

**Sygn. akt KIO 3280/22**

**WYROK**

**z dnia 27 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2022 r. przez odwołującego – Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ostrowiec Świętokrzyski,

przy udziale wykonawcy BUSNEX Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3280/22 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Ostrowiec Świętokrzyski unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień wykonawcy BUSNEX Poland Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 2 listopada 2022 r. oraz załączników do tych wyjaśnień.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Gminę Ostrowiec Świętokrzyski i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. Zasądza od zamawiającego – Gminy Ostrowiec Świętokrzyski na rzecz odwołującego – Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Gmina Ostrowiec Świętokrzyski, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„dostawę 9 sztuk fabrycznie nowych niskopodłogowych, zeroemisyjnych autobusów miejskich o napędzie elektrycznym wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem 9 punktów ładowania zajezdniowego”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 sierpnia 2022 r. pod nr 2022/S 164-463854.

W dniu 8 grudnia 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę BUSNEX Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawa (zwanego dalej jako „wykonawca BUSNEX”) w dniu 2 listopada 2022 r. odnoszących się do treści złożonej oferty,
- 2) błędnej oceny oferty wykonawcy Busnex skutkującej przyznaniem jej 12 punktów w ramach pozacenowego kryterium P2 (Podatność obsługowa poszycia bocznego) oraz 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium P6 (Materiał poszycia zewnętrznego nadwozia),
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BUSNEX jako niezgodnej z warunkami zamówienia w przypadku, jeżeli z treści udzielonych wyjaśnień (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i nieudostępnionych Odwołującemu) wynika, że zaoferowane pojazdy posiadają rozwiązania dodatkowo punktowane w ramach ww. kryteriów, lecz jednocześnie są

one odmienne od dotychczas produkowanych autobusów, co oznacza, że zaoferowano pojazdy nie znajdujące się aktualnie w ciągłej produkcji seryjnej producenta lub są pojazdami prototypowymi albo przedsteryjnymi, a tym samym niezgodnymi z pkt 3.2. Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”),

4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert i błędnego wyboru oferty wykonawcy BUSNEX.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że zastrzeżone przez wykonawcę BUSNEX wyjaśnienia złożone w dniu 2 listopada 2022 r. oraz uzasadnienia dla ich zastrzeżenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zostały skutecznie zastrzeżone przez tego wykonawcę, podczas gdy wykonawca BUSNEX nie wykazał, aby informacje te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś w treści udzielonych wyjaśnień oraz uzasadnienia dla zastrzeżenia brak jest informacji mających taki charakter.

Na wypadek nie uwzględnienia powyższego zarzutu przez Izbę lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty wykonawcy BUSNEX są przedwczesne Odwołujący sformułował także 2 zarzuty ewentualne zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez błędną ocenę oferty wykonawcy BUSNEX w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert P2 i P6 w rezultacie przyjęcia, że pojazdy oferowane przez tego producenta posiadają poszycie o dodatkowo punktowanych parametrach opisanych w tych kryteriach, w konsekwencji czego ofercie tej przyznano 12 punktów w ramach kryterium P2 oraz 10 punktów w ramach kryterium P6, podczas gdy autobusy te w rzeczywistości nie posiadają oferowanych parametrów,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BUSNEX jako niezgodnej z warunkami zamówienia w przypadku, jeżeli z treści udzielonych wyjaśnień wynika, że są one niezgodne pkt 3.2 OPZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odtajnienie wyjaśnień wykonawcy BUSNEX z dnia 2 listopada 2022 r. wraz ze wszystkimi załącznikami i ich udostępnienie Odwołującemu.

Ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę żądania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy BUSNEX lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty wykonawcy BUSNEX nie są przedczesne – Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert, w ramach której oferta wykonawcy BUSNEX otrzyma 0 punktów w kryteriach P2 i P6 lub odrzucenia oferty wykonawcy BUSNEX w przypadku, jeżeli z udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w dniu 2 listopada 2022 r. wynika, że są one niezgodne z pkt 3.2. OPZ.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do jego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania tych okoliczności w postępowaniu przed Izbą, a także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania dotyczącego bezzasadnego nieudostępnienia wyjaśnień wykonawcy BUSNEX jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że informacje zastrzeżone przez tego wykonawcę tak naprawdę nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i Zamawiający powinien je udostępnić zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w szczególności należy odnieść do wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej oferty w zakresie posiadania przez autobusy wykonawcy BUSNEX parametrów dodatkowo punktowanych w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert (kryterium P2 i P6). Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający powziął istotne wątpliwości, czy zaoferowane przez wykonawcę BUSNEX autobusy marki YUTONG E9 długość 8,94 typ ZK6890BEVG

