

**Sygn. akt: KIO/KD 20/18**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 5 czerwca 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 04 maja 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Katowice Sp. z o.o.,  
ul. Mickiewicza 59,  
40-085 Katowice,**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 kwietnia 2018 r. (znak UZP/DKZP/WKZ4/421/10(10)/17/JB) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

**„Dostawa 20 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki dla PKM Katowice Sp. z o.o.”.**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Luiza Łamejko**

**Małgorzata Matecka**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 04 maja 2018 r. do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 27 kwietnia 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp kontrolę doraźną (znak: UZP/DKZP/KND/5/17) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Katowice Sp. z o.o. w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa 20 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki dla PKM Katowice Sp. z o.o.”, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej także „ustawą Pzp”:

- 1) art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opis warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógł prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji;
- 2) § 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), 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) § 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 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 4) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 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), 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) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku 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.

O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r., przesyłając Informację o wyniku kontroli (znak: UZP/DKZP/WKZ4/421/10(10)/17/JB. W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, co następuje:

**Ad. 1. Naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 20 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, jednak dla opisu przedmiotu zamówienia przyjęto podział na dwie grupy:

- dostawa 15 sztuk nowych autobusów miejskich niskopodłogowych spełniających wymagania określone w pkt III.6.1.a SIWZ, zwanych dalej autobusami przegubowymi,
- dostawa 5 sztuk nowych autobusów miejskich niskopodłogowych spełniających wymagania określone w pkt III.6.1.b SIWZ, zwanych dalej autobusami jednoczłonowymi.

Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu 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 pkt III.6.1.a SIWZ oraz
- dostawy dla jednego odbiorcy w ramach jednego zamówienia w liczbie co najmniej 5 sztuk miejskich autobusów niskopodłogowych spełniających podstawowe parametry techniczne określone w pkt III.6.1.a SIWZ.

Pomimo wniosku jednego z wykonawców o zmianę ww. warunku udziału, Zamawiający pismem z dnia 3 czerwca 2018 r. podtrzymał treść warunku.

Prezes Urzędu podniósł, że 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 5 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 5 sztuk autobusów jednoczłonowych, niezbędne jest posiadanie doświadczenia w dostawie takiej samej ilości analogicznych autobusów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostawie mniejszej liczby autobusów tego rodzaju również posiada zdolność 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. Z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wynika obowiązek takiego opisu warunku, który zachowa właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, charakteru i stopnia skomplikowania. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2018 r. Zamawiający nie wykazał znacznego skomplikowania technicznego przedmiotu zamówienia bądź niestandardowych wymagań technicznych, które uzasadniałyby określenie tak wysokich wymagań względem doświadczenia wykonawcy, w porównaniu do zakresu przedmiotu zamówienia. Nie ma też podstaw by uznać, że przedmiotowe zamówienie wyróżnia się szczególną specyfiką, która uzasadniałaby określenie wymagań względem doświadczenia na poziomie przekraczającym podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w toku postępowania uzyskał wiedzę od jednego z wiodących wykonawców na rynku, że warunek w tym postępowaniu mógł zostać opisany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudniający dostęp do udziału w postępowaniu doświadczonym producentom działającym na rynku.

Kontrolujący zauważył także, że Zamawiający wymagał realizacji dwóch dostaw – każdej w ramach jednego zamówienia dla jednego odbiorcy. Dostawy nie mogły być zatem nawet łączone, co stanowiło dodatkowe ograniczenie dla wykonawców ubiegających się o zamówienie. Kontrolujący podkreślił, że względy organizacyjne działalności Zamawiającego nie wyłączają obowiązywania kluczowych zasad zamówień publicznych określonych wprost w przepisach ustawy Pzp.

Okolicznością potwierdzającą określenie warunku udziału na zbyt wysokim poziomie w stosunku do przedmiotu zamówienia jest także okoliczność, że w postępowaniu wpłynęła do zamawiającego tylko jedna oferta, przy czym warunek udziału w postępowaniu poprzez wykazanie dostawy 18 szt. autobusów przegubowych został wykazany przez wykonawcę realizacją zamówienia zakończonego na jeden dzień przed terminem składania ofert.

Prezes UZP stwierdził zatem naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

**Ad. 2.** Naruszenie § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie dokumentów.

W rozdziale VI SIWZ, Zamawiający zamieścił informacje dotyczące wymaganych dokumentów, określone w § 2 ust. 2 i w § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania w dniu 7 maja 2015 r.

