w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń — zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób”.

Ponadto w rozdz. VI SIWZ wskazano, że „jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 6 rozdz. VI, w części dotyczącej wykonawców mających siedzibę lub

miejsce zamieszkania poza terytorium RP) zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”. Powyższe postanowienia rozdz. VI SIWZ stanowią informacje określone w § 2 ust. 2 oraz w § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r., nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że dla zapewnienia prawidłowego toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek m. in. określania wymagań w kwestii dokumentów wymaganych od wykonawców w sposób zgodny z zakresem wyznaczonym aktualnymi przepisami prawa. Zważywszy na datę wszczęcia niniejszego postępowania, aktem prawnym określającym katalog dokumentów jakich mógł żądać zamawiający w kontrolowanym postępowaniu było rozporządzenie z dnia 19.02.2013 r. Zamawiający zastosował natomiast rozporządzenie obowiązujące wcześniej, uchylone przepisami rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. Stosowanie nieaktualnego rozporządzenia doprowadziło, jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, do żądania nieprawidłowych dokumentów w stosunku do podmiotów mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium RP.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że z brzmienia przepisów § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r. wynika możliwość uznania, że określone w nich oświadczenie może być złożone wyłącznie przed notariuszem miejsca zamieszkania osób lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Natomiast w aktualnym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania rozporządzeniu z dnia 19.02.2013 r., powyższa kwestia została uregulowana odmiennie. W wyniku zmiany, wyraźnie dopuszczono w treści § 3 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. rozwiązanie polegające na rezygnacji z wymogu, aby notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10-11 ustawy Pzp. W analogiczny sposób zmienione zostało brzmienie § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 30.12.2009 r., który również nie przewiduje po zmianie wymogu, aby notariusz był notariuszem działającym w obszarze kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższe przepisy rozporządzenia wprowadziły zmiany, które w sposób odmienny w stosunku do poprzedniego rozporządzenia określiły możliwość składania dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem. Regulacje zawarte w rozporządzeniu z dnia 19.02.2013 r. umożliwiają składanie oświadczeń przez osoby i wykonawców zarówno przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał że zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonych informacji w rozdz. VI SIWZ stanowi naruszenie § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r.

W odniesieniu do 3 zarzutu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. istotnie zawarł w wyjaśnieniach złożonych wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił uzasadnienie dotyczące zapewnienia poufności zastrzeganych informacji i nieujawnienia ich do publicznej wiadomości. Ponadto wykonawca twierdził w wyjaśnieniach, że lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, a informacje w niej zawarte stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą. Należy jednak wskazać, że wyjaśnienia wykonawcy składane na potwierdzenie zasadności zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają każdorazowo ocenie zamawiającego. Stanowisko wykonawcy wymaga weryfikacji przez zamawiającego, który ma obowiązek zbadać, czy zastrzegane informacje rzeczywiście spełniają przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy Znk, tj. czy stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że Zamawiający w treści zastrzeżeń zamawiający nie odniósł się w żadnym stopniu do kwestii mającej charakter kluczowy tj. do oceny treści powyższych informacji w kontekście możliwości zakwalifikowania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że Zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów na rzecz możliwości uznania listy podmiotów należących do grupy kapitałowej, w kształcie przedłożonym przez Solaris Bus & Coach S.A., jako posiadającej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Powyższa kwestia stanowiła natomiast istotę stwierdzonego naruszenia, Wykonawca złożył, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wyjaśnienia, w których dążył do wykazania powyższych informacji, jednakże wyjaśnienia te powinny zostać uznane za niezasadne i niepotwierdzające możliwości zastrzeżenia omawianych informacji.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, że powyższe stanowisko, przedstawione w uzasadnieniu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk w Informacji o wyniku kontroli, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 385/15, Izba wskazała: „W ocenie Izby zastrzeżone informacje nie mają charakteru organizacyjnego ani gospodarczego,