posiadają poszycie o deklarowanych parametrach, gdyż w dniu 27 października 2022 r. wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w odpowiednim zakresie. Natomiast w złożonych w dniu 2 listopada 2022 r. wyjaśnieniach wykonawca BUSNEX jedynie w sposób lakoniczny wskazał, że *„informacje zwarte w poniższych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i jako takie podlegają ochronie oraz nie mogą być udostępnianie podmiotom trzecim”*. Z treści tego pisma wynika również, że wykonawca dołączył do niego uzasadnienie zastrzeżenia tej tajemnicy, lecz jego również nie udostępniono Odwołującemu. W konsekwencji Odwołujący podał, że nie zna zarówno treści udzielonych wyjaśnień, jak i faktycznych podstaw dla ich utajnienia. Podkreślił przy tym, że w przypadku zastrzeżenia samego uzasadnienia jest wątpliwe, aby pełna treść takiego dokumentu podlegała ochronie prawnej, albowiem o ile można przypuścić, że niektóre z fragmentów mogą być rzeczywiście wrażliwe (np. informacje dotyczące ochrony informacji w organizacji wykonawcy czy np. nawiązanie do opisów technologicznych rozwiązań, które są utajniane), to pozostała treść tego pisma bezsprzecznie powinna być udostępniona. Odwołujący domniemuje, że merytoryczna część wyjaśnień wykonawcy BUSNEX może nie zawierać informacji, które spełniałyby przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym zwłaszcza aby posiadały one charakter techniczny lub technologiczny. Jego zdaniem mogą one mieć charakter generalny, który jedynie ogólnikowo potwierdza, że autobusy marki YUTONG posiadają parametry dodatkowo punktowane w ramach kryteriów P2 i P6. Zdaniem Odwołującego nie jest obiektywnie możliwe, aby pełna treść odpowiedzi wykonawcy BUSNEX w zakresie spełniania przez zaoferowane autobusy kryteriów P2 i P6 stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ informacje te są powszechnie dostępne, w tym na stronie internetowej producenta, lub możliwe do ustalenia w oparciu o oględziny już dostarczonych autobusów na rzecz Gminy Giżycko i Gminy Łława. Choć Odwołujący nie wyklucza, że pewna część wyjaśnień może mieć charakter techniczny lub technologiczny (np. szczegółowy opis użytej blachy poszycia, wskazujący że nie została zabezpieczona metodą kataforezy, lecz jest blachą określoną w kryterium P6), to nie może to jednak dotyczyć pełnej treści odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę BUSNEX.

W ocenie Odwołującego wykonawca BUSNEX nadużył prawa do ochrony informacji na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie działanie ze strony tego wykonawcy uniemożliwiło pozostałym wykonawcom weryfikację treści udzielonych wyjaśnień, które wprowadzały Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez pojazdy marki YUTONG kryteriów P2 i P6. Doprowadziło to też do ograniczenia

