

WYROK

z dnia 24 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2013 r. przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** na rzecz **Miejskiego Zakładu Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup taboru tramwajowego niskopodłogowego wraz z dostawą specjalistycznego wyposażenia obsługowego, pakietu eksploatacyjno - naprawczego oraz dostosowaniem zajezdni tramwajowej do obsługi taboru niskopodłogowego w ramach projektu pn. „Integracja systemu transportu miejskiego wraz z zakupem taboru tramwajowego w Toruniu - BiT-City”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S 107-183715 z dnia 5 czerwca 2013 r. Odwołujący Solaris Bus & Coach S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, wyborze oferty spółki: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., jako najkorzystniejszej, pomimo istniejących przesłanek uzasadniających wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo istniejących przesłanek uzasadniających konieczność zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, zaniechaniu poprawienia oferty złożonej przez Odwołującego w trybie oczywistej omyłki rachunkowej, pomimo istnienia podstaw do jej poprawienia, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo istniejących przesłanek uzasadniających konieczność zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie poprawienia oferty złożonej przez Odwołującego w trybie oczywistej omyłki rachunkowej, pomimo istnienia podstaw do jej poprawienia, naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niedokonanie wyboru w postępowaniu oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert oraz powtórzenie tych czynności, nakazanie Zamawiającemu zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego: Solaris Bus & Coach S.A. Dodatkowo Odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części

obejmującej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, na podstawie art. 189 ust. 8 w zw. z art. 189 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zaznaczył, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje mają charakter dokumentacji technicznej i technologicznej, która posiada wartość gospodarczą dla Odwołującego. Zawierają szczegółowe dane dotyczące konstrukcji pojazdu, jego funkcjonalności, zastosowanych rozwiązań technicznych, wykorzystanych podzespołów oraz ich konfiguracji. Odwołujący podkreślił, że wartość gospodarczą dla Odwołującego ma dokumentacja jako całość, a więc kompletne rozwiązanie ofertowane konkretnemu zamawiającemu. Zastrzeżenie dokumentacji technicznej pojazdu pozwala Odwołującemu na ochronę jego interesów, uniemożliwiając jednocześnie ich wykorzystanie konkurentom na potrzeby prowadzonej przez nich działalności. Przeważnie to różnice w konfiguracji pojazdów decydują o wygranej lub przegranej w przetargu. Odwołujący wskazał, że o wartości gospodarczej zastrzeżonych danych przesądza także wysoki koszt projektowania pojazdów, prowadzenia odpowiednich testów czy uzyskiwania wymaganych pozwoleń. Odwołujący podjął również niezbędne kroki zmierzające do zachowania w poufności danych zamieszczonych w złożonej ofercie. Działania Odwołującego polegają w szczególności na: organizacji pracy zespołu pracowników w sposób ograniczający dostęp do informacji tajnych przede wszystkim poprzez nadawanie wybranym pracownikom uprawnień pozwalających na dostęp do zasobów informatycznych zawierających informacje tajne, wprowadzeniu zakazu korzystania z komputerów służbowych do celów innych niż związane z pracą ze względu na ryzyko pozyskania informacji tajnych przez osoby trzecie, prowadzeniu monitoringu poczty elektronicznej, zawieraniu z pracownikami oraz kontrahentami umów o zachowaniu poufności.

Odwołujący wskazał także, że utajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w toku postępowania odwoławczego stanowi jedynie kontynuację działań podjętych przez Odwołującego już przed i na etapie składania ofert. W złożonej ofercie w sposób wyraźny oznaczone zostały bowiem informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Utajnienie technicznego fragmentu odwołania ma na celu zapobiegnięcie wypłynięciu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego do konkurencji Odwołującego, a także umożliwienie otwartego posługiwania się rzetelną argumentacją na rozprawie.

Zamawiający w zawiadomieniu wykazał, iż: zaoferowane przez Odwołującego tramwaje nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie zdolności przewozowej tj. zaoferowanej nominalnej liczby miejsc w tramwaju (liczby pasażerów którą tramwaje mogą maksymalnie pomieścić). Nawet gdyby przyjąć iż zaoferowane tramwaje mogłyby pomieścić zaoferowaną liczbę pasażerów, to nie spełniłyby one wymogów co do maksymalnego dopuszczalnego nacisku

na osie określanego Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia w §3 ust. 5.

Zdaniem Odwołującego złożona oferta spełnia wszelkie wymogi SIWZ, w szczególności w zakresie możliwości przewozowych, a co za tym idzie sformułowany przez Zamawiającego w tym zakresie zarzut jest całkowicie chybiony. W ocenie Odwołującego, nawet gdyby Zamawiający natrafił na niejasności co do powyższego to powinien zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 PZP o złożenie wyjaśnień co do wskazanej problematyki.