co podnosił odwołujący. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż dane podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, tj. ich nazwa i adres, nie stanowią informacji o charakterze organizacyjnym. Nie zawierają bowiem informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, relacji opartych na stosunkach nadrzędności, podrzędności itp. Dokument przedstawia tylko skład grupy kapitałowej bez wskazania procesów zachodzących w ramach takiej grupy”. Z kolei w wyroku z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 453/16, KIO 454/16 Izba stwierdziła, „W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, zamawiający w sposób prawidłowy zweryfikował zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosku odwołującego II, w następstwie czego odtajnił w zakresie przez siebie wskazanym listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Odnosząc się do listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w zakresie w jakim została ona odtajniona przez zamawiającego, to w pierwszej kolejności stwierdzić należy, jak słusznie zamawiający zauważył, że lista ta zawiera jedynie informacje dotyczące nazw podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej (...) i nie sposób z niej wywieść, jak twierdził odwołujący II, zasad działania samej grupy kapitałowej”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił także uwagę na stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2022/16: „W odniesieniu do Załącznika nr 12 - Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej również należy podzielić pogląd wyrażony przez Odwołującego. Zgodzić należy się z Odwołującym, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej również nie stanowi informacji chronionej prawnie i nie ma podstaw do jej utajniania w niniejszym stanie faktycznym. Jak trafnie zauważył Odwołujący dokument ten stanowi jedynie informację o istniejących pomiędzy danymi podmiotami powiązaniach kapitałowych, które z istoty swojej nie mają charakteru tajnego. Informacje te można bowiem znaleźć w powszechnie dostępnych rejestrach handlowych, w których wskazuje się osoby pełniące w danym podmiocie funkcje zarządzające lub nadzorcze, oraz wspólników danego podmiotu czy jego właścicieli, co pozwala na ustalenie pewnych powiązań pomiędzy spółkami, które decydują o przynależności do jednej grupy kapitałowej. Są to dane powszechnie dostępne, które bez względu na kraj pochodzenia przedsiębiorcy są i muszą być - z istoty swojej - jawne”.

Powyższe rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają zasadność stwierdzenia, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. nie stanowi dokumentu, któremu powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, przytoczone orzeczenia potwierdzają, że wykaz podmiotów powiązanych kapitałowo, wymieniający wyłącznie nazwy i adresy tych podmiotów nie stanowi informacji o charakterze organizacyjnym i handlowym.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, że w złożonym wraz z ofertą uzasadnieniu wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą przedstawia wykaz powiązanych z wykonawcą podmiotów. Wykonawca nie zawarł w wyjaśnieniach żadnych szczególnych okoliczności, które pozwalałyby uznać, że dla działalności wykonawcy wykaz podmiotów powiązanych kapitałowo posiada rzeczywistą i wymierną wartość.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, że wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie wykazał, że informacje zawarte liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, bądź handlowym, posiadające wartość gospodarczą. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż informacje zawarte w liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej posiadają znaczenie na tyle istotne, że uzasadniają ograniczenie ustawowej zasady jawności postępowania. Zatem zaniechanie zamawiającego ujawnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Ad 1

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym wymagania zamawiającego w kwestii doświadczenia zostały określone na poziomie przekraczającym podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia.

W kontrolowanym postępowaniu warunek wiedzy i doświadczenia przewidywał konieczność wykazania jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby - w stosunku do przedmiotu zamówienia - autobusów niskopodłogowych przegubowych (15 szt.) oraz odrębnie — jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych (15 szt.). Oznacza to, że zamawiający uznał, że do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędne jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia co najmniej takiej samej liczby analogicznych autobusów.

Zamawiający wskazywał w treści zastrzeżeń, że prawodawca nie zdefiniował pojęcia „proporcjonalność” oraz nie dookreślił warunków minimalnych i maksymalnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia z punktu widzenia proporcjonalności.

Należy mieć jednak na uwadze, że sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego i umożliwienia dostępu do udziału w postępowaniu szerokiej grupie wykonawców. Tym samym, warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie zawsze oznaczać musi warunek wprost powielający przedmiot zamówienia. W niniejszym postępowaniu sformułowanie warunku udziału w postępowaniu odpowiadającego dokładnie przedmiotowi zamówienia spowodowało możliwość eliminacji z postępowania tych wykonawców, którzy zrealizowali dostawy autobusów odpowiadające wymaganiom Zamawiającego, jednakże zakres zrealizowanych dostaw był mniejszy niż w opisie przedmiotu zamówienia. Zatem wykonawcy mogący wykazać się realizacją chociażby nieznacznie mniejszej liczby autobusów (ale nadal pozostającej w znacznej proporcji do wielkości przedmiotu zamówienia) zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty. Zamawiający nie przedstawił żadnych szczególnych okoliczności wykazujących brak możliwości prawidłowego zrealizowania dostawy będącej przedmiotem niniejszego zamówienia przez wykonawcę posiadającego doświadczenie na poziomie nawet nieznacznie niższym od zakresu udzielanego zamówienia.

