

Sygn. akt: KIO 946/20

WYROK
z dnia 30 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę **SOR Libchavy spol. S.r.o. z siedzibą w Libchavy,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Polkowice,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zhenghou Yutong Bus Co. z siedzibą w Zhengzhou,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących złożonych przez Przystępującego dokumentów mających potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. wezwanie Przystępującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do złożenia oświadczeń, o których mowa w § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp;

- 1.2. ujawnienie złożonych przez Przystępującego dokumentów w postaci opisu oferowanego pojazdu oraz rysunków technicznych;
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddała;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SOR Libchavy spol. S.r.o. w części 1/3, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Busnex Poland Sp. z o.o., Zhenghou Yutong Bus Co. w części 1/3 oraz Gminę Polkowice w części 1/3:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy);
 - 3.3. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Legnicy**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Polkowice – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup autobusów o napędzie elektrycznym dla połączeń miejskich i podmiejskich w gminie Polkowice*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 023-050579.

W dniu 4 maja 2020 r. wykonawca SOR Libchavy spol. S.r.o. wniósł odwołanie wobec czynności wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Busnex Poland Sp. z o.o., Zhenghou Yutong Bus Co., Ltd i zaniechania wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania, jak również zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 13, 14, 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, mimo że Busnex nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz wprowadził Zamawiającego w błąd co do prawidłowości dokumentów, które miały wykazywać spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 12, 13 i 14 ustawy Pzp,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 21, 17 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, mimo że Busnex nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz wprowadził Zamawiającego w błąd co do prawidłowości dokumentów, które miały wykazywać spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 21 ustawy Pzp,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp. oraz § 7 ust. 1 pkt. 1 i § 5 pkt. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, mimo że Busnex nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania i w tym zakresie wprowadził Zamawiającego w błąd,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, mimo że wraz z ofertą Busnex złożył oświadczenie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy nie posiada on własnej Stacji Serwisowej i w tym

zakresie będzie polegał na podwykonawcy lub udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci, co skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, że Busnex spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również zatajeniem przed Zamawiającym, że Busnex nie będzie samodzielnie wykonywał całego zakresu zamówienia.

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex z uwagi na brak wykazania posiadania Stacji Serwisowej;
- 6) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Busnex do wyjaśnień w zakresie wydruków przedstawionych przez Busnex jako zaświadczenia o niekaralności oraz do uzupełnienie dokumentów poprzez przedłożenie zaświadczeń o niekaralności członków organu zarządzającego oraz nadzorczego Yutong, jak również samej firmy Yutong;
- 7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Busnex do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na budzące wątpliwości potwierdzenie samodzielnego wykonywania całości zamówienia, podczas gdy Busnex nie dysponuje własną Stacją Serwisową;
- 8) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Busnex dokumentów: opisu oferowanego pojazdu z określeniem: marki, typu pojazdu, roku produkcji i pozostałych oczekiwań Zamawiającego wymienionych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (sporządzonym według Załącznika nr 1 do SIWZ) oraz rysunków technicznych oferowanego pojazdu z rozkładem siedzeń w pojeździe;
- 9) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy (tj. Busnex) wybranemu przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 13, 14, 16, 17 i 21 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że Busnex składając w dniu 30 marca 2020 r. dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia Busnex, złożył oświadczenie, że „w Chinach Informacje o sprawach karnych zamieszczone są rejestrze dostępnym na stronie <http://wenshu.court.gov.cn>. Przedstawione informacje dotyczą Zhengzhou Yutong Bus Cov oraz T. Y. jedyne go członka zarządu.”

Zdaniem Odwołującego ww. strona internetowa nie przekazuje informacji z rejestru karnego w rozumieniu § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż nie stanowi takiego rejestru, jak również nie przekazuje informacji o wszystkich wyrokach skazujących, gdyż nie ujawnia danych wyroków karnych, w których oskarżonego skazano na karę niższą niż 3 lata więzienia. Powyższy portal nie ujawnia również danych o skazaniu

w przypadku, gdy taką decyzję podejmie sąd. Na dowód powyższego Odwołujący załączył ustawę 2013 nr 26 z dnia 21.11.2013 r. z tłumaczeniem na język polski.

Odwołujący podniósł również, że raport ze strony <http://www.gsxt.gov.cn/index.html> pokazuje, że pan T. Y. nie jest jedynym członkiem zarządu, a organy zarządzające oraz nadzorcze Yutong są następujące: Prezes Zarządu (organ zarządzający) w liczbie 1, Rada Dyrektorów (organ zarządzający) w liczbie 8 oraz Rada Nadzoru (organ nadzorczy) w liczbie 5. Busnex dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów przedstawił ww. informacje oraz przedstawił wydruki z ww. strony China Judgments Online w języku chińskim poświadczone przez notariusza za zgodność z oryginałem w języku angielskim, przy czym na język polski przetłumaczono jedynie poświadczenie przez notariusza za zgodność z oryginałem wydruku w języku chińskim. Zdaniem Odwołującego powyższe wydruki nie stanowią zaświadczenia osób wchodzących w skład organu zarządzającego oraz organu nadzorczego w rozumieniu chińskiego prawa.

Ponadto Odwołujący podniósł, że z samej treści ww. wydruków wynika, że po wpisaniu imienia i nazwiska danej osoby wchodzącej w skład organu Yutong wraz z nazwą firmy Yutong, pojawiała się zaledwie informacja „Tymczasowo Brak Danych”, co jedynie potwierdza niedostępność systemu China Judgments Online, a nie stanowi zaświadczenia o niekaralności ww. osób.