Odwołujący podkreślił, że „Zdolność przewozowa”, tj. maksymalna liczba pasażerów którą mogą pomieścić oba oferowane typy tramwajów została prawidłowo podana w złożonej ofercie Wykonawca zadeklarował nominalną liczbę miejsc w wysokości 122 miejsc dla tramwajów 3-członowych i 203 miejsc dla tramwajów 5-członowych. Zadeklarowane wartości są zdecydowanie większe od wymaganych w SIWZ. Zamawiający żądał bowiem zaoferowania odpowiednio co najmniej 115 miejsc dla tramwajów 3-członowych i 200 miejsc dla tramwajów 5-członowych.

Odwołujący podkreślił, że podał w ofercie prawidłowo również „masę nieobciążonego (bez pasażerów) tramwaju (w kg)” (str. 163 oferty, pkt. 1.4 tiret pierwszy). Wskazał, że na skutek omyłki rachunkowej (matematycznej), nietrafnie obliczona została „masa tramwaju przy nominalnym napełnieniu (przy 5 osobach na 1 m²) (w kg)”, która podana została w pkt. 1.4 tiret drugi na str. 163 oferty Odwołującego.

Wskazał, że masę tramwaju przy nominalnym napełnieniu oblicza się poprzez dodanie do masy tramwaju nieobciążonego, masy maksymalnej liczby pasażerów którymi dany pojazd może zostać napełniony oraz masy motorniczego. Zgodnie z §3 ust. 6 Rozporządzenia przyjmuje się, że średnia masa pasażera wynosi 68 kg, a masa motorniczego 75 kg.

Zgodnie z powyższym wskazaniem do prawidłowo podanej przez Odwołującego w ofercie masy tramwaju nieobciążonego (bez pasażerów) wynoszącej odpowiednio 30.143 kg dla tramwaju 3-członowego i 44.312 kg dla tramwaju 5-członowego (str. 163 oferty, pkt. 1.4 tiret pierwszy) należało dodać masę pasażerów wraz z motorniczym przy nominalnym napełnieniu. Podkreślił, że wskazana omyłka jest czysto rachunkowa (omyłka w obliczeniach matematycznych), jest oczywista i możliwa do poprawienia w oparciu o dane zawarte w samej ofercie. Bowiem jak już wskazano powyżej masę tramwajów przy nominalnym napełnieniu można bez przeszkód obliczyć korzystając z podanych w ofercie informacji dotyczących masy tramwajów nieobciążonych i dodając do nich wyliczoną zgodnie z Rozporządzeniem masę pasażerów i motorniczego.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego powyższa omyłka nie prowadzi również do przekroczenia maksymalnego dopuszczalnego nacisku na osie wskazanego w Rozporządzeniu.

Przyrost masy tramwaju powoduje zwiększenie nacisku na osie tramwaju (nacisk ten wyraża się w kilo-newtonach [kN]). Zdaniem Odwołującego, nieuprawnione jest twierdzenie, że w którymkolwiek przypadku dojdzie do przekroczenia maksymalnego dopuszczalnego nacisku na oś określonego w Rozporządzeniu czyli 100 kN. Masa tramwaju nie rozkłada się równomiernie na wszystkie osie i zależy od wielu czynników, w tym przede wszystkim od rozkładu wolnej powierzchni w tramwaju, która zajęta będzie przez pasażerów. Odwołujący wskazuje, że szczegółowe dane konieczne do określenia nacisków na osie nie były wymagane do podania w ofercie przez Zamawiającego. Powyższa zmiana jest wprost konsekwencją zmiany podanej masy tramwaju, która powstała na skutek wspomnianej już wcześniej omyłki rachunkowej. Masę tramwaju można bowiem w prosty sposób przeliczyć na kilo-newtony (kN) wiedząc że $1\text{kg}=9,81\text{N}$.

Ciężar tramwaju 3-członowego jak i 5-członowego zwiększy się jedynie na osiach nr 3 i 4 (w tramwaju 3-członowym) i na osiach nr 5 i 6 (w tramwaju 5-członowym) - wynika to bowiem z rozkładu wolnej powierzchni w tramwajach, a zarzucane przez Zamawiającego przekroczenia w rozkładzie ciężaru są jedynie jego domysłem.

Odwołujący sporządził analizę z której wynikać miało, że w zaoferowanych tramwajach nie doszłoby do przekroczenia maksymalnych dopuszczalnych nacisków na osie.

W przekazanym Odwołującemu Zawiadomieniu Zamawiający wskazał także, że oferta złożona przez Odwołującego nie spełnia wymagań określonych w SIWZ odnośnie konstrukcji nadwozi i podwozi zaoferowanych tramwajów.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego i wskazał, że Odwołujący zaoferował tramwaje w całości spełniające wskazany przez Zamawiającego wymóg odnośnie konstrukcji nadwozi i podwozi tramwajów.

Podniósł, że z treści wskazanego wymogu SIWZ wynika, iż Zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania jednego z trzech dopuszczonych rozwiązań technologicznych w zakresie konstrukcji nadwozia i podwozia tramwaju: 1) konstrukcji metalowej ze stali odpornej na korozję zgodnie z PN-EN 10088, lub 2) stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy KTL (zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu), lub 3) konstrukcji aluminiowej.