W ocenie Izby oznacza to, że opisany warunek przedstawia wymagania nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, przez co narusza dyspozycję art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, w którym powodem postawienia wymagania od wykonawców wykazania się znacznym doświadczeniem w realizacji dostaw był krótki termin wyznaczony do realizacji zamówienia, należy wskazać, że Zamawiający w opisie warunku nie postawił wymagania związanego z doświadczeniem w szybkości realizacji dostawy. Ponadto podnoszone przez Zamawiającego okoliczności dotyczące terminu dotyczyły kwestii organizacyjnych Zamawiającego i nie uzasadniają postawienia tak wysokich wymagań w treści warunku. Tym samym twierdzenie Zamawiającego również w tym zakresie jest bezzasadne. Izba podziela także stanowisko Prezesa UZP, zgodnie z którym wpływ tylko jednej oferty może świadczyć o braku możliwości złożenia oferty przez innych wykonawców z powodu braku wymaganego doświadczenia określonego na nadmiernie wysokim poziomie.

Reasumując, w ocenie Izby nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu warunek wykazania doświadczenia dostawy 15 szt. autobusów przegubowych i 15 szt. autobusów jednoczłonowych o opisanych parametrach został określony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji ten warunek mógł prowadzić do ograniczenia

uczciwej konkurencji i naruszenia art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad 2

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym na zamawiającym ciąży obowiązek m. in. określania wymagań w kwestii dokumentów wymaganych od wykonawców w sposób zgodny z zakresem wyznaczonym aktualnymi przepisami prawa. Aktem prawnym określającym katalog dokumentów, jakich mógł żądać Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu, było rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. Zamawiający zastosował natomiast rozporządzenie obowiązujące wcześniej, uchylone przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. Stosowanie rozporządzenia, które w chwili wszczęcia postępowania przez Zamawiającego już nie obowiązywało, doprowadziło, jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, do żądania nieprawidłowych dokumentów w stosunku do podmiotów mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Ad.3

Izba podziela także stanowisko Prezesa UZP, że zastrzeżona lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. nie zawierała informacji mających charakter organizacyjny oraz handlowy, posiadających wartość gospodarczą.

Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tylko informacje, które mieszczą się w kategoriach informacji wskazanych w tym przepisie, mogą zostać uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zastrzegania określonych informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa istotne znaczenie ma także art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zatem to wykonawca powinien wykazać, że spełnione zostały określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki, niezbędne do uznania, że określone informacje mieszczą się kategorii informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Solaris Bus & Coach S.A., jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w

którym nie zostało wykazane, że zastrzegany dokument zawiera informacje organizacyjne i handlowe posiadające wartość gospodarczą. W ramach przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia wskazano w tym kontekście jedynie, że „Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”.

W treści tych wyjaśnień bliżej nie opisano rodzajów powiązań między podmiotami wchodzącymi w skład grupy kapitałowej, ani też nie opisano bliżej, jaką wartość gospodarczą posiada lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej.

W konsekwencji trafnie stwierdził Prezes UZP, że wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie wykazał, że informacje zawarte w liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, bądź handlowym, posiadające wartość gospodarczą, a więc, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający powinien listę tę ujawnić.

W treści zastrzeżeń Zamawiający powołał się na bogate orzecznictwo Izby dotyczące zastrzegania określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże nie odniósł się do istoty zastrzeżeń, jakie zostały podniesione przez Prezesa UZP. Zamawiający nie odniósł się do kwestii, czy rodzaj informacji przedstawionych przez wykonawcę (lista podmiotów należących do grupy kapitałowej) pozwalał na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia dokumentów uznanych przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca złożył wyjaśnienia, jednakże jak słusznie zauważył Prezes UZP, wyjaśnienia te powinny zostać uznane za niezasadne i niepotwierdzające możliwości zastrzeżenia omawianych informacji.

Zamawiający nie przedstawił argumentów, przemawiających za możliwością uznania listy podmiotów należących do grupy kapitałowej, w kształcie przedłożonym przez Solaris Bus & Coach S.A., jako zawierającej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym dane podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, tj. dane zawierającej ich nazwy i adresy, nie stanowią informacji o charakterze organizacyjnym. Dane tego rodzaju nie zawierają bowiem informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, przepływów finansowych, przepływów towarów i usług itp.

Nadto wskazać należy, że warunkiem niezbędnym dla skuteczności uznania określonej informacji za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, niezbędne jest wykazanie, że informacja ta posiada wartość gospodarczą. Jednakże w niniejszej sprawie wykonawca

Solaris Bus & Coach S.A. okoliczności tej nie wykazał. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba podziela zatem stanowisko Prezesa UZP, że brak jest możliwości stwierdzenia, iż informacje zawarte w liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej posiadają znaczenie na tyle istotne, że uzasadniają ograniczenie ustawowej zasady jawności postępowania. Tym samym, zdaniem Izby, zasadnie stwierdzono, że zaniechanie zamawiającego ujawnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy ZnK.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....