W treści § 3 ust. 3 i § 4 ust. 3 nowego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. została wprowadzona zmiana w stosunku do brzmienia § 2 ust. 2 i w § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 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) nastąpiła rezygnacja z wymogu, aby notariusz działał na obszarze miejsca zamieszkania osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10-11 ustawy Pzp. Z tych względów zawarcie przez Zamawiającego w SIWZ powyższej informacji, stanowi naruszenie § 3 ust. 3 i § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia 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 (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. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**Ad. 3.** Naruszenie § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie dokumentów.

W rozdziale VI pkt 3 SIWZ, Zamawiający zamieścił 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 stanowi informację określoną w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, co nastąpiło w dniu 7 maja 2015 r. W treści § 3 ust. 1 nowego rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. została wprowadzona zmiana w stosunku do brzmienia § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. W oparciu o brzmienie obowiązującego w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. Zamawiający nie miał podstaw by żądać względem osób fizycznych oświadczenia, zamiast aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.

Z tego względu zawarcie przez Zamawiającego w rozdz. VI pkt 3 SIWZ nieaktualnej informacji, stanowi naruszenie § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez nieprawidłowe

określenie dokumentu żadanego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**Ad. 4.** Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie dokumentów.

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, 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.).

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 w sprawie dokumentów z 19.02.2013 r. 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 ww. rozporządzenia, które 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. Obowiązek złożenia takich dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 2d ustawy Pzp dotyczy wyłącznie wykonawcy.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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 19.02.2013 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). W konsekwencji, wymóg określony w rozdz. V pkt 3.2 SIWZ narusza przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**Ad. 5.** Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku 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.).

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. złożył ofertę, w której zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – m.in. załącznik nr 1 do formularza ofertowego oraz załączniki do oferty od nr 12 do nr 21. Załącznik nr 12 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 przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokument ten nie został ujawniony w toku postępowania.

W ocenie Prezesa UZP, przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie nie zawiera informacji potwierdzających, że dokument zawierający listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest ogólnikowe i nie dowodzi, że zastrzeżony dokument zawiera informacje organizacyjne lub handlowe posiadające wartość gospodarczą. Dokument ten zawiera wyłącznie wykaz powiązanych z wykonawcą podmiotów, ograniczający się do wskazania nazw podmiotów oraz adresów ich siedziby. Tego rodzaju informacje nie mają charakteru organizacyjnego ani handlowego o wartości gospodarczej, co podnosił wykonawca w uzasadnieniu. Dane powyższe nie zawierają informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, treści powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, relacji opartych na stosunkach nadrzędności, podrzędności itp. Dokument ten przedstawia tylko skład grupy kapitałowej bez wskazania procesów zachodzących w ramach tej grupy. Dokument ten nie zawiera jakichkolwiek informacji o faktycznych relacjach handlowych między powiązаныmi spółkami. Wykonawca, powołując się na wartość gospodarczą tych informacji, faktycznie nie wykazał zaistnienia tej przesłanki. Zdaniem Prezesa Urzędu, wiedza na temat sposobu prowadzenia działalności przez powiązane podmioty w ramach grupy kapitałowej, nie wynika z samej listy podmiotów powiązanych lecz z wzajemnych zależności, wymiany informacji, przedmiotu współpracy gospodarczej, tj. z informacji, których nie zawiera przedmiotowy dokument.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie można zatem uznać, że informacje zawarte w powyższym dokumencie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że powinny one zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zaniechanie 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 4 maja 2018 r. (znak: PKM/10/DKW/05/2018) Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający zakwestionował naruszenie:

- art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania,
- § 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),
- 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. poz. 1503 z późn. zm.).

#### **Ad. 1.**

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami dokonanyymi w toku kontroli, w zakresie subsumpcji okoliczności dotyczących postępowania do norm prawnych art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że w świetle orzecznictwa KIO nie ma generalnego zakazu formułowania warunku w sposób tożsamy z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia został określony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz do celu postępowania, jakiemu miało ono służyć, a także pozostałych warunków realizacji zamówienia, do których niewątpliwie zaliczyć należy również czas na wykonanie przedmiotowego zamówienia, jako koniecznych do uwzględnienia przy formułowaniu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający kierował się przede wszystkim celem postępowania, jakim było dokonanie wymiany części taboru autobusowego, dla zapewnienia bezpieczeństwa i komfortu pasażerów, a także zmniejszenia emisyjności związanej z eksploatacją tego taboru (ekologiczność) w oznaczonym czasie.