Zdaniem Odwołującego, wbrew oświadczeniu Busnex, zaświadczenia o niekaralności osób fizycznych są wydawane przez policję na wniosek danej osoby. Na dowód powyższego Odwołujący załączył przepisy dotyczące wydawania zaświadczeń o niekaralności w Prowincji Guangdong wraz z tłumaczeniem na j. polski. Odwołujący stwierdził, że przepisy te jednoznacznie potwierdzają, że w Chinach istnieje oficjalny rejestr osób skazanych, jednakże zaświadczenia są wydawane przez uprawnione organy bezpieczeństwa publicznego, w tym policję. Nie sposób uznać, by Busnex nie wiedział, że wydruki ze strony internetowej China Judgments Online nie stanowią zaświadczeń o niekaralności. Wręcz przeciwnie, Busnex Poland oraz Yutong jako podmioty profesjonalne w sposób zamierzony wprowadziły Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu i pomimo takiej obiektywnej możliwości poprzez zamierzone działanie nie przedstawiły wymaganych dokumentów, tj. zgodnych z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odwołujący podkreślił, że Busnex na wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących Członków Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzoru, przedstawił wydruki ze strony internetowej, potwierdzające jedynie „tymczasowy brak danych” przetłumaczone na język angielski przez chińskiego notariusza. Pomimo powyższego oraz pomimo że Busnex

kilkukrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd co do wykazania braku podstaw wykluczenia, Zamawiający zaniechał wykluczenia Busnex.

Zarzut naruszenia naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w z w. z art. § 5 pkt 1 rozporządzenia

Odwołujący podniósł, że przedstawione przez Busnex wydruki nie spełniają, żadnych wymogów wynikających z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Co więcej, wydruki te nie stanowią żadnego oświadczenia lub poświadczenia przez notariusza, że osoby wchodzące w skład organu zarządzającego oraz nadzoru Yutong nie były skazane za czyny określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. W tym samym zakresie Busnex nie wykazał spełnienia warunków wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 21 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że Busnex wraz z ofertą Busnex złożył oświadczenie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy nie posiada on autoryzowanej Stacji Serwisowej i w tym zakresie będzie polegał na podwykonawcy lub udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci, co skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, że Busnex spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również zatajeniem przed Zamawiającym, że Busnex nie będzie samodzielnie wykonywał całego zakresu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Busnex w JEDZ potwierdził w sposób wyraźny, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany w całości samodzielnie. Na wezwania Zamawiającego, Busnex złożył „Wykaz sprzętu i narzędzi – Wykaz autoryzowanych stacji obsługi”, w którym wskazał jedną pozycję, tj. „Stacja Busnex Poland Sp. z o.o., ul. Bruszevska 20, 03-046 Warszawa”. Odwołujący stwierdził, że pod ww. adresem nie znajduje się Stacja Busnex Poland Sp. z o.o., a Centrum Sprzedaży Maszyn Budowlanych prowadzony przez firmę Full Maszyny Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KRS: 0000060232). Na dowód tego Odwołujący powołał dokumentację zdjęciową oraz zeznania świadka J. W. . Odwołujący stwierdził, że Stacja Busnex Poland Sp. z o.o. nie istnieje.

W ocenie Odwołującego, o powyższym fakcie przesądza również treść pisma Busnex z dnia 30 marca 2020 roku, w załączeniu do którego Busnex przekazał, „Zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że BUSNEX POLAND Sp. z o.o. nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek” wraz z wyjaśnieniem, że „treść powyższego dokumentu wskazuje na okoliczność, że skoro BUSNEX POIAND Sp. z o.o. nie figuruje (nie zatrudnia pracowników), to oznacza, że podmiot ten nie może zalegać z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne

i społeczne, tym samym, że podmiot nie mógł uzyskać przewidzianych prawem zwolnień, odroczeń lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu – gdyż nie jest płatnikiem takich składek". Zaświadczenie z ZUS wraz z oświadczeniem Busnex potwierdza, że Busnex nie zatrudnia na terytorium Polski jakichkolwiek pracowników, a tym samym obiektywnie brak jest jakiegokolwiek faktycznej możliwości, by zgodnie Busnex rzeczywiście prowadził Stację Serwisową przy ul. Bruszewskiej 20 w Warszawie, skoro faktycznie w tym miejscu prowadzi działalność zupełnie inny podmiot niż Busnex Poland, a dodatkowo Busnex nie jest płatnikiem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, tj. nie posiada żadnych pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę albo umowę cywilnoprawną. Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że nie jest możliwe prowadzenie Stacji Serwisowej bez pracowników. Za spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie można również uznać samego wskazania przez Busnex adresu autoryzowanej stacji obsługi, pod którym w rzeczywistości nie jest prowadzona żadna działalność Busnex Poland. Tym samym, Busnex nie tylko nie wykazał spełnienia warunków udziału w Przetargu, ale również wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunku wynikającego z pkt. III.I.B.B.b SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę, fakt, że dokumenty i oświadczenia złożone przez Busnex nasuwają olbrzymie wątpliwości i wręcz prowadzą do wniosku, że Busnex nie wykazał braku podstaw do wykluczenia ani nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, całkowicie niezrozumiałym jest zaniechanie ze strony Zamawiającego wezwania Busnex w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co najmniej w zakresie:

- wydruków przedstawionych jako zaświadczenia o niekaralności osób wchodzących w skład organów firmy Yutong, jak również samej firmy Yutong, jako podmiotu zbiorowego (art. 24 ust. 1 pkt 12, 13, 14 i 21 ustawy Pzp),
- przedłożenia zaświadczeń o niekaralności członków organu zarządzającego oraz nadzorczego Yutong lub innych dokumentów zgodnych z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12, 13, 14 i 21 ustawy Pzp,
- spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na budzące wątpliwości potwierdzenie samodzielnego wykonywania całości zamówienia, podczas gdy Busnex nie dysponuje własną Stacją Serwisową ani nie zatrudnia jakichkolwiek pracowników.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Busnex z uwagi na brak wykazania posiadania przez Busnex Stacji Serwisowej. Stwierdził, że pomimo

złożenia „Wykazu sprzętu i narzędzi – Wykaz autoryzowanych stacji obsługi”, w którym Busnex wskazał jedną pozycję (Stacja Busnex Poland Sp. z o.o. w Warszawie), wykonawca ten nie posiada autoryzowanej stacji obsługi. Poza tym wbrew wykazowi, również na stronie Yutong brak jest informacji, by firma ta posiadała autoryzowany serwis na terenie Polski, na dowód czego Odwołujący załączył Wykaz autoryzowanych serwisów obsługi Yutong na terytorium Europy.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący zakwestionował zaniechanie odtajnienia dokumentów Busnex złożonych na podstawie pkt. IV.4.3.a SIWZ, tj. opisu oferowanego pojazdu z określeniem: marki, typu pojazdu, roku produkcji i pozostałych oczekiwanych Zamawiającego wymienionych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (sporządzonym według Załącznika nr 1 do SIWZ) oraz rysunków technicznych oferowanego pojazdu z rozkładem siedzeń w pojeździe (dodatkowe miejsce na drugi wózek lub rower) zastrzeżonych przez Busnex jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy te informacje zawierające opis pojazdu nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa skoro dostęp do nich posiadają użytkownicy pojazdu (np. pasażerowie).

Odwołujący podniósł, że powyższe dokumenty nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż obejmują w przeważającej części cechy wizualne oferowanego pojazdu, które Busnex już ujawnił składając ofertę.

Odwołujący wskazał, że uzasadniający zasadność zastrzeżenia informacji Busnex podał: „Informacje utajnione przez Wykonawcę obejmują wiadomości przydatne do konkurencji na rynku towarów odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Szczegółowe wymiary oraz zastosowane rozwiązania techniczne w oferowanych autobusach takie jak system ogrzewania/ zastosowane zawieszenie, parametry systemu ładowania, czy też liczba miejsc dostępnych z niskiej podłogi, są to informacje handlowe, nie ujawnione do wiadomości publicznej i zaliczała się do informacji posiadających wartość gospodarczą. Dotyczą one bowiem informacji o walorach technicznych, decydujących o przewadze konkurencyjnej oferowanych produktów bądź usług.” Busnex wskazał, że do ww. informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności, gdyż informacje te, nie były nigdzie przedstawiane, a dostęp do nich posiadają nieliczni pracownicy z kadry zarządzającej.

Zdaniem Odwołującego powyższe uzasadnienie jest nielogiczne i potwierdza pozornie zastrzeżenia dokonane przez Busnex. Odwołujący podniósł, że już na etapie składania oferty Busnex ujawnił wyniki raportu technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dla oferowanego typu autobusu. Poza tym w ofercie wskazał, że 100% miejsc jest dostępnych z niskiej podłogi. Tym samym samodzielnie ujawnił informacje, które na kolejnym

etapie postępowania zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Poza tym, skoro rysunki techniczne Busnex są dostępne jedynie dla pracowników kadry zarządzającej, to obiektywnie niemożliwym jest by pracownicy Yutong byli w stanie wyprodukować oferowany przez Busnex pojazd, skoro rzekomo nie mają do niego dostępu do tak podstawowej dokumentacji.

Zdaniem Odwołującego niezasadne jest zastrzeżenie ww. rysunków również z tej przyczyny, że wygląd autobusu jest powszechnie znany, a każdy jego użytkownik będzie miał możliwość zapoznania się z rozmieszczeniem miejsc i ich liczbą najpóźniej w momencie skorzystania z pojazdu, skoro informacja o liczbie miejsc siedzących i stojących jest wskazana w informacji na każdym pojeździe, a rozmieszczenie miejsc siedzących widoczne. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie ww. dokumentów miało na celu wyłącznie utrudnienie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez pozostałych wykonawców i miało charakter pozorny.

Zarzut naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę niezgodne z prawem czynności i zaniechania zakwestionowane w odwołaniu, wybór oferty Busnex jako najkorzystniejszej stanowił naruszenie art. 7 ust 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Busnex jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Busnex z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą albo odrzucenia oferty Busnex, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie poinformował, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej niewykazania przez Przystępującego braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 21 ustawy Pzp, tj. w zakresie określonym w punkcie I podpunkty od 1 do 5 wniesionego odwołania. Ponadto Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów: z pisma Zamawiającego z 6 maja 2020 r. do Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP w Warszawie oraz z informacji Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP w Warszawie z 26 maja 2020 r., na okoliczność ustalenia formy dokumentów o niekaralności oraz organu uprawnionego do jego wydania zgodnie z prawem obowiązującym na obszarze Chińskiej Republiki Ludowej. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: Busnex Poland Sp. z o.o., Zhenghou Yutong Bus Co., Ltd., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 21 ustawy Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w całości w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia (art. 186 ust. 4 ustawy Pzp).