możliwości efektywnego skorzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego, który nie może odnieść się do treści udzielonych wyjaśnień i w jeszcze bardziej wyczerpujący sposób wykazać, że zaoferowane przez wykonawcę BUSNEX autobusy omawianych parametrów nie posiadają. Według Odwołującego doszło również do ograniczenia skuteczności kontroli decyzji Zamawiającego w zakresie oceny ofert przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Podsumowując Odwołujący zaznaczał, że w chwili obecnej w prowadzonych przetargach rozwiązania związane z poszyciem autobusów są powszechnie oceniane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, zaś konsekwentną praktyką wykonawcy BUSNEX, który jest przedstawicielem chińskiego producenta autobusów marki YUTONG, jest deklarowanie dodatkowo punktowanych parametrów, pomimo że oferowane autobusy ich nie posiadają, wraz z jednoczesnym utajnianiem wszelkich dodatkowych informacji, które mogłyby wykazać, że pojazdy te nie są wyposażone w tą pożądaną i dodatkowo punktowaną karoserię. Zdaniem Odwołującego w ten sposób wykonawca BUSNEX uzyskuje nieuprawnioną przewagę w przetargach i uzyskuje kolejne zamówienia na dostawy autobusów, co w praktyce zamówień publicznych stanowi jeden z bardziej jaskrawych przypadków naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący zastrzegł, że zgłosił w odwołaniu zarzuty dotyczące oceny oferty wykonawcy BUSNEX jako zarzuty ewentualne, ponieważ Odwołujący nie znając treści udzielonych wyjaśnień w zasadzie został pozbawiony możliwości wyczerpującego wykazania, że pojazdy marki YUTONG nie posiadają deklarowanych parametrów. Zaznaczył przy tym, że w przypadku nakazania przez Izbę odtajnienia tych wyjaśnień konieczne jest również orzeczenie o unieważnieniu wyboru oferty tego wykonawcy, zaś ewentualne zarzuty dotyczące jej oceny będą mogły być podniesione dopiero w przypadku jej ponownego wyboru.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego odwołania dotyczącego niespełnienia przez pojazdy wykonawcy BUSNEX parametrów punktowanych w pozacenowym kryterium oceny ofert P2 Odwołujący wskazał, że choć nie zna treści wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 2 listopada 2022 r., to na podstawie zdjęć oferowanych przez wykonawcę BUSNEX pojazdów, które zostały już dostarczone innym zamawiającym w Polsce (Gminie Iława i Gminie Giżycko) lub zdjęć pojazdów

dostępnych na stronie producenta ilustrujących proces ich produkcji, może bezspornie wywieść, że pojazdy zaoferowane przez wykonawcę BUSNEX posiadają poszycie trwale zamontowane, najpewniej za pomocą spawania lub zgrzewania, a tym samym, że nie spełniają jakościowego kryterium P2. Ze zdjęć pochodzących ze strony internetowej producenta, ilustrujących proces produkcyjny autobusów marki YUTONG (zdjęcia na str. 10 odwołania), wynika, że poszycie autobusów jest trwale połączone z konstrukcją pojazdu za pomocą spawów i jako całość zostaje przy wykorzystaniu kataforezy zabezpieczone antykorozyjnie. Również ze zdjęć autobusów dostarczonych przez wykonawcę BUSNEX dla Gminy Iława i Gminy Giżycko (zdjęcia na str. 11-12 odwołania) wynika, że pojazdy te cechują się jednolitym poszyciem wzdłuż całego boku pojazdu, w szczególności nie posiadają one oddzielnych paneli, typowych dla demontowalnego poszycia. Z uwagi na to, że Zamawiający wykluczył zastosowanie pojazdów prototypowych lub nieprodukowanych seryjnie, nie jest możliwe, aby wykonawca BUSNEX zaoferował autobusy marki YUTONG z demontowalnym poszyciem w sytuacji, gdy wszystkie dotychczas oferowane i prezentowane przez tego producenta pojazdy o tym oznaczeniu posiadają poszycie trwale związane z konstrukcją autobusu. W konsekwencji zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy BUSNEX nie powinna otrzymać 12 punktów w kryterium P2, a powinna otrzymać 0 punktów.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego odwołania dotyczącego niespełnienia przez pojazdy wykonawcy BUSNEX parametrów punktowanych w pozacenowym kryterium oceny ofert P6 Odwołujący wskazał, że według dostępnych informacji, w tym zawartych na stronie internetowej producenta pojazdów oferowanych przez wykonawcę BUSNEX, autobusy marki YUTONG, mają poszycie wykonane z blachy ze stali zabezpieczonej metodą kataforezy, jednakże w żadnym wypadku nie jest to blacha ze stali odpornej na korozję odpowiadająca normie PN-EN 10088, tj. gatunek stali, której w produkcji autobusów marki YUTONG się nie stosuje, a tym bardziej tworzywo sztuczne czy szkło hartowane opisane w kryterium P6 jako dodatkowo punktowane. W konsekwencji zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy BUSNEX nie powinna otrzymać 10 punktów w kryterium P6, a powinna otrzymać 0 punktów.

**Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**



Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiłaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła również, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 grudnia 2022 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane w jego piśmie z dnia 23 grudnia 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism stron oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, tj.:

- rysunku technicznego zabudowy bazowej panelu pojazdu Odwołującego,
- wyciągu z SWZ w wersji pierwotnie opublikowanej,
- wyciągu z wyjaśnień Zamawiającego do treści SWZ z dnia 20 września 2022 r.,

- wydruku polskiej normy PN-EN 10088-1,
- referencji z dnia 23 grudnia 2022 r. wystawionych przez Gminę Iława.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Gmina Ostrowiec Świętokrzyski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„dostawę 9 sztuk fabrycznie nowych niskopodłogowych, zeroemisyjnych autobusów miejskich o napędzie elektrycznym wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem 9 punktów ładowania zajezdniowego”*. Numer referencyjny tego zamówienia to Or.271.38.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 sierpnia 2022 r. pod nr 2022/S 164-463854.

Zgodnie z pkt 1 rozdziału 2 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa 9 sztuk fabrycznie nowych, jednej marki, niskopodłogowych, zeroemisyjnych, jednoczłonowych autobusów miejskich o długości min. 8,5m z napędem elektrycznym przeznaczonych do komunikacji miejskiej wykonywanej przez operatora publicznego transportu zbiorowego wraz z dostawą i montażem infrastruktury ładowania. Zamówienie realizowane jest w ramach zadania inwestycyjnego „Ekologiczny transport miejski w Ostrowcu Świętokrzyskim – etap IV”.

Zgodnie zaś z pkt 2 tego rozdziału SWZ przedmiot zamówienia obejmuje również dostawę, montaż i uruchomienie 9 nowych punktów ładowania zajezdniowego w tym:

a) 6 punktów ładowania tj. 3 sztuk stacjonarnych elektrycznych podwójnych stacji ładowania, przeznaczonych do jednoczesnego ładowania magazynów energii 6 autobusów , każda o mocy min. 2x40 kW,

b) 3 punktów ładowania tj. 3 sztuk stacjonarnych elektrycznych stacji szybkiego ładowania, przeznaczonych do jednoczesnego ładowania magazynów energii 3 autobusów, każda o mocy min. 150 kW,

c) pracowanie dokumentacji projektowej dla potrzeb montażu i uruchomienia ww. stacji ładowania autobusów w tym:

- 6 punktów ładowania tj. 3 sztuk stacjonarnych elektrycznych podwójnych ładowarek o mocy min. 80 kW (2x40 kW) na terenie bazy transportowej Miejskiego Zakładu Komunikacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrowcu Świętokrzyskim przy ul. J. Samsonowicza 3,

- 2 punktów ładowania tj. 2 sztuk stacjonarnych elektrycznych ładowarek szybkiego ładowania o mocy min. 150 kW na terenie bazy transportowej Miejskiego Zakładu Komunikacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrowcu Świętokrzyskim przy ul. J. Samsonowicza 3,

- 1 punktu ładowania tj. 1 sztuki stacjonarnej elektrycznej ładowarki szybkiego ładowania o mocy min. 150 kW na terenie pętli autobusowej w Ostrowcu Świętokrzyskim przy ul. Świętokrzyskiej, w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym na etapie sporządzania dokumentacji projektowej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 4 do SWZ. Między innymi w jego pkt 3.2. przewidziano, że konstrukcja pojazdu i zastosowane rozwiązania mają gwarantować co najmniej 15 lat eksploatacji przy założeniu średnio 40 tysięcy kilometrów rocznego przebiegu. Oferowane w niniejszym postępowaniu autobusy muszą być pojazdami znajdującym się aktualnie w ciągłej produkcji seryjnej producenta. Nie dopuszcza się pojazdów prototypowych i przedseryjnych.

Zgodnie z ust. II pkt 5 rozdziału 14 SWZ i pkt 10 rozdziału 18 SWZ wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które wykonawca zastrzeże jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny zostać złożone w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” a następnie wraz z plikami stanowiącymi jawną część skompresowane do jednego pliku archiwum.

W rozdziale 21 SWZ Zamawiający unormował opis kryteriów i sposób oceny ofert.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i ich wagą:

Kryterium	Znaczenie
cena (C)	60%
właściwości techniczne i eksploatacyjne (P)	30%
okres gwarancji (G)	5%
zużycie energii elektrycznej (E)	5%

W kryterium „ceny” (C) maksymalna liczba punktów do uzyskania przez wykonawcę wynosi 60.