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu doświadczenie wykonawcy, oprócz potencjału technicznego, organizacyjnego i kadrowego, było istotne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Zgodnie z zawartą umową z Komunikacyjnym Związkiem Komunalnym Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, jako organizatora komunikacji miejskiej w Aglomeracji Śląskiej Nr PO/68/PZ/505/DO/586/13 z dnia 31.10.2013 r. na wykonywanie usług transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej, Zamawiający był zobowiązany od dnia 01.01.2017 r. wykonywać wszystkie zadania na liniach autobusami niskopodłogowymi oraz do wycofania wyeksploatowanych autobusów z wysoką podłogą. Z tych względów Zamawiający wymagał od wykonawców wylegitymowania się 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 mogą być uznane za wygórowane, lecz za uzasadnione dla



Zamawiającego, które nie prowadziły do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, fakt, że została złożona tylko jedna oferta, nie może świadczyć o nieproporcjonalności określonego warunku. Zamawiający zwrócił uwagę na to, że termin „proporcjonalny” nie został zdefiniowany przez ustawodawcę w ustawie Pzp.

#### **Ad. 2.**

Zamawiający podniósł, że w świetle treści SIWZ nie można twierdzić, że Zamawiający nadmiernie żądał od wykonawców (podmiotów zagranicznych) dokumentu wystawionego przez notariusza właściwego „dla miejsca zamieszkania osoby”. Zamawiający wskazał, że dokonując literalnej i gramatycznej wykładni postanowienia zawartego w SIWZ, należy stwierdzić, że 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 warunek SIWZ sformułowany został prawidłowo, tj. dopuszcza dowolność w zakresie wyboru notariusza, w tym co do kraju, w którym oświadczenie może być złożone.

#### **Ad. 5.**

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zastrzeżenie przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej było prawidłowe i zasadne. Zamawiający zwrócił uwagę na sankcję z tytułu bezpodstawnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 23 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, że o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa może być mowa w przypadku, gdy wykonawcy zastrzegający w ofercie tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji winni wykazać przesłanki tejże tajemnicy, tj. jej technologiczny, techniczny lub organizacyjny charakter, okoliczność, że informacja ta nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz wykazać podjęcie w stosunku do niej kroków mających na celu zachowanie jej w poufności, przy czym za wykazanie przedmiotowego nie sposób uznać wyłącznie odwołania się do właściwej regulacji prawnej lub porzucenia na przytoczeniu jej treści lub w sposób ogólnikowy przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa określonych w przepisach.

W ocenie Zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. dokumenty, w tym lista podmiotów, spełniają wszystkie warunki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, w szczególności wykonawca wskazał na nieujawnienie przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej, na podejmowanie kroków celem zachowania ich w poufności, a także na wartość gospodarczą tych informacji oraz charakter organizacyjny i handlowy zastrzeżonych informacji.

Zamawiający wniósł o dokonanie przez Prezesa UZP ponownej oceny stanu faktycznego, a w konsekwencji uznanie zgłoszonych zastrzeżeń.

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 kwietnia 2018 r. w zakresie stwierdzonych naruszeń, wobec których Zamawiający wniósł zastrzeżenia, przy czym zastrzeżenia nie zostały wniesione przez Zamawiającego wobec stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli naruszeń wskazanych w pkt 2 ppkt 3 i 4 Informacji o wyniku kontroli z dnia 27 kwietnia 2018 r., tj. § 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) oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 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).

Uzasadniając swoje stanowisko wobec zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, Prezes Urzędu wskazał w szczególności, co następuje:

**Ad. 1.** Naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes UZP wskazał, że określona w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp „proporcjonalność” warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza niewątpliwie ich adekwatność do zamawianego przedmiotu, przy kompleksowym uwzględnieniu jego charakteru.

Ustalony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu warunek wiedzy i doświadczenia przewidywał konieczność wykazania jednorazowego dostarczenia takiej samej liczby autobusów niskopodłogowych przegubowych (15 szt.) oraz jednozrazowego dostarczenia takiej samej liczby autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych (5 szt.). Dostarczone autobusy musiały spełniać te same parametry techniczne, jak określone w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji wykonawcy mogący wykazać doświadczenie za pomocą nieznacznie mniejszej liczby autobusów zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie.