Odwołujący na str. 120 oferty w pkt. 2.2.11 Konstrukcja mechaniczna ppkt 2) zaoferował wpisując do rubryki „Podać konkretny wymiar/ inny parametr (jeśli dotyczy) oraz materiał/ rozwiązanie w przypadku, gdy dopuszcza się zastosowanie różnych materiałów/ rozwiązań lub inne uwagi” co następująco: „*Konstrukcja nadwozia i podwozia tramwaju charakteryzuje*

się dużą wytrzymałością, tak, aby w całym okresie eksploatacji tramwaju, uwzględniając obsługowe i awaryjne podnoszenia oraz drobne zderzenia, nie występowały jej odkształcenia lub pęknięcia. Konstrukcja nadwozia i podwozia wykonana jest ze stali. Wszystkie wewnętrzne i zewnętrzne profile zabezpieczone przed korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości. Profile wyposażone w otwory ściekowe do usuwania wody"

Dodatkowo w tym samym punkcie na str. 120 oferty Odwołujący w rubryce „Spełnia/ Nie Spełnia" wpisał: „Spełnia"

Odwołujący wskazał, że zaoferował rozwiązanie opisane w pkt. 2) powyżej, czyli: „stal konstrukcyjną o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczoną dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy KTL (zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu)". Na powyższe wskazują bezsprzecznie takie zwroty jak „Konstrukcja nadwozia (...) o dużej wytrzymałości", „Konstrukcja nadwozia i podwozia wykonana jest ze stali" oraz „Wszystkie wewnętrzne i zewnętrzne profile zabezpieczone przed korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości". Powyższy opis w połączeniu ze zwrotem „Spełnia" w rubryce „Spełnia/Nie Spełnia" wskazuje wprost na zaoferowanie przez Odwołującego rozwiązania dopuszczonego przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślał, że zaoferowany przez niego pojazd wykonany zostanie ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy KTL (zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu) tj. poprzez nakładanie powłok malarskich wykorzystując zjawisko elektroforezy, a więc w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że na str. 97 oferty Odwołującego podane zostały rodzaje stali, które zastosowane zostaną przy budowie tramwajów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Z informacji tych wynika, że Odwołujący zaoferował „stal konstrukcyjną o zwiększonej wytrzymałości", co wynika ze wskazanych tam norm i gatunków stali. Powyższe w zestawieniu z deklaracją, że oferta „Spełnia" wymóg Zamawiającego, wprost wskazuje na wybór przez Odwołującego na rozwiązanie nr 2) tj. zastosowanie w oferowanych tramwajach „stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy KTL (zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu)".

Odwołujący podkreślał, że w razie wątpliwości Zamawiający winien wyklądać oświadczenie woli wykonawców w sposób korzystny dla wykonawcy. Ewentualnie Zamawiający powinien w trybie art. 87 ust. 1 PZP zwrócić się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Ten sam normatywny obowiązek, zdaniem Odwołującego, ciążył również na Zamawiającym w zakresie skorzystania z dobrodziejstwa art. 87 ust. 2 pkt. 2 PZP.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym przedstawił wniosek o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ocenie Zamawiającego nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał, że zaoferowane przez Odwołującego wagony tramwajowe nie spełniają wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia - specyfikacja techniczna tramwaju (załącznik nr 1 do SIWZ BiTz8/E/13).

W pkt. 1.1 Wymagania ogólne ppkt 2 SIWZ Zamawiający przyjął, że „Wagon musi spełniać wymagania określone właściwymi postanowieniami obowiązujących w Polsce aktów prawnych, tj. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 roku w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2011 r. Nr 65, poz. 344)” (dalej rozporządzenie).

W pkt. 2.2.2. Przedział pasażerski ppkt 2) SIWZ Zamawiający wskazał, że „Całkowita pojemność wagonu nie może być mniejsza niż: w przypadku wagonu 3-członowego 115 osób, w przypadku wagonu 5-członowego 200 osób, w obu przypadkach przy normatywnym napełnieniu 0,20 m²/osobę przy czym ilość miejsc siedzących nie może być mniejsza niż: w przypadku wagonu trójczłonowego 25, w przypadku wagonu pięcioczłonowego 40”.

Zamawiający ustalił, iż zgodnie z ofertą Odwołującego masy tramwajów wynoszą: masa tramwaju 3-członowego nieobciążonego (bez pasażerów) 30143 kg, przy napełnieniu (5 osób/1 m²) 37430 kg. Masa tramwaju 5-członowego nieobciążonego (bez pasażerów) 44312 kg, masa tramwaju przy nominalnym napełnieniu (przy 5 osobach na 1 m²) 57543 kg. W dalszej kolejności Zamawiający zauważył, iż zgodnie z § 3 ust. 6 Rozporządzenia, który stanowi, że „średnia masa jednego pasażera wraz z bagażem wynosi 68 kg, a masa motorniczego 75 kg” oraz uwzględniając masę możliwą do przewiezienia przez tramwaje (różnica pomiędzy masą tramwaju przy nominalnym napełnieniu a masą tramwaju nieobciążonego) uzyskamy całkowitą pojemność wagonów.