Wagę kryterium obliczać należy ze wzoru:

$$C = (C \text{ min}/C \text{ oferty}) \times 60,$$

gdzie: C – wartość punktowa badanej oferty w kryterium „Cena”,

C min – najmniejsza cena ze złożonych ofert,

C oferty – cena badanej oferty.

W kryterium „właściwości techniczne i eksploatacyjne” (P) punkty zostaną przyznane zgodnie wartościami podanymi w tabeli poniżej, zgodnie z informacjami wskazanymi przez wykonawcę w złożonej ofercie.

Maksymalna liczba punktów do uzyskania przez Wykonawcę w tym kryterium wynosi 30.

W zakresie kryteriów P2 i P6 Zamawiający dokonał następującego opisu i punktacji kryteriów:

P	Kryterium	Opis kryterium	Punktacja
P2	Podatność obsługowa poszycia bocznego - dopuszcza się jedynie rozwiązanie będące w bieżącej produkcji, wykonywane wcześniej w oferowanym modelu autobusu (max. 12 punktów)	Poszycie boczne pod linią okien montowane bez klejenia, spawania, zgrzewania	12
		Inne rozwiązania	0
P6	Materiał poszycia zewnętrznego nadwozia (w tym elementy ścian bocznych, dachu, ściany przedniej i tylnej, drzwi i klap) (max. 10 punktów) Uwaga: Jeżeli przynajmniej jeden z elementów poszycia zewnętrznego wykonano z materiału innego niż z blachy ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088) lub aluminium, tworzywa sztucznego wzmocnionego włóknem szklanym, tworzywa sztucznego przeznaczonego do stosowania na zewnątrz o dużej odporności na niskie temperatury oraz uszkodzenia mechaniczne, szkła hartowanego, niewymagających dalszego zabezpieczenia	Blachy ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088) lub aluminium, tworzywa sztuczne wzmocnione włóknem szklanym, tworzywa sztuczne przeznaczone do stosowania na zewnątrz o dużej odporności na niskie temperatury oraz uszkodzenia mechaniczne, szkło hartowane, niewymagające dalszego zabezpieczenia antykorozyjnego	10
		Inne rozwiązania	0

Waga kryterium obliczona będzie ze wzoru:

$P = (P1+P2+P3+P4+P5+P6+P7+P8+P9+P10) / 90 \times 30$ , gdzie: P – wartość punktowa badanej oferty w kryterium „Właściwości techniczne i eksploatacyjne”.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

1) ARP E-VEHICLES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Solcu Kujawskim na kwotę 24 661 500 zł 00 gr (dwadzieścia cztery miliony sześćset sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset złotych zero groszy),

2) BUSNEX Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na kwotę 20 457 599 zł 97 gr (dwadzieścia milionów czterysta pięćdziesiąt siedem tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt siedem groszy),

3) Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu na kwotę 24 132 600 zł 00 gr (dwadzieścia cztery miliony sto trzydzieści dwa tysiące sześćset złotych zero groszy).

Wykonawca BUSNEX składając ofertę zadeklarował, że oferowany przez niego autobus spełnia wymogi jakościowe określone przez Zamawiającego w kryteriach P2 i P6.

W dniu 27 października 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BUSNEX do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Przyczyną wystosowania wezwania były wątpliwości, jakie zrodziły się u Zamawiającego w trakcie badania ofert odnośnie technologii wykonania poszycia bocznego autobusów zaoferowanych przez tego wykonawcę. Zamawiający wskazał w treści wezwania, że na ogólnodostępnej stronie internetowej firmy YUTONG został między innymi przedstawiony proces produkcji typu autobusu będącego przedmiotem postępowania. Z zamieszczonych tam informacji wynika, że szkielet autobusu wraz z poszyciem bocznym stanowi jeden monolityczny element, który jest poddawany zabezpieczeniu antykorozyjnemu w procesie kataforezy. Taki sposób zabezpieczenia antykorozyjnego nie może być stosowany w przypadku wykonania poszycia ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088), aluminium, tworzyw sztucznych wzmocnionych włóknem szklanym i innych tworzyw wymienionych w kryterium oceny oferty P6. W ocenie Zamawiającego zaszła wątpliwość odnośnie zgodności zadeklarowanych w ofercie wykonawcy BUSNEX rozwiązań odnośnie sposobu montażu poszycia bocznego i zastosowanych do jego wykonania materiałów w stosunku rozwiązań stosowanych w produkowanych przez firmę YUTONG autobusach.