Zarzuty dotyczące zaświadczeń o niekaralności

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W piśmie z 30 marca 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, w odniesieniu do przesłanek niekaralności Przystępujący wskazał, że składa informacje z rejestru karnego dla Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd. oraz dla Prezesa Zarząd tej spółki, poświadczony za zgodność z oryginałem przez Notariusza C. H., Biuro w Prowincji Henan wraz z tłumaczeniem na język polski. Wykonawca podał, że *w Chinach informacje o sprawach karnych zamieszczone są rejestrze dostępnym jest na stronie <http://wenshu.court.gov.cn>. Przedstawione informacje dotyczące Zhengzhou Yutong Bus Co., oraz T. Y. jedyne go członka zarządu.*

Izba ustaliła, że wykonawca przedłożył dokumenty dotyczące spółki Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd. oraz Prezesa Zarządu, sporządzone w języku chińskim wraz z ich tłumaczeniem na język angielski oraz ze sporządzonym w języku angielskim notarialnym poświadczeniem za zgodność z oryginałem, które to poświadczenie zostało przetłumaczone na język polski. W poświadczeniu notarialnym stwierdza się, że *duplikat załączony do niniejszego dokumentu jest zgodny z oryginałem i potwierdza, że „tymczasowo brak jest danych o sprawach karnych (...) pobranych z Chińskiego Rejestru Karnego Online” (...). Angielskie tłumaczenie dołączone do niniejszego dokumentu jest zgodne z chińskim oryginałem.*

Pismem z 15 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3. Zamawiający wskazał, że wykonawca przedłożył informację z właściwego rejestru przedsiębiorców dla

Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd. oraz informacje z rejestru karnego dla Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd. oraz T. Y. – Prezesa Zarządu. Jednocześnie Wykonawca w piśmie przewodnim wskazał, że Pan Y. T. jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd. Powyższe wynika z załączonego Raportu z Krajowego Publicznego Systemu Informacji Kredytowej dla Przedsiębiorstw, gdzie ujawnione są zasady reprezentacji spółki. Zgodnie z Raportem jako jedyny reprezentant został wpisany Pan T. Y. . Z przedłożonych dokumentów nie wynika natomiast skład organu nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, prokurentów. Informacje te są konieczne w celu stwierdzenia zakresu wymaganych dokumentów w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy oraz w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy.

Zamawiający wskazał, że w przypadku gdy z udzielonych wyjaśnień wynikać będzie wskazanie składu organu nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, prokurentów Zamawiający wymaga złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, potwierdzających brak podstaw wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 12-22 oraz w art. 24 ust. 5 pkt. 1-8 ustawy Pzp. Zamawiający przepisy określające sposób wykazania ww. okoliczności przez wykonawcę zagranicznego, w tym dotyczące sytuacji, w której w kraju siedziby lub miejsca zamieszkania nie wydaje się stosownych dokumentów.

Zamawiający zaznaczył, że *zgodnie z SIWZ nie wyraził zgody na składanie ofert, oświadczeń i dokumentów w języku innym niż polski. W przypadku, gdy przedkładane dokumenty lub oświadczenia sporządzone są w innym języku, należy przedłożyć je wraz z ich tłumaczeniem na język polski. Zamawiający wymaga od Wykonawcy przedstawienia tłumaczenia na język polski wskazanych przez Wykonawcę i pobranych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił: *Spółka Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd (dalej: „Spółka”) jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością utworzoną i funkcjonującą zgodnie z wymaganiami prawa chińskiego. Prezes zarządu jest osobą reprezentującą Spółkę. Powyższe zawarte jest w Artykule 8 Umowy Spółki oraz ujawnione w Krajowym Publicznym Systemie Informacji Kredytowej dla Przedsiębiorstw. Struktura organizacyjna przedstawia się następująca: 1. Prezes Zarządu; 2. Rada Dyrektorów; 3. Rada Nadzoru.*

W skład poszczególnych organów wchodzi następujące osoby:

a) T. Y. – Prezes Zarządu;

- b) C. J. – Członek Rady Dyrektorów;
- c) Y. L. – Członek Rady Dyrektorów;
- d) Y. B. – Członek Rady Dyrektorów;
- e) Z. B. – Członek Rady Dyrektorów;
- f) D. H. – Członek Rady Dyrektorów;
- g) L. K. – Członek Rady Dyrektorów;
- h) Z. F. – Członek Rady Dyrektorów;
- i) L.C. – Członek Rady Dyrektorów;
- j) S. X. – Członek Rady Nadzoru;
- k) Z. Y. – Członek Rady Nadzoru;
- l) Z. Y. – Członek Rady Nadzoru;
- m) Z. T. – Członek Rady Nadzoru;
- n) W. X. – Członek Rady Nadzoru.

Wykonawca wskazał, że w załączeniu przekazuje informacje z rejestru karnego dla Członków Rady Nadzoru, poświadczony za zgodność z oryginałem przez Notariusza C. H., Biuro w Prowincji Henan wraz z tłumaczeniem na język polski.