Zgodnie z treścią Rozporządzenia oraz obliczeniami Zamawiającego dokonanymi w oparciu o dane zawarte w ofercie Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż całkowita maksymalna pojemność tramwaju 3-członowego wynosi 106 osób, zaś 5-członowego 193 osoby, wobec czego, warunek określony w pkt. 2.2.2. Przedział pasażerski ppkt 2) SIWZ zakładający, iż pojemność wagonu nie może być mniejsza niż 115 osób w przypadku wagonu 3-członowego oraz 200 osób w przypadku wagonu 5-członowego, nie został spełniony przez Odwołującego.

Zamawiający na podstawie danych zawartych w ofercie Odwołującego, dokonał także obliczeń nacisku osi tramwaju 3- i 5-członowego na tor, porównując je następnie z analogicznymi danymi przedstawionymi przez Odwołującego, przy założeniu, iż 1kG = 9,81 N.

Wobec powyższych ustaleń Zamawiający stwierdził, iż siła nacisku osi napelnionego tramwaju na tor podana w ofercie Odwołującego różni się od siły nacisku będącej wynikiem własnych obliczeń Zamawiającego dokonanych w oparciu o pojemności tramwajów przedstawione przez Odwołującego (122 osoby dla tramwaju 3-członowego i 203 osoby dla tramwaju 5-członowego). Przy założeniu, że całkowita maksymalna pojemność tramwaju 5-członowego wynosi 203 osoby, nacisk na 4 osi tramwaju wyniósłby 101,49 kN, a co za tym idzie przekroczyłby określony w § 3 ust. 5 Rozporządzenia próg wynoszący 100 kN.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż oferowane przez Odwołującego tramwaje nie spełniają wymagań SIWZ pkt. 2.2.2. Przedział pasażerski ppkt 2) SIWZ dotyczących możliwości przewozowych - jednego z najważniejszych parametrów dla Zamawiającego w przewozie osób. Ponadto są w tym zakresie niezgodne z odpowiednimi uregulowaniami Rozporządzenia.

W pkt 2.2.11 ppkt 2) SIWZ Zamawiający określił, że: *„nadwozie i podwozie tramwaju powinno być wykonane w formie konstrukcji metalowej ze stali odpornej na korozję zgodnie z PN-EN 10088 lub ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy KTL (zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu). Wszystkie wewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone przed korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości. Profile wyposażone w otwory ściekowe do usuwania wody. Dopuszcza się zastosowanie konstrukcji aluminiowej”.*

Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował tramwaj o konstrukcji ze stali gatunku S355J2+N wg normy PN-EN 10025 (szkielet nadwozia i konstrukcja ostoi) nie zabezpieczonej w procesie kateforezy KTL. Z danych zawartych w ofercie wynikało, że ze stali odpornej na korozję zgodnie z normą PN-EN 10088 miał zostać wykonany wyłącznie dach tramwaju.

Zamawiający ustalił, iż stal konstrukcyjna niestopowa gatunku S 355 w jakości J2 po walcowaniu normalizującym N wg normy PN-EN 10025 nie jest stalą odporną na korozję. Norma PN-EN 10088 dotycząca stali odpornych na korozję, jakiej wymagał Zamawiający, precyzuje dokładnie stale odporne na korozję (nierdzewne) i nie odnosi się do normy PN-EN 10025. Zgodnie z normą PN-EN 10088 „stale odporne na korozję to stale zawierające co najmniej 10,5% chromu i maksymalnie 1,2% węgla (...) ochronę zapewnia minimalna zawartość 10,5% chromu poprzez samoistne tworzenie cienkiej warstewki tlenku chromu”. Natomiast stal S355J2 po walcowaniu normalizacyjnym N uzyskuje maksymalnie do 0,35% zawartości chromu.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż ww. konstrukcja tramwaju ze stali S355J2+N nie należy do grupy stali odpornych na korozję i niezabezpieczona dodatkowo w procesie kataforezy KTL nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający dodatkowo podkreślił, że jak wskazał sam Odwołujący na stronie 13 swojego odwołania, Odwołujący w ofercie wskazał, iż „konstrukcja nadwozia i podwozia wykonana jest ze stali. Wszystkie wewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone przed korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości. Treść ta zdaniem Zamawiającego nie potwierdza spełniania omawianego warunku wynikającego z SIWZ. Dopiero w treści odwołania Odwołujący stwierdził, że „zaoferowany przez niego pojazd jest wykonany ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kataforezy” (strona 13). Jak podkreślił Zamawiający, oświadczenie to, zarówno ze względu na fakt, iż nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w treści oferty, a także moment jego złożenia (po otwarciu i ocenie ofert), nie mogło być jednak wzięte pod uwagę przez Zamawiającego. Prowadzi ono bowiem de facto do niedopuszczalnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych zmiany oferty po jej otwarciu.