Wymagania Zamawiającego w kwestii doświadczenia zostały zatem określone na poziomie przekraczającym podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia. Wskazywane przez Zamawiającego okoliczności (cel postępowania) mogą stanowić uzasadnienie każdego zamówienia mającego za przedmiot dostawę autobusów miejskich i nie zawierają żadnych indywidualnych, wyjątkowych motywów, które wyróżniałyby kontrolowane zamówienie spośród innych zamówień o niższych wymaganiach.

Podnoszony przez Zamawiającego krótki termin na wykonanie zamówienia, zdaniem Kontrolującego, był wystarczającym czasem na przeprowadzenie postępowań o udzielenie koniecznych w tym przypadku zamówień. Umowa zawarta z KZK GOP przewidywała znaczny okres czasu na dokonanie wymiany pojazdów (do 01 stycznia 2017 r.). Zdaniem Prezesa Urzędu, samo w sobie wyznaczenie przez Zamawiającego terminu 5-miesięcznego na

wykonanie 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. Ponadto, Zamawiający w opisie warunku udziału nie postawił wymogu odnośnie doświadczenia wykonawcy w szybkości realizacji dostawy, tylko nieproporcjonalne przedmiotowo - wymogi dotyczące ilości dostaw i ich jakości przedmiotowej. Zamawiający nie przedstawił też okoliczności dotyczących np. znacznego skomplikowania przedmiotu zamówienia lub ponadstandardowych wymagań o charakterze technicznym lub technologicznym.

Ponadto, zdaniem Prezesa UZP, złożony przez jednego wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, wniosek do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie omawianego warunku udziału, był wiarygodnym sygnałem wskazującym, że postawiony warunek wykracza poza poziom odpowiednich proporcji do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Prezesa UZP, termin „proporcjonalny” oznacza „zachowujący właściwą proporcję.” Nie można zatem uznać za warunek proporcjonalny takiego warunku, który jest tożsamy z przedmiotem zamówienia. Prezes UZP podkreślił, że zasada zawarta w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, dotycząca proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia została ujęta po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. - w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności.

**Ad. 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)

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli. Przytoczył ponownie treść postanowień zawartych w rozdz. VI SIWZ w części dotyczącej dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych, które stanowią informacje określone w § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 30 grudnia 2009 r., które już nie obowiązywało w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek stosować aktualne przepisy prawa, w tym przepisy określające katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zastosowanie nieaktualnego rozporządzenia w sprawie dokumentów skutkowało nieprawidłowym określeniem 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. Podkreślił ponownie, że przepisy § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia z 2009 r. zostały zmienione w taki

sposób, że w § 3 ust. 3 i § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. zrezygnowano z wymogu, aby notariusz, o którym mowa w tych przepisach, działał w obszarze kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Z powyższych względów możliwe stało się składanie oświadczeń przez ww. osoby i wykonawców zarówno przed polskimi notariuszami, jak również kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

**Ad. 3.** Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku 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.)

Prezes Urzędu wskazał, że złożone przez wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa każdorazowo podlega analizie i ocenie przez Zamawiającego. Zamawiający powinien dokonać badania spełnienia (wykazania) przez wykonawcę przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stosownie do brzmienia art. 11 ust. 4 uznk, 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 podtrzymał stanowisko, że zastrzeżona przez wykonawcę lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. nie zawierała informacji o charakterze organizacyjnym lub handlowym, posiadających wartość gospodarczą. Zamawiający w zastrzeżeniach nie odniósł się do powyższych kwestii, która ma kluczowe znaczenie dla zakwalifikowania listy podmiotów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie przedstawił argumentacji pozwalającej na przyjęcie, że powyższe przesłanki zostały wykazane. Na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska Kontrolujący przywołał orzecznictwo KIO, potwierdzające, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej nie stanowi dokumentu, któremu można przypisać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Prezes UZO wskazał, że wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, przesłanek do uznania ww. listy podmiotów za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ograniczenie w powyższym zakresie jawności postępowania stanowi zatem naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Prezes Urzędu stwierdził wobec powyższego, iż zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie, i w konsekwencji podtrzymał stanowisko odnośnie stwierdzonych w toku kontroli naruszeń.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Izba zważyła, co następuje:**

1. Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła w niniejszej sprawie stanowiska Zamawiającego, w myśl którego w przedmiotowym postępowaniu były uzasadnione podstawy do określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia na poziomie tożsamym w stosunku do przedmiotu zamówienia - co do ilości autobusów, jak i podstawowych warunków technicznych opisanych w pkt III.6.1.a i III.6.1.b. SIWZ. Określona w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp (obecnie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp) zasada proporcjonalności była wielokrotnie przedmiotem analizy w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, zgodnie z którym przyjmuje się, że „zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia” (patrz: wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2012 r. sygn.. akt KIO 2636/12). Przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasada proporcjonalności ma szczególne znaczenie między innymi przy ocenie czynności Zamawiającego, jaką jest określenie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, należy szczególnie podkreślić, że wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady udzielania zamówień publicznych mają charakter klauzul generalnych i w związku z tym znajdują zastosowanie wprost przy ocenie każdej z czynności zamawiającego dokonywanej w postępowaniu.

Na znaczenie zasady proporcjonalności w zamówieniach publicznych wskazywał w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii Trybunał wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Z kolei zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Sri i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08) przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczenia konkurencji mogą być stosowane jedynie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia (podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/17 Michaniki oraz wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur).

W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń -

do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż w kontrolowanym postępowaniu postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawcy na poziomie tożsamym z przedmiotem zamówienia był niezgodny z zasadą proporcjonalności wskazaną w art. 22 ust. 4 ustawy oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności charakter dostawy oraz wymagania odnośnie doświadczenia wykonawcy w realizacji takiej samej dostawy, co objęta przedmiotem zamówienia, mogły mieć wpływ na ograniczenie możliwości realizacji zamówienia przez podmioty zdolne do należytego wykonania tego zamówienia. Ustanowienie przez Zamawiającego takiego warunku mogło wywołać skutek w postaci wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do jego realizacji, co stoi w sprzeczności z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Słusznie wskazał Kontrolujący, że nie można pominąć przy ocenie treści warunku faktu, iż w przeprowadzonym postępowaniu wpłynęła do Zamawiającego tylko jedna oferta, co może stanowić wyraz niezachowania proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo nie pozostaje bez znaczenia także okoliczność, że omawiany warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został wykazany przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. za pomocą zadania, którego realizacja została zakończona przez tego wykonawcę tuż przed terminem składania ofert. Okoliczność ta została pozostawiona przez Zamawiającego bez jakiegokolwiek wyjaśnienia.

Izba nie podzieliła opinii Zamawiającego, że krótki termin realizacji zamówienia (5 miesięcy) na wykonanie zamówienia stanowił w tym przypadku uzasadnienie do postawienia warunków tożsamych z przedmiotem zamówienia. W analizowanych okolicznościach słuszny jest bowiem pogląd, że termin realizacji zamówienia nie może stanowić uzasadnienia do wprowadzenia przedmiotowo wygórowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, Zamawiający w opisie warunku udziału nie postawił wymogu odnośnie doświadczenia w szybkości realizacji dostawy, tylko nieproporcjonalne przedmiotowo wymogi dotyczące ilości dostaw i ich jakości przedmiotowej. Zamawiający nie przedstawił też żadnych wyjątkowych okoliczności dotyczących np. znacznego skomplikowania przedmiotu zamówienia lub ponadstandardowych wymagań o charakterze technicznym lub technologicznym. W świetle obowiązującej zasady proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia, zawartej w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania), która została ujęta

po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności, nie można uznać za warunek proporcjonalny warunku, który jest tożsamy z przedmiotem zamówienia, zwłaszcza gdy nie wynika to z uzasadnionych oraz wyjątkowych okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, określenie warunku udziału, dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, na poziomie tożsamym z przedmiotem zamówienia, nie miało odpowiedniego uzasadnienia w charakterystyce, specyfice czy w złożoności przedmiotu zamówienia lub w szczególnych warunkach jego realizacji. Zamawiający nie przedstawił ani w toku kontroli ani w złożonych zastrzeżeniach obiektywnych i wyjątkowych okoliczności, które uzasadniałyby sformułowanie warunku udziału w postępowaniu na takim poziomie. W badanym postępowaniu określenie warunku wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny (nieproporcjonalny) do przedmiotu zamówienia nie tylko wykraczało poza cel postępowania, jakim było osiągnięcie należytego wykonania zamówienia, ale również wywołało negatywny skutek w postaci znacznego ograniczenia możliwości ubiegania się przez wykonawców o przedmiotowe zamówienie, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez ograniczenie konkurencji. W konsekwencji należało ocenić, że powyższa czynność Zamawiającego pozostawała w sprzeczności z przepisami prawa.