Wykonawca wskazał również, że w spółce funkcjonuje Rada Dyrektorów do kompetencji której należy m.in. podejmowanie decyzji w sprawach inwestycyjnych o wolumenie obrotów określonym w Umowie Spółki, podejmowanie decyzji w sprawach obciążenia rzeczowego nieruchomości o skumulowanej kwocie transakcji określonej w Umowie Spółki, podejmowanie decyzji o nabywaniu i sprzedaży aktywów innych niż te, które mają być zatwierdzone przez Walne Zgromadzenie, podejmowanie decyzji o powierzonych transakcjach zarządzania finansami w wysokości określonej w Umowie Spółki, podejmowanie decyzji o transakcjach powiązanych na kwotę określoną w Umowie Spółki, podejmowanie decyzji o utworzeniu oddziału lub filii, inne obowiązki i uprawnienia autoryzowane przez Walne Zgromadzenie (art. 111 Umowy Spółki). Ponieważ w polskim systemie prawnym nie funkcjonuje organ w postaci Rady Dyrektorów, z ostrożności mając na uwadze ww. kompetencje Wykonawca przedkłada informację z rejestru karnego dla Członków Rady Dyrektorów, poświadczony za zgodność z oryginałem przez Notariusza C. H., Biuro w Prowincji Henan wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba ustaliła, że wykonawca przedłożył dokumenty dotyczące członków Rady Nadzoru oraz Rady Dyrektorów, sporządzone w języku chińskim wraz z ich tłumaczeniem

na język angielski oraz ze sporządzonym w języku angielskim notarialnym poświadczeniem za zgodność z oryginałem, które to poświadczenie zostało przetłumaczone na język polski. W poświadczeniu notarialnym stwierdza się, że *duplikat załączony do niniejszego dokumentu jest zgodny z oryginałem i potwierdza, że „tymczasowo brak jest danych o sprawach karnych (...) pobranych z Chińskiego Rejestru Karnego Online” (...). Angielskie tłumaczenie dołączone do niniejszego dokumentu jest zgodne z chińskim oryginałem.* Wykonawca przedstawił również tłumaczenia na język polski wydruków z „Chińskiego rejestru sądowego online” dla wszystkich członków organów spółki (Prezes Zarządu, członkowie Rady Nadzoru oraz członkowie Rady Dyrektorów). Wynika z nich, że w wybranych kryteriach wyszukiwania wskazano „sprawy karne”, w kryteriach wyszukiwania – imię i nazwisko oraz nazwę spółki. Wydruki opatrzone są adnotacją „tymczasowo brak danych”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

pkt 12: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

Pkt 13: wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) o którym mowa w art. 165a, art. 181–188, art. 189a, art. 218–221, art. 228–230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270–309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. poz. 553, z późn. zm.5)) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176),

b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,

c) skarbowe,

d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769);

pkt 14: wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13;

pkt 16: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega

wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

pkt 17: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

pkt 21: wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2015 r. poz. 1212, 1844 i 1855 oraz z 2016 r. poz. 437 i 544);

Stosownie do § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ww. rozporządzenie w § 7 ust. 1 pkt 1 stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.

Zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby.

Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba stwierdziła, że złożone przez Przystępującego wydruki z Chińskiego Rejestru Sądowego online nie mogą być uznane za wykazujące brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp (wskazany przez Odwołującego przepis art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy nie znajduje do Przystępującego zastosowania, jako dotyczący wykonawców będących osobami fizycznymi).

W ocenie Izby ww. wydruki nie mogą być uznane za dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala stwierdzić, że pobrane przez wykonawcę wydruki z rejestru stanowią urzędowy dokument potwierdzający niekaralność.

Na powyższe wskazuje uzyskana przez Zamawiającego informacja z Ambasady RP w Pekinie, w której jednoznacznie stwierdzono, że informacja z Chińskiego Rejestru Sądowego online nie stanowi źródła pozyskania certyfikatu o niekaralności dla osób fizycznych oraz dla podmiotów zbiorowych. *Strona internetowa <http://wenshu.court.aov.cn> funkcjonuje w Chińskiej Republice Ludowej jako powszechnie dostępna, aktualizowana na bieżąco baza danych przeprowadzonych procesów sądowych i wydanych wyroków, także będących efektem postępowań w sprawach karnych oraz skarbowych wobec osób fizycznych i firm. W obrocie wewnętrznym od 2018 r. służy jako narzędzie do weryfikacji informacji sądowych o spółkach. Jej istotną wadą jest jednak fakt, że jest dopiero uzupełniana o orzeczenia sądowe z poprzednich lat. W efekcie najstarsze informacje sądowe o spółce Zhengzhou Yutong Bus Co. Ltd. datowane są na 2011 r. Ponadto ewentualne wydruki z bazy nie są generowane systemowo lub przez jakikolwiek urząd, a wyłącznie przez użytkownika bazy. Tym samym dysponuje on szerokimi możliwościami w zakresie dostosowywania parametrów wyszukiwania, w tym możliwość wyboru charakteru spraw (karna, cywilna, na podstawie prawa pracy, administracyjna), miejsca lokalizacji sądu, słów kluczowych. Pozwala to na skuteczne manipulowanie wynikami wyszukiwania, w taki sposób, by baza danych nie pokazała żadnego rekordu.*

Co więcej, tezę o braku waloru urzędowego potwierdzenia niekaralności potwierdza przedstawiona przez samego Przystępującego korespondencja z Ministerstwem Spraw Zagranicznych, które przekazało następujące stanowisko Ambasady RP w Pekinie: *jakiegokolwiek wydruki ze strony <http://wenshu.court.gov.cn/> nie stanowią w żaden sposób potwierdzenia o niekaralności bowiem baza danych wyroków sądowych jest bazą otwartą i jej wynikami można dowolnie manipulować poprzez odpowiednie filtrowanie wyszukiwania (wybór dat, sądów, rodzajów spraw).*

Przeciwnego wniosku nie sposób wyprowadzić z innych przedłożonych przez Przystępującego dowodów.