Dlatego też Zamawiający wezwał wykonawcę BUSNEX do złożenia wyjaśnień w odnośnie sposobu montażu poszycia bocznego oraz materiałów użytych do wykonania poszycia w terminie do dnia 2 listopada 2022 r.

W wyjaśnieniach z dnia 2 listopada 2022 r. wykonawca BUSNEX podał, że na stronie internetowej firmy YUTONG nie ma przedstawionego procesu produkcji modelu autobusu, który został zaofertowany w tym postępowaniu. Szkielet nie stanowi jednej monolitycznej konstrukcji wraz z poszyciem bocznym. W procesie kateforezy zabezpieczony jest szkielet podwozia i nadwozia. Poszycie zewnętrzne wykonane jest z blachy ze stali odpornej na korozję (zgodnie z polską normą PN-EN 10088) lub aluminium, tworzywa sztucznego wzmocnionego włóknem szklanym, tworzywa sztucznego przeznaczonego do stosowania na zewnątrz o dużej odporności na niskie temperatury oraz uszkodzenia mechaniczne, szkła hartowanego, niewymagającego dalszego zabezpieczenia antykorozyjnego. W zaofertowanych przez wykonawcę BUSNEX autobusach, poszycie boczne wykonane jest z aluminium oraz tworzyw sztucznych przeznaczonych do stosowania na zewnątrz o dużej odporności na niskie temperatury oraz uszkodzenia mechaniczne. Poszycie boczne montowane jest do konstrukcji szkieletu wykonanej ze stali zabezpieczonej antykorozyjnie w procesie kateforezy przy użyciu specjalistycznych klipsów. Takie rozwiązanie było wcześniej stosowane przez producenta autobusów marki YUTONG w przypadku zaofertowanego modelu oraz jest ono aktualnie stosowane przez producenta w formie opcji do wyboru przy produkcji oferowanego modelu. Reasumując, wykonawca BUSNEX stwierdził, że w kryterium P2 oraz P6 prawidłowo określił zastosowane rozwiązania i materiały.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca BUSNEX wskazał, że przedmiot postępowania obejmuje zaawansowane technicznie elektryczne pojazdy autobusowe, których parametry i wyposażenie skonfigurowane na potrzeby przedmiotowego przetargu stanowią zbiór danych o charakterze technicznym, które mają znaczenie handlowe (m. in. przekładające się na możliwość przygotowywania i skutecznego składania ofert w przyszłych przetargach) oraz mogą zostać zakwalifikowane jako informacje posiadające wartość gospodarczą. Ponadto informacje te rozpatrywane jako całość, tj. 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. Informacje te posiadają jednak