Zamawiający wskazał, że: „W świetle opisanych powyżej niezgodności treści oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obowiązującą w Postępowaniu, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Odwołującego. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo KIO, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jednak odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie, jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych niewpływających na treść złożonej oferty. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kc, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Ponadto należy podkreślić, że sformułowanie ww. przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty.

W ocenie Zamawiającego, oferta Odwołującego była niewątpliwie niezgodna z SIWZ i to w zakresie istotnych z punktu widzenia Zamawiającego elementów merytorycznych. W konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie tej oferty jako niezgodne z SIWZ oraz Rozporządzeniem.

Zamawiający podniósł, że nie miał obowiązku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia jego oferty. Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że jest to przepis fakultatywny, a zatem oferenci nie mogą domagać się od Zamawiającego, by skorzystał z prawa do wyjaśnień.

Zamawiający uznał, że w wyniku wyjaśnienia oferty nie może dojść do zmiany jej treści. Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy - oferty. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień kreujących nową treść oferty nie jest dozwolonym wyjaśnieniem oferty przez wykonawcę, lecz negocjacjami jej treści zakazanymi w przepisie art. 87 ust. 1 in fine ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca nie zezwala poza wyjątkowymi sytuacjami na zmianę treści oferty, a zmiana dokonana przez wykonawcę wiąże się zawsze z negatywnymi skutkami. Zmienione oświadczenie woli stanowi w istocie nową ofertę, co jako naruszające art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uznał, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie był zobowiązany do wystąpienia do Odwołującego z żądaniem wyjaśnienia złożonej oferty. Po dokonaniu jej oceny, na podstawie jednoznacznych danych zamieszczonych w ofercie, Zamawiający uznał bowiem w sposób nie budzący wątpliwości, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ, a jakiegokolwiek wyjaśnienia nie mogą wpłynąć na tę ocenę. Musiałyby one bowiem prowadzić *de facto* do zmiany oferty, co jest oczywiście niedopuszczalne.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego zaniechania przez Zamawiającego poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego Zamawiający wskazał, że poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego, trudno mówić o nieistotności.

Przyjmuje się, że omyłka oczywista to taka, która jest bezsporna, niebudząca wątpliwości. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może również prowadzić do zmiany treści oświadczenia. Zamawiający wskazał, że w omawianym stanie faktycznym nie mógł dokonać poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego. Zamawiający uznał, iż niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ ma charakter zamierzonego działania wykonawcy wynikającego z przyjętych założeń technicznych oferowanego pojazdu. Zamawiający nie miał także podstaw do przyjęcia, iż omyłka ta stanowi błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. W konsekwencji zmuszony był przyjąć, iż niezgodne z SIWZ parametry zaprezentowane w ofercie wynikają ze

świadomej decyzji Odwołującego, będącego przecież podmiotem profesjonalnym, od którego może zasadnie oczekiwać należytego poziomu staranności przy formułowaniu swych oświadczeń skierowanych do podmiotów zewnętrznych.

Zamawiający uznał, że niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ nie wynika z błędnego działania matematycznego przeprowadzonego przez Odwołującego, ale z podania niezgodnych z SIWZ parametrów bazowych. Z tego też względów ingerencja Zamawiającego w te parametry (będące przecież zasadniczym przedmiotem oceny oferty), poprzez dokonanie ich poprawienia, nie jest możliwe na gruncie Pzp. Prowadziłoby to bowiem do niezgodne z Pzp zmiany oferty już po jej otwarciu. Ponadto zaoferowanie innych rozwiązań technicznych niż wymagane w SIWZ nie może być bowiem kwalifikowane jako omyłka.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, że w pkt 2.2.11 ppkt 2) SIWZ Zamawiający określił, że: „nadwozie i podwozie tramwaju powinno być wykonane w formie konstrukcji metalowej ze stali odpornej na korozję zgodnie z PN-EN 10088 lub ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kataforezy KTL (zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu). Wszystkie wewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone przed korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości. Profile wyposażone w otwory ściekowe do usuwania wody. Dopuszcza się zastosowanie konstrukcji aluminiowej”.