Po pierwsze, ze złożonego na rozprawie zaświadczenia Sądu Ludowego wynika, że zgodnie z przepisami Najwyższego Sądu Ludowego dotyczącymi publikacji dokumentów wyroków w Internecie przez Sąd Ludowy, China Judgment Online jest ujednoczoną platformą do publikacji dokumentów sądowych przez sądy w całym kraju, a wyniki zapytania są prawnie wiążące. Odnosząc się do tego zaświadczenia stwierdzić należy, że funkcjonowanie platformy do publikacji dokumentów sądowych nie może być utożsamiane z urzędowym rejestrem służącym potwierdzaniu niekaralności. Z kolei kwestia prawnie wiążącego charakteru zapytania nie została w tym zaświadczeniu doprecyzowana, w szczególności nie wskazano przepisu prawa, który nadawałby wydrukowi z tej platformy charakter dokumentu urzędowego. Dodatkowo zaświadczenie to w żadnej mierze nie eliminuje wątpliwości co do sposobu generowania wydruków, zauważyć bowiem należy, że są one pobierane przez samego zainteresowanego i na skutek wybranych przez niego opcji filtrowania wyników.

Podobnie należy ocenić złożoną przez Przystępującego opinię sporządzoną przez chińską kancelarię prawną, w której stwierdza się, że *jako taki, portal stanowi wiarygodne i oficjalne źródło informacji o historii sędziowskiej osób fizycznych i przedsiębiorstw*. Nie oznacza to bowiem, że wygenerowana z niego informacja ma walor urzędowego zaświadczenia o niekaralności. W opinii nie przedstawiono przepisów prawa, z których taki walor by wynikał.

W ocenie Izby, aby pobrany samodzielnie wydruk z rejestru sądowego mógł być uznany w postępowaniu przetargowym za potwierdzający niekaralność osoby fizycznej czy podmiotu zbiorowego, przepisy prawa powinny wprost przypisywać status dokumentu urzędowego (analogicznie jak to ma np. miejsce w przypadku wydruków pobieranych z polskiego Krajowego Rejestru Sądowego – art. 4 ust. 4aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym). Okoliczność taka nie została wykazana ani przedłożonymi na rozprawie chińskimi aktami prawnymi, ani pozostałymi dowodami. Ze złożonych aktów prawnych

wynika, że sądy chińskie mają obowiązek publikować wyroki w rejestrze sądowym, z punktu widzenia przedmiotowej sprawy istotna jest jednak nie tylko zawartość bazy, ale i to, czy rezultat wyszukiwania w niej stanowi zobiektywizowany wynik, w dodatku mający status zrównany z urzędowym zaświadczeniem.

O tym, że wydruki z Chińskiego Rejestru Sądowego nie mogą być uznane za potwierdzające niekaralność, świadczy szereg dowodów, w tym złożonych przez samego Przystępującego, z których wynika, że w Chińskiej Republice Ludowej nie istnieje zunifikowany system wydawania zaświadczeń o niekaralności. W pozyskanej przez Przystępującego informacji z Ambasady RP w Pekinie stwierdza się, że *w ChRL nie ma jednej ustawy definiującej mechanizmy wydawania certyfikatów o niekaralności. Każda prowincja reguluje tę kwestię we własnym zakresie na podstawie krajowych, odrębnych przepisów.* Taka sama teza wynika z opinii prawnej sporządzonej przez chińską kancelarię prawną, która jednoznacznie poinformowała: *Nie istnieje żaden scentralizowany ani jednolity system certyfikacji karnej zarówno dla osób fizycznych, jak i przedsiębiorstw na obszarze ChRL. Zazwyczaj zaświadczenia z rejestrów niekaralności dla osób fizycznych są wydawane przez lokalne służby bezpieczeństwa (lokalna policja). (...) W praktyce różne prowincje wdrażają je w różny sposób, tzn. ogłaszają różne wzory zaświadczeń i zakres ich wydawania, a czasami nie wydają takich zaświadczeń. Przepisy te, są jednakże jedynie opiniami dla władz poszczególnych prowincji w sprawie wydawania zaświadczeń o niekaralności osobom fizycznym przez lokalne służby bezpieczeństwa (lokalna policja).* Skoro – jak wynika z powyższych dowodów – w Chińskiej Republice Ludowej nie funkcjonuje jednolity system certyfikacji karnej, to systemem takim nie jest również Chiński Rejestr Sądowy online. Okoliczność, że ww. rejestr jest przewidziany przepisami prawa i funkcjonuje, nie oznacza, że jego celem jest urzędowa certyfikacja w zakresie niekaralności.

Zauważyć należy, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, wskazane wyżej dowody potwierdzają, że w Chinach nie istnieje żaden zunifikowany system potwierdzania niekaralności, a nie tylko że system taki nie funkcjonuje w formie wydawania zaświadczeń, a działa w formie informacji pobieranych online przez zainteresowane osoby.