dla wykonawcy (oraz dla producenta autobusów firmy YUTONG Corporation, którego wykonawca jest przedstawicielem) znaczną wartość gospodarczą. O powodzeniu sprzedaży tego typu zaawansowanych technicznie, nowoczesnych produktów, decyduje przede wszystkim ich innowacyjność i możliwość dostosowania do potrzeb klientów. Szczególnie istotne dla wykonawcy i zasługujące na szczególną ochronę są przede wszystkim dane techniczne odnoszące się do zastosowanego zestawienia parametrów pojazdów i stosowanego wyposażenia, a także szczegółowe dane na temat konstrukcji pojazdów. Możliwość zapoznania się z tego typu danymi i w tym szczególnym zestawieniu dałoby konkurentom wykonawcy szansę na ocenę możliwości wykonawcy w tym zakresie i odpowiednie dostosowanie ich oferty, co obniżyłoby pozycję konkurencyjną wykonawcy w danym segmencie rynku. W świetle tego nie może budzić wątpliwości komercyjnego znaczenia i waga zastrzeganych informacji, ich techniczny charakter (dotyczący szczegółowego opisu pojazdu i zestawienia rozwiązań parametrowo-konstrukcyjnych na potrzeby danego przetargu), a także ich wartość gospodarcza. Wartość tak, jakkolwiek niemożliwa do konkretnego skwantyfikowania, jest z pewnością niezerowa – notoryjna jest możliwość powstania opisywanych wyżej szkód i strat związanych z utrudnieniami w skutecznym przygotowywaniu i składaniu ofert na konkurencyjnym rynku dostaw zaawansowanych technicznie pojazdów autobusowych. Upublicznienie i rozpowszechnienie zastrzeżonych informacji dotyczących technicznego opisu i charakterystyki oferowanych pojazdów zagrażałoby konkurencyjnej pozycji wykonawcy na rynku. Pozyskane przez konkurencję informacje mogą zostać wykorzystane do walki konkurencyjnej z wykonawcą, a tym samym prowadzić to będzie do osłabienia możliwości wykonawcy do uzyskania zamówienia w tej branży. Ryzyko to wzmacnia specyficzny charakter rynku, na którym operuje wykonawca, a działające na nim wyspecjalizowane podmioty bardzo uważnie śledzą działania, możliwości techniczne oraz strategie biznesowe konkurencji. Nawet jeśli niektóre elementy informacji czy fragmenty informacji zawartych w części zastrzeżonej wyjaśnień mogą być znane osobom z branży, to jednak dopiero zebrane razem tworzą odpowiednią jakość i umożliwiają ich wykorzystanie. Tworzą one przez to jako całość nową, wymierną wartość gospodarczą. Pełną wiedzę w tym zakresie posiada jedynie wąska grupa osób zatrudnionych w przedsiębiorstwie wykonawcy. Wykonawca BUSNEX wyjaśnił również, że jako firma działająca w branży technologicznej stosuje szereg środków dotyczących ochrony przetwarzanych informacji. Szczególne procedury ochrony informacji poufnych są stosowane w jego przedsiębiorstwie zarówno poprzez wykorzystanie fizycznych, informatycznych, jak i prawnych środków ochrony. W ramach podejmowanych przez siebie środków ochrony informacji wymienia: a) odpowiednią klasyfikację i oznakowanie dokumentów i informacji zawierających informacje poufne, b)