Z treści tego postanowienia SIWZ wynika zatem, że Zamawiający postawił dwa alternatywne rozwiązania w zakresie odporności nadwozia i podwozia tramwaju na korozję. Nadwozie i podwozie tramwaju powinno być albo wykonane w formie konstrukcji metalowej ze stali odpornej na korozję zgodnie z PN-EN 10088 lub ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kataforezy KTL

(zanurzeniowo całego, kompletnego członu wagonu). Z treści oferty Odwołującego wynika, że konstrukcja nadwozia i podwozia oferowanego tramwaju wykonana jest ze stali, a wszystkie wewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone mają być przed korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości. W ocenie Izby taka treść oferty Odwołującego oznacza, że Odwołujący nie spełnia wymogów Zamawiającego. Przede wszystkim Odwołujący zaoferował tramwaj, którego konstrukcja wykonana została ze stali S355 J2+N. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że wszystkie wewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone mają być korozją preparatem ochronnym o wysokiej jakości. Odwołujący nie zaoferował zabezpieczenia nadwozia i podwozia tramwaju przed korozją w procesie kataforezy, a przy zastosowaniu stali takiej, jaką zaoferował Odwołujący zabezpieczenie konstrukcji tramwaju w drodze procesu kataforezy było obligatoryjne. Pokreślenia wymaga, że z treści SIWZ wynika, że Zamawiający nie wymagał jakiegokolwiek zabezpieczenia konstrukcji tramwaju przed korozją, lecz dokładnie opisał, w jaki sposób konstrukcja ta ma zostać zabezpieczona. Zamawiający nie tylko wskazał, że konstrukcja tramwaju ma być zabezpieczona w procesie kataforezy KTL, ale także opisał, na czym ten proces ma polegać, to jest wskazał, że kataforeza ma zostać przeprowadzona przez zanurzenie całego kompletnego członu wagonu. Wymogów Zamawiającego Odwołujący nie spełnił. Z treści oferty Odwołującego wynika, że Odwołujący w ogóle nie przewidział zabezpieczenia konstrukcji wagonu w procesie kataforezy. Co więcej, zabezpieczenie przed korozją (bez określenia sposobu, w jaki ma zostać dokonany) Odwołujący przewidział wyłącznie dla wewnętrznej powierzchni profili, co nie spełnia wymagań Zamawiającego, który wymagał zabezpieczenia całej konstrukcji stalowej nadwozia i podwozia przed korozją. W ocenie Izby samo określenie „spełnia” w odniesieniu do wymogów technicznych postawionych przez Zamawiającego nie jest wystarczające do uznania, że treść oferty jest zgodna z SIWZ. Zamawiający bowiem wymagał nie tylko potwierdzenia spełnienia wymogów technicznych poprzez stwierdzenie „spełnia”, ale także opisanie, sposobu spełnienia tych wymogów. Opisany przez Odwołującego sposób zabezpieczenia konstrukcji wagonu przed korozją nie odpowiada wymogom Zamawiającego. Stąd też Izba uznała zarzut Odwołującego za nieuzasadniony. Jednocześnie w ocenie Izby brak było podstaw do poprawienia treści oferty Odwołującego przez Zamawiającego w tym zakresie. Poprawienie przez Zamawiającego treści oferty Odwołującego prowadziłoby do zmiany oferty po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne. Podkreślić ponownie należy, że sposób spełnienia wymogów Zamawiającego zawarty jest w oświadczeniu woli Odwołującego składającym się na treść jego oferty. Zamawiający bowiem wymagał nie tylko prostego oświadczenia o spełnieniu wymogów SIWZ w zakresie parametrów technicznych oferowanych pojazdów, ale także opisu zastosowanych rozwiązań zgodnie z tymi wymogami. Dlatego też zmiana lub uzupełnienie rozwiązań technicznych, jakie oferuje Odwołujący prowadziłaby do zmiany

treści oświadczenia woli Odwołującego, składającego się na jego ofertę.

Izba stwierdza, że zawarte w treści odwołania oświadczenie Odwołującego, że zaoferowany przez niego tramwaj jest zabezpieczony przed korozją w procesie kataforezy nie oznacza, że Odwołujący spełnił wymogi SIWZ. Po pierwsze oświadczenie to nie znajduje potwierdzenia w treści oferty Odwołującego. Po drugie, uwzględnienie tego oświadczenia prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany oferty po terminie składania ofert.