Mając na uwadze powyższe, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej odnośnie stwierdzonego naruszenia art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a zgłoszone w tym zakresie zastrzeżenia Zamawiającego uznała za niezasadne.

2. Zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisów § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów z dnia 19.02.2013 r. nie zasługują na uwzględnienie.

W rozdz. VI SIWZ w części dotyczącej dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych Zamawiający podał, że „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, wskazano także, 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 informacje zostały podane w oparciu o przepisy § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 3 nieobowiązującego w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2019 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. poz. 1817). Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 7 maja 2015 r. tj. po wejściu w życie rozporządzenia 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 (Dz.U. z 2013 r. poz. 231). W obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania rozporządzeniu wskazane przez Zamawiającego w SIWZ regulacje uzyskały nowe brzmienie (odpowiednio w § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3), które nie przewidywały wymogu, aby notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osób, o których mowa w art. 24 ust. 1pkt 5-8, 10-11 ustawy Pzp,. Powyższa zmiana treści ww. przepisów umożliwiła składanie wskazanych oświadczeń przez ww. osoby i wykonawców zarówno przed polskimi notariuszami, jak i przed notariuszami kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego co do proponowanego w zastrzeżeniach sposobu interpretacji treści ww. informacji zawartej w SIWZ, poprzez przyjęcie, że określenie „obszaru miejsca zamieszkania osób” dotyczy jedynie „właściwego” organu, a nie dotyczy notariusza. Sformułowana w SIWZ informacja jest jasna i jednoznaczna - bez żadnych wątpliwości można stwierdzić, że nie uwzględnia ona treści przepisów obowiązujących na datę wszczęcia tego postępowania. Z tych względów, zawarcie przez Zamawiającego powyżej przytoczonych informacji w SIWZ, stanowi niebudzące wątpliwości naruszenie § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. 3. Zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, dotyczące naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zasługują na uwzględnienie.

Wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. załącznik nr 12 zawierający listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 331 z późn. zm.).



Zamawiający, w toku oceny uzasadnienia powyższego zastrzeżenia zawartego w załączniku nr 1 do oferty ww. wykonawcy, nie podważył zasadności tego zastrzeżenia, pomimo, że zawierało ono jedynie ogólne stwierdzenia, w tym m.in. że „wskazana wyżej lista podmiotów [...] jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”.

Jak słusznie stwierdził Kontrolujący, ww. dokument – załącznik nr 12 - zawiera jedynie nazwy i dane adresowe podmiotów należących do grupy kapitałowej wykonawcy. Są to dane, które nie mają charakteru organizacyjnego ani handlowego, ponieważ nie wskazują ani wprost, ani nawet pośrednio na jakiegokolwiek procesy zachodzące w ramach tej grupy lub faktyczne relacje handlowe wiążące wskazane podmioty. Wykonawca nie wyjaśnił w uzasadnieniu, jaką wartość gospodarczą, tj. wartość, którą może uzyskać podmiot, który pozyska takie dane, informacje powyższe przedstawiają.

Należy podkreślić, że słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa może być mowa w przypadku, gdy wykonawca zastrzegając w ofercie tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jednocześnie wykazał przesłanki wskazane w ww. przepisie. Jak sam Zamawiający zauważył przy tym, wskazując na orzecznictwo KIO, za wykazanie powyższych okoliczności nie sposób uznać wyłącznie odwołania się do właściwej regulacji prawnej lub poprzestania na przytoczeniu jej treści lub w sposób ogólnikowy przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, w oparciu o złożone przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. uzasadnienie zastrzeżenia załącznika nr 12, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy stwierdzić, że wykonawca zawarł w nim jedynie tezy wynikające z art. 11 ust. 4 uznk, natomiast nie przedstawił umotywowanych wyjaśnień na poparcie tych tez, co nie stanowi „wykazania” spełnienia przesłanek pozwalających na zakwalifikowanie powyższej informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że informacje zawarte w powyższym dokumencie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a to w konsekwencji prowadzi do wniosku, że powinny one zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zaniechanie przez Zamawiającego w tych okolicznościach ujawnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....