ograniczenie dostępu do miejsc, w których przechowywane są informacje poufne (indywidualne karty wejść dla pracowników, klucze), c) zabezpieczanie nośników informacji za pomocą szyfrowania danych na nich zapisanych, w tym szyfrowanie danych przekazywanych w formie elektronicznej i ich zabezpieczanie za pomocą hasła, zabezpieczenia laptopów i przeglądark internetowych, d) stosowanie odpowiednich zabezpieczeń systemów informatycznych, w tym dla oprogramowania umieszczonego w chmurze, e) odpowiednie przygotowanie i przeszkolenie personelu – „wyczerpanie” na ochronę i bezpieczeństwo danych. Dostęp do jego siedziby, gdzie przechowywane są wszelkie poufne dane, pozostaje ograniczony oraz jest kontrolowany. Stosowana jest ochrona fizyczna oraz karty dostępu. W odniesieniu do prawnych środków ochrony informacji na jego pracowników jest nałożony obowiązek zachowania w poufności udostępnionych informacji mających charakter niejawni. Natomiast w zakresie zabezpieczeń informatycznych stosowane są najnowsze standardy bezpieczeństwa danych i zarządzania ryzykami w tym zakresie. Odnosi się to zarówno do klasyfikacji danych, sposobów ich zabezpieczania, jak i odpowiedniego przygotowania i przeszkolenia personelu w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez Odwołującego – Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu uznając, iż jest ono uzasadnione w zakresie podstawowego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast pozostałe zarzuty odwołania Izba pozostawiła bez rozpoznania, albowiem z uwagi na uwzględnienie podstawowego zarzutu odwołania dotyczącego braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę BUSNEX w odniesieniu do jego wyjaśnień z dnia 2 listopada 2022 r. i załączników do tych wyjaśnień – zgodnie z wyraźnym oświadczeniem Odwołującego zawartym w treści odwołania – merytoryczne odnoszenie się do kolejnych zarzutów odwołania sformułowanych przez Odwołującego w sposób wyraźny jako zarzuty ewentualne byłoby przedwczesne.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Według natomiast art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które 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, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych w Polsce, której normatywne źródło tkwi w art. 18 ust. 1 ustawy PZP. Zasada jawności postępowania stanowi gwarancję jego transparentności zarówno w odniesieniu do czynności zamawiającego, jak i wykonawców, gdyż każdy przedsiębiorca, który decyduje się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie powinien liczyć się z tym, że dokumenty przez niego składane w toku postępowania i informacje o nim przekazywane zamawiającemu podlegały ujawnieniu przez organizatora przetargu na wniosek zainteresowanych podmiotów. W dalszej kolejności wypada zauważyć, że ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić tylko w drodze wyjątku i tylko w uzasadnionych przypadkach przewidzianych przepisami prawa. Jednym z takich zasadniczych wyjątków jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do której nawiązują art. 18 ust. 3 ustawy PZP i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać zamawiającemu, że zastrzegane przez niego informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi dla niego wartość gospodarczą, które 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, natomiast wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co istotne, wykonawca już w momencie przekazania zamawiającemu informacji i dokumentów, których ochrony i utajnienia się domaga, powinien złożyć stosowne zastrzeżenie. Natomiast ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa każdorazowo powinna być dokonywana indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy przyznać rację Odwołującemu, iż nie doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę BUSNEX w odniesieniu do jego wyjaśnień z dnia 2 listopada 2022 r. Odwołujący trafnie przewidział, że merytoryczna część wyjaśnień wykonawcy BUSNEX to w zasadzie tylko ogólnikowe potwierdzenie tego, że autobusy marki YUTONG posiadają parametry dodatkowo punktowane przez Zamawiającego w ramach kryteriów P2 i P6. Taki sposób udzielenia wyjaśnień w żadnej mierze nie wykazuje, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny lub inny wskazujący na ich wartość gospodarczą dla tego wykonawcy. Przy tym w ocenie Izby nie zostało również wykazane, aby wykonawca BUSNEX dochował należytej staranności w zabezpieczeniu tych informacji przed nieuprawnionym ujawnieniem. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie jest mało przekonujące i zostało słabo udokumentowane. Samo powoływanie się na wyciągi z regulaminu obiektu biurowego czy na wyciągi z umowy o pracę wraz z klauzulami poufności jest zdaniem Izby niewystarczające. Tego rodzaju dokumenty występują powszechnie w obrocie gospodarczym nawet w przypadku firm, które nie posiadają wartościowych rozwiązań technicznych lub technologii mogących zapewnić im przewagę nad konkurentami. Jednocześnie brak jest innych dokumentów poświadczających, że wykonawca BUSNEX podejmuje odpowiednie starania w celu utrzymania w poufności swoich informacji i dokumentów, co do których twierdzi, że posiadają one wartość gospodarczą. Poza tym uzasadnione wątpliwości Izby wzbudza podnoszona kwestia niedostępności zastrzeżonych informacji. Nie dość, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest w tym zakresie bardzo lakoniczne, to na dodatek poza sporem pozostaje, że autobusy produkowane przez chińską firmę YUTONG jeżdżą już po polskich drogach, albowiem zostały dostarczone w ramach innych przetargów dla Gminy Giżycko i Gminy Iława. Dla przedsiębiorców z branży motoryzacyjnej, którzy bardzo dobrze orientują się w jej realiach, nie stanowi większej trudności dokonanie oględzin tych autobusów, wykonanie dokumentacji fotograficznej i ustalenie, w jakich

sposób i z jakiego rodzaju materiału zostało wykonane poszycie tych autobusów. Do tego nie są potrzebne żadne żmudne i czasochłonne poszukiwania, dochodzenia, obliczenia, a tym bardziej działania o charakterze nielegalnym. Potwierdzeniem tego jest chociażby złożone w tej sprawie odwołanie, które zawiera szczegółową i merytoryczną analizę stanu faktycznego sprawy, a która to analiza znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji sprawy odwoławczej.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez wykonawcę BUSNEX w odniesieniu do jego wyjaśnień z dnia 2 listopada 2022 r. było nieskuteczne. Zamawiający naruszył zatem art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Zważywszy na uwzględnienie odwołania, co skutkowało nakazaniem przez Izbę Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odtajnienia wyjaśnień wykonawcy BUSNEX, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkami poniesionymi przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia jego pełnomocnika, tj. łącznie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....