W ocenie Izby Odwołujący nie spełnił wymagań SIWZ dotyczących możliwości przewozowych.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał wskazania parametrów oferowanego tramwaju, w tym między innymi oczekiwał podania przez Wykonawców parametrów technicznych w zakresie zdolności przewozowej, masy tramwaju nieobciążonego i obciążonego, jak również nacisków na oś. W SIWZ Zamawiający zażądał zaoferowania odpowiednio co najmniej 115 miejsc dla tramwajów 3-członowych i 200 miejsc dla tramwajów 5-członowych. „Zdolność przewozowa”, tj. maksymalna liczba pasażerów, została określona w ofercie Odwołującego w wysokości 122 miejsc dla tramwajów 3-członowych i 203 miejsc dla tramwajów 5-członowych. Zgodnie z ofertą Odwołującego masy tramwajów wynoszą: masa tramwaju 3-członowego nieobciążonego (bez pasażerów) 30143 kg, przy napełnieniu (5 osób/1 m²) 37430 kg. Masa tramwaju 5-członowego nieobciążonego (bez pasażerów) 44312 kg, masa tramwaju przy nominalnym napełnieniu (przy 5 osobach na 1 m²) 57543 kg. Zgodnie z § 3 ust. 6 Rozporządzenia „średnia masa jednego pasażera wraz z bagażem wynosi 68 kg, a masa motorniczego 75 kg”. Uwzględniając powyższe dane Rozporządzenia, Zamawiający stwierdził, że masa tramwaju obciążonego odpowiada niższej ilości pasażerów, jaka została wskazana w ofercie Odwołującego i niższej, niż wymagana w SIWZ. Zamawiający stwierdził, iż całkowita maksymalna pojemność tramwaju 3-członowego wynosi 106 osób, zaś 5-członowego 193 osoby, wobec czego, warunek określony w pkt. 2.2.2. Przedział pasażerski ppkt 2) SIWZ zakładający, iż pojemność wagonu nie może być mniejsza niż 115 osób w przypadku wagonu 3-członowego oraz 200 osób w przypadku wagonu 5-członowego, nie został spełniony przez Odwołującego. Nadto, z ustaleń dokonanych przez Zamawiającego, wynikało, że parametr masy tramwaju obciążonego odpowiadał podanym w ofercie parametrom technicznym nacisków na oś. Izba ustaliła także, że w treści odwołania Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie wskazanej masy tramwaju. Nadto wskazywał w treści odwołania, że poprawienie omyłki w zakresie masy tramwaju spowoduje konieczność poprawienia również parametru nacisków na oś tramwaju. Izba miała więc na uwadze fakt, że Odwołujący sam wskazywał na fakt, że podany przez niego parametr techniczny masy tramwaju obciążonego odpowiada parametrom technicznym w zakresie nacisków na oś. Odwołujący w

treści odwołania jednoznacznie domagał się, poprawienia omyłki względem każdego z tych parametrów, podkreślając, że są one ze sobą związane.

W ocenie Izby, na podstawie dokonanych ustaleń, nie ulega wątpliwości, że oferta Odwołującego zawiera wewnętrzną sprzeczność. W sytuacji, gdyby przyjąć, że podana przez Odwołującego liczba miejsc w tramwaju jest prawidłowa, brak jest zgodności ze wskazanym parametrem masy brutto (obciążonego) tramwaju oraz nacisku na oś tramwaju. Zamawiający jednocześnie nie ma możliwości poprawienia tych danych. Nawet gdyby Zamawiający w oparciu o dane wynikające z rozporządzenia mógł poprawić parametr techniczny dotyczący masy wypełnionego tramwaju, to nie ma możliwości dokonania poprawienia parametru technicznego w postaci nacisku na osie tramwaju. Oferta Odwołującego nie zawiera danych wyjściowych pozwalających na określenie siły nacisku działającej na poszczególne osie tramwaju. Zamawiający nie wymagał podania tych danych w ofercie, stąd też wartość siły nacisku na poszczególne osie oparta jest na oświadczeniach wykonawców. Skoro tak, to Zamawiający nie ma możliwości poprawienia podanych przez Odwołującego wartości siły nacisku na poszczególne osie tramwaju, gdyż oferta Odwołującego nie zawiera algorytmu wyliczenia tych sił. Okoliczność tę potwierdzają same twierdzenia Odwołującego. Zamawiający w toku postępowania przedstawił wyliczenia siły nacisku na poszczególne osie tramwaju przy założeniu, że oferta Odwołującego podawałaby wartość ilości pasażerów zgodnej z wymogami SIWZ. Odwołujący całkowicie zakwestionował wyliczenia Zamawiającego. Okoliczność ta potwierdza, że dane dotyczące siły nacisku nie są możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Omyłka w ofercie może zostać poprawiona tylko w sytuacji, gdy sposób jej poprawienia jest bezsporny, oczywisty i jednoznaczny. W niniejszym przypadku taka okoliczność nie zachodzi. Sposób poprawienia tego parametru nie jest bowiem jednoznaczny, brak jest w ofercie danych, które umożliwiłyby dokonanie poprawienia. Nadto Izba zauważa, że sposób poprawienia tego parametru jest sporny pomiędzy stronami, co jest argumentem jednoznacznie potwierdzającym okoliczność, że poprawienie omyłki nie było jedynie kwestią techniczną.

W ocenie Izby nie jest także prawidłowe wyliczenie nacisków na osie podane przez Odwołującego. Odwołujący nie udowodnił, że nie ulegnie zwiększeniu nacisk na oś czwartą w tramwaju pięcioczołowym i że nie dojdzie w związku z tym do przekroczenia maksymalnej siły nacisku określonej w rozporządzeniu a więc 100 kN. Z ogólnego doświadczenia wynika, że dodatkowe dziesięć osób w tramwaju pięcioczołowym może rozmieścić się w różny i dowolny sposób, także na wysokości czwartej osi tramwaju, a zatem podane 100 kN może zostać przekroczone, co będzie sprzeczne z wymaganiami Rozporządzenia.