Odnosząc się do kwestii potwierdzenia niekaralności podmiotu zbiorowego, Izba stwierdziła, że nie wykazano, aby niekaralność tę potwierdzał przedstawiony przez Przystępującego wydruk z Krajowego Publicznego Systemu Informacji Kredytowej dla Przedsiębiorstw. O ile w rubryce *Nażłone kary administracyjne* znajduje się informacja *nie figuruje*, to nie zostało wykazane, że przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp w chińskim systemie prawnym mieszczą się pojęciu kar administracyjnych.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że złożone przez Przystępującego wydruki z rejestru sądowego nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp. Jednocześnie wykluczenie Przystępującego z postępowania z tego powodu byłoby obecnie przedwczesne, musi być bowiem poprzedzone procedurą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że zastosowanie tej procedury byłoby naruszeniem zasady jej jednokrotności, zauważenia wymaga bowiem, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów z uwagi na to, że przedstawione wydruki były nieprawidłowe. Powodem wezwania z 15 kwietnia 2020 r. było nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających niekaralność w odniesieniu do wszystkich członków organów spółki, Zamawiający nie kwestionował przy tym samej formy dokumentów złożonych uprzednio dla Prezesa Zarządu oraz dla samej spółki. Wielokrotnie potwierdzana w orzecznictwie Izby zasada jednokrotności wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oznacza, że nie można kilka razy wzywać wykonawcy do usunięcia tego samego braku w złożonych dokumentach oraz że o ile pierwsze z wezwań precyzyjnie wskazywało wadliwości czy braki dokumentów, to ponowne wezwanie w tym samym zakresie jest niedopuszczalne. W rozpoznawanej sprawie sytuacja taka nie wystąpiła.

Wobec powyższego należało rozstrzygnąć, czy Zamawiający powinien wzywać Przystępującego do złożenia dokumentu w postaci informacji z odpowiedniego rejestru lub innego równoważnego dokumentu, czy też – w związku z niewydawaniem takich dokumentów – do przedstawienia oświadczenia złożonego w sposób określony w § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Izba uznała za wykazane, że prowincji Henan, w której znajduje się siedziba członka Konsorcjum, nie funkcjonuje rejestr lub inny system wydawania zaświadczeń o niekaralności. Załączone do odwołania przepisy dotyczące zaświadczeń w tym zakresie dotyczą innej prowincji, nie mogą więc być uznane za dowód, że Przystępujący może takie zaświadczenie uzyskać. Z kolei przedłożona przez Przystępującego informacja opublikowana przez Departament Bezpieczeństwa Publicznego prowincji Henan potwierdza, że zgodnie z obowiązującymi w tej prowincji przepisami organy bezpieczeństwa publicznego nie wydają zaświadczeń o niekaralności.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do złożenia oświadczeń, o których mowa w § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w zakresie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się natomiast podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek, o których mowa w tych przepisach, a dotyczących zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zauważenia wymaga, że kwestia certyfikacji niekaralności w świetle prawa chińskiego nie jest oczywista i wymaga interpretacji przepisów prawa obcego w porównaniu z regulacjami polskimi, a także analizy ich praktycznego funkcjonowania. Ewentualne rozbieżności w takiej interpretacji trudno uznać za w jakikolwiek sposób zawinione przez wykonawcę, który prezentuje w postępowaniu określone stanowisko w tym zakresie i przedstawia Zamawiającemu informacje odpowiadające temu stanowisku. Nawet jeśli ostatecznie okaże się ono błędne, nie uprawnia to do stwierdzenia, że zostało przyjęte w złej wierze lub co najmniej spowodowane lekkomyślnością lub niedbalstwem.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego dowody w postaci zaświadczeń o niekaralności przedstawionych przez członka Konsorcjum Przystępującego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie dowodzą, że działał on ze świadomością, że wydruki złożone w niniejszym postępowaniu są nieprawidłowe. Okoliczność, że wykonawca w wyniku podjętych przez siebie nadzwyczajnych starań pozyskał zaświadczenia, które nie funkcjonują standardowo w danym systemie prawnym, nie dowodzi, że zaniechanie złożenia takich zaświadczeń w kolejnym postępowaniu wypełnia przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące dysponowania autoryzowaną stacją obsługi

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał m.in. dysponowania co najmniej jedną, autoryzowaną przez Wykonawcę, stacją serwisową, znajdującą się w odległości do 500 km od siedziby Zamawiającego, zapewniającą obsługę całego oferowanego pojazdu (pkt III.1.B.C SIWZ).

Przystępujący wraz z ofertą złożył dokumenty JEDZ, w których oświadczył, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił Wykaz sprzętu i narzędzi – Wykaz autoryzowanych stacji obsługi, w którym wpisał: Stacja Busnex Poland sp. z o.o., ul. Bruszevska 20, 03-046 Warszawa, odległość od siedziby Zamawiającego 420 km.

Jednocześnie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia Przystępujący przedstawił przy piśmie z 30 marca 2020 r. zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w którym stwierdza się, że na 24 lutego 2020 r. Busnex Poland Sp. z o.o. nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W rozpoznawanej sprawie Przystępujący złożył wymagany przez Zamawiającego dokument potwierdzający spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu, tj. wykaz autoryzowanych stacji obsługi, w którym zawarł oświadczenie o dysponowaniu stacją zlokalizowaną w Warszawie przy Bruszewskiej 20.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, jakoby z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynikało wymaganie dysponowania stacją serwisową już w terminie składania ofert. W ocenie Izby brzmienie warunku jest jasne i nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca musiał na dzień składania ofert wykazać, że taką stacją dysponuje. Świadczy o tym sformułowanie: *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże (...) dysponowanie co najmniej jedną, autoryzowaną przez Wykonawcę, stacją serwisową (...)*. Gdyby intencją Zamawiającego było wymaganie wykazanie jedynie tego, że wykonawca będzie dysponował taką stacją w dacie przystąpienia do realizacji zamówienia, brzmienie postanowień SIWZ w tym zakresie byłoby inne.

Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie dysponował wymaganą stacją serwisową. Dokumentacja zdjęciowa załączona do odwołania świadczy jedynie o tym, że pod wskazanym adresem działa inna spółka, nie dowodzi jednak braku po stronie Przystępującego tytułu prawnego do nieruchomości i urządzeń składających się na stację serwisową. Przystępujący zresztą taki tytuł prawny potwierdził, przedstawiając umowę dzierżawy z 9 marca 2020 r. Z uwagi na objęcie tej umowy tajemnicą przedsiębiorstwa Izba odstępuje od przedstawiania jej szczegółów, stwierdza jednak, że stanowi ona dowód tego, że Przystępujący na dzień składania ofert dysponował wymaganą stacją serwisową.

O zasadności zarzutu nie może świadczyć podniesiona przez Odwołującego argumentacja o niewykazaniu dysponowania pracownikami stacji serwisowej. Zauważenia wymaga, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku w zakresie i w sposób określony w SIWZ, a Zamawiający nie ustanowił żadnych wymagań dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w tym pracownikami stacji. Kwestia dysponowania takimi pracownikami pozostaje więc – na etapie oceny ofert – poza zakresem badania.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Izba ustaliła, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. Opis oferowanego pojazdu – Załącznik 1 do SIWZ, Rysunki techniczne 1-4.

Przystępujący złożył oświadczenie, że ww. dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.). Stanowią one informacje techniczne, technologiczne posiadające wartość gospodarczą. Informacje utajnione przez Wykonawcę obejmują wiadomości przydatne do konkurencji na rynku towarów odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Szczegółowe wymiary oraz zastosowane rozwiązania techniczne w oferowanych autobusach takie jak system ogrzewania, zastosowane zawieszenie, parametry systemu ładowania, czy też liczba miejsc dostępnych z niskiej podłogi, są to informacje handlowe, nie ujawnione do wiadomości publicznej i zaliczają się do informacji posiadających wartość gospodarczą. Dotyczą one bowiem informacji o walorach technicznych, decydujących o przewadze konkurencyjnej oferowanych produktów bądź usług. Wykonawca oświadczył, że informacje te, nie były nigdzie przedstawiane a dostęp do nich posiadają nieliczni pracownicy z kadry zarządzającej. Osoby te są zobowiązane do zachowania poufności na mocy zawartych umów pomiędzy nimi a Wykonawcą. Wykonawca ma prawo kontrolować liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do zachowania poufności. Powyższe informacje nie są powszechnie dostępne, gdyż nie mogą być uzyskane przez zainteresowanych, w szczególności konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze.

W ocenie Izby zarzut dotyczący nieujawnienia ww. dokumentów okazał się zasadny. Mimo że Izba nie kwestionuje, że opis pojazdu oraz rysunki techniczne mogą potencjalnie stanowić informacje podlegające ochronie, to warunkiem takiej ochrony w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazanie przez wykonawcę, we właściwym terminie, istnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, 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. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był – równocześnie ze złożeniem zastrzeżonych dokumentów – wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Po pierwsze Izba doszła do przekonania, że Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Lektura przedstawionych przez niego uzasadnień zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowały one ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wywodu merytorycznego deklaracje.

Zauważyć należy, że ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny,

technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia opisu oferowanego pojazdu oraz rysunków technicznych zawiera jedynie oświadczenie, że obejmują one wiadomości przydatne do konkutowania na rynku. Wskazana przez Przystępującego okoliczność, że zastrzeżone dokumenty obejmują informacje o szczegółowych wymiarach i zastosowanych rozwiązaniach technicznych oraz parametrach, jest jedynie potwierdzeniem technicznego charakteru tych informacji, Przystępujący nie wykazał jednak, w czym należy upatrywać ich wartości gospodarczej, nie przedstawił w tym zakresie żadnego wywodu, który by to uzasadniał, ograniczając się do ogólnikowych deklaracji.

Dalej zauważenia wymaga, że na podobnym poziomie ogólności zostały przedstawione podjęte przez wykonawcę działania mające na celu zachowanie poufności informacji. Przystępujący głośownie oświadczył, że informacje te nie były upubliczniane, a dostęp do nich mają nieliczni pracownicy zobowiązani do zachowania poufności. Nie tylko nie przedstawiono dowodów w postaci chociażby przepisów wewnętrznych obowiązujących w przedsiębiorstwie wykonawcy, umów o pracę, itp., ale nawet nie opisano procedur i mechanizmów mających zabezpieczać informacje przed ujawnieniem.

Szczególnego podkreślenia wymaga, że warunkiem uznania tej tajemnicy za skutecznie zastrzeżoną jest wykazanie Zamawiającemu, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone przepisami prawa. Nie jest natomiast rolą ani Zamawiającego, ani Izby, dociekanie we własnym zakresie, jaki jest faktyczny charakter i wartość gospodarcza przedstawionych informacji. Skoro Przystępujący – jak wskazano powyżej – nie wywiązał się z obowiązku takiego wykazania, przedstawione informacje nie mogły zostać objęte ochroną.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia opisu oferowanego pojazdu oraz rysunków technicznych, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał ujawnienia treści tych dokumentów.

W odniesieniu do kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba

rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie*

rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby dwie z trzech grup zarzutów okazały się zasadne, przy czym za wynik co do jednej z tych grup (dotyczącej oświadczeń o niekaralności) odpowiada Przystępujący, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, a co do drugiej (dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa) – Zamawiający. Odwołujący natomiast odpowiada za oddalone zarzuty dotyczące warunku dysponowania stacją serwisową. Kosztami postępowania obciążono zatem w 1/3 każdego z uczestników postępowania. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.200,00 zł (18.600 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego oraz od Przystępującego na rzecz Odwołującego po 6.200 zł, co odpowiada kwocie, do jakiej każdy z nich ponosi odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....