Sprzeczność w ofercie Odwołującego polega również na tym, że gdyby przyjąć, że podane

przez Odwołującego parametry w zakresie masy tramwaju oraz nacisku na osie są prawidłowe, to wynikająca z nich liczba pasażerów jest niższa, niż przewiduje to SIWZ. Tym samym, zachodzi niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, której także nie można poprawić, bowiem zwiększenie liczby pasażerów wymagało będzie także zwiększenia pozostałych parametrów pojazdu, co nie jest możliwe z uwagi na brak danych, które umożliwiłyby dokonanie takiej korekty. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie zaoferował ilości miejsc w tramwaju takiej, jak wymagał Zamawiający w SIWZ. Jest to jedyny parametr w treści oferty Odwołującego, który nie zgadza się z pozostałymi.

W ocenie Izby Zamawiający nie był zobowiązany do wyjaśnienia w tym zakresie oferty Odwołującego. Procedura wyjaśnień może zostać wdrożona w sytuacji, gdy Zamawiający miałby wątpliwości co do treści oferty. Jeżeli Zamawiający przekonany był, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ, nie był zobowiązany do zastosowania procedury wyjaśnień. Ponadto wyjaśnianie treści oferty nie może prowadzić do zmiany jej treści. Omyłka oczywista to taka, która jest widoczna na pierwszy rzut oka, bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oświadczenia. W niniejszym postępowaniu wyjaśnienia Odwołującego sprowadzałyby się do przedstawienia nowych parametrów, a więc w istocie złożenia nowej oferty w tym zakresie. Ponownie Izba podkreśla, że nie jest dopuszczalna zmiana treści oferty po terminie składania ofert. Podkreślić należy w tym miejsc, że podanie w treści oferty parametrów (które są sporne w niniejszym postępowaniu) było wymaganiem SIWZ. Parametry te nie mogą być pominięte i podlegają ocenie przez Zamawiającego. Nadto Izba miała także na uwadze fakt, że zmiana masy tramwaju zadeklarowanej w ofercie oznacza zmianę w zakresie tabliczki znamionowej, co oznacza także zaoferowanie innego modelu tramwaju, a więc zmianę oferty.

Izba stoi na stanowisku, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje możliwości poprawienia jakichkolwiek odstępstw treści oferty od treści SIWZ. Niezgodności będące skutkiem celowych i świadomych działań wykonawcy, nie są omyłkami, a zatem nie mogą zostać usunięte z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszelkie zamierzone działania wykonawcy, powodujące niezgodność jego oferty z treścią SIWZ, nie wpisują się w hipotezę normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla takich odstępstw nie ma ona w ogóle zastosowania.

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku Odwołującego o utajnieniu części odwołania w zakresie części zastrzeżonej jako poufna. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może zastrzec, że nie mogą być udostępniane podane przez niego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.150 - tekst jednolity - dalej u.z.n.k.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika zatem, że za taką tajemnicę może być uznana informacja która spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy (posiada wartość gospodarczą), nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto wobec niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby wykonawca nie wykazał spełnienia powyższych przesłanek. Odwołujący nie wykazał, aby przedstawione w części poufnej odwołania informacje miały wartość gospodarczą, której ujawnienie narażałyby Odwołującego na szkodę. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu część poufna odwołania nie zawiera szczegółowych danych dotyczących konstrukcji pojazdu, jego funkcjonalności, zastosowanych rozwiązań technicznych, wykorzystanych podzespołów oraz ich konfiguracji. Nie są to także informacje know-how przedsiębiorstwa. Ta część odwołania zawiera jedynie pojedyncze parametry pojazdu, takie jak masa, czy ilość miejsc pasażerskich. Parametry te są powszechnie dostępne w pojazdach, np. na ich tabliczkach znamionowych, czego nie kwestionował nawet Odwołujący. Co więcej, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa obliczenia w zakresie ww. parametrów, w szczególności, gdy są to obliczenia dokonywane w oparciu o dane z SIWZ i obowiązującego rozporządzenia. Nie są tajemnicą przedsiębiorstwa powszechnie obowiązujące zasady fizyki czy matematyki. Z kolei treść odwołania zawierająca sformułowania przewidziane przez SIWZ nie może być zastrzeżona jako poufna, gdyż sformułowania te są powszechnie dostępne w treści dokumentów przetargowych. Nie mogą zostać także zastrzeżone jako poufne oświadczenia wykonawcy, które także mają jedynie wartość procesową, a Odwołujący nie wykazał, by miały jakąkolwiek wartość gospodarczą, której ujawnienie narażałoby go na szkodę. Z tego samego powodu nie mogą być uznane za poufne cytowane przez Odwołującego orzeczenia Izby, na które powołał się Odwołujący, powszechnie dostępne i jawne. Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił dokumenty o charakterze ogólnym, obowiązujące w przedsiębiorstwie Odwołującego, dotyczące standardowo wszystkich pracowników. Nie wykazał aby dokumenty te zostały opracowane i stworzone w celu chronienia informacji, jakie Odwołujący podawał w zastrzeżonej jako poufna części odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....