

WYROK

Warszawa, dnia 17.02.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez Odwołującego: **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z/s w Nadarzynie** (Wolica, Al. Katowicka 9 05830 Nadarzyn) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. w Nowym Sączu** (ul. Stanisława Wyspiańskiego 22, 33310 Nowy Sącz)

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **PT WANICKI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Mogilanach** (ul. Myślenicka 19, 32-031 Mogilany)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu 1 odwołania w części dotyczącej zaniechania wezwania wykonawcy PT Wanicki Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że ubezpieczonym w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jest wykonawca PT Wanicki Sp. z o.o.; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z/s w Nadarzynie** (Wolica, Al. Katowicka 9 05830 Nadarzyn) i:
 - 2.1. 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 oraz kwotę 2.930 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. w Nowym Sączu** (ul. Stanisława Wyspiańskiego 22, 33310 Nowy Sącz) kwotę 2.930 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez wykonawcę: **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z/s w Nadarzynie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. w Nowym Sączu**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „„Zakup autobusów o napędzie elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania dla MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu”, ref.: DF.271.1.2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21/11/2024 r. nr: 710236-2024. Odwołujący podał (...) składam odwołanie od:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej wyborze jako najkorzystniejszej oferty PT Wanicki Sp. z o.o. (dalej jako: „PT Wanicki”) pomimo tego, że wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 oraz 3.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”);
- 2) zaniechania czynności wezwania PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ;
- 3) zaniechania czynności wezwania PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ;
- 4) zaniechania czynności wezwania PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar e-mobility S.L. (dalej jako: „Irizar”) w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
- 5) zaniechania czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 6) czynności Zamawiającego polegającej na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ;
- 2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ;
- 3)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania PT Wanicki do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
- 4)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zaniechania czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 5)art. 16 pkt 3) ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty PT Wanicki jako najkorzystniejszej;
- 2)wezwanie PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 oraz pkt 3.4 SWZ;
- 3)wezwanie PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
- 4)odtajnienie dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych, celem wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania.

Odwołujący podał: (...) Oferta Odwołującego aktualnie plasuje się na (2) drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku wniesionego Odwołania, Odwołujący posiada szanse na odrzucenie PT Wanicki z Postępowania, a tym samym zwiększenie swojej szansy na uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w petitum Odwołania Odwołujący może doznać szkody w postaci niemożliwości realizacji zamówienia oraz uzyskania z tego tytułu zysku".

W uzasadnieniu stanowiska podał:

1. W celu zwiększenia transparentności uzasadnienia Odwołania przyjęto chronologię prezentowanej argumentacji zgodną z zarzutami Odwołania.
 1. *Zarzuty dotyczące niewykazania przez PT Wanicki spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.3.2 SWZ – brak przedstawienia prawidłowej polisy OC (Zarzut nr 1)*
 2. Zamawiający prowadzi Postępowanie pn. „Zakup autobusów o napędzie elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania dla MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu”.
 3. W Rozdziale VI pkt 3.3 SWZ Zamawiający opisał warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej. W pkt 3.3.2 SWZ określono następujące wymaganie:
 4. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia następującego dokumentu:
Dowód: SWZ – w aktach Postępowania
 5. W postępowaniu oferty złożyło (2) dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz PT Wanicki.
 6. W ofercie PT Wanicki wskazano, że wykonawcą, który złożył ofertę jest spółka PT WANICKI Sp. z o.o. z siedzibą w Mogilanach, ul. Myślenicka 19, 32-031 Mogilany o nr NIP: 9442285530 oraz REGON: 526986962:
 7. W ofercie nie wskazano, że PT Wanicki w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Dowód: oferta PT Wanicki – w aktach Postępowania
 8. PT Wanicki w dniu 17 grudnia 2024 r. został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ.
Dowód: wezwanie z dnia 17 grudnia 2024 r. – w aktach Postępowania
 9. W dniu 27 grudnia 2024 r. PT Wanicki przedstawił podmiotowe środki dowodowe, w tym dokument potwierdzający posiadanie wymaganego doświadczenia.
 10. Dokument przedstawiony przez PT Wanicki nie może zostać zaakceptowany, gdyż podmiotem ubezpieczonym

wskazany w dokumencie jest inny podmiot prawny niż wykonawca - PT Wanicki, tj. Firma Wanicki Sp. z o.o. (spółka o innym numerze KRS, NIP i REGON, a więc nie zachodzi tutaj pomyłka w nazwie):

11. Do dokumentu nie dołączono żadnego aneksu ani konspektu, z którego wynikałoby czy, i jakie, inne podmioty zostały objęte ubezpieczeniem. W związku z tym Zamawiający nie posiadał uprawnienia, aby w sposób domyślny przyjąć, że zakresem ubezpieczenia wynikającym z przedmiotowej polisy OC jest również PT Wanicki.

12. Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PT

Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy przedłożona przez PT Wanicki polisa OC wskazuje jako ubezpieczonego odrębny podmiot prawny, a nie samego wykonawcę.

13. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W świetle tej definicji kluczowe jest, aby przedstawione dokumenty dotyczyły konkretnego podmiotu (osoby prawnej), który ubiega się o zamówienie, a nie podmiotu trzeciego, jeśli wykonawca nie wskazał, że polega na zasobach tego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

14. W sytuacji, gdy wykonawca PT Wanicki przedstawił polisę OC, który nie dotyczy jego samego, ale innego podmiotu, Zamawiający miał obowiązek zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać PT Wanicki do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ.

Dopuszczenie sytuacji, w której dokumenty podmiotowe dotyczą podmiotu trzeciego, tj. innego niż oferent, bez jednoczesnego zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia swoich zasobów, narusza przepisy dotyczące weryfikacji zdolności wykonawców oraz zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

15. Wskazać należy również, że zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów trzecich w zakresie warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie pod warunkiem, że przedstawi zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Brak takiego zobowiązania oznacza, że wykonawca nie może skutecznie powołać się na zdolności ekonomiczne lub finansowe podmiotu trzeciego, a przedstawione dokumenty dotyczące tego podmiotu nie mogą być uznane za spełniające wymagania postawione przez zamawiającego.

16. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że nawet jeśli uznać, że PT Wanicki został objęty przedmiotowym ubezpieczeniem OC, to dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej, gdyż zakres ubezpieczenia OC nie dotyczy „działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Z przedstawionego przez PT Wanicki certyfikatu polisy OC wynika bowiem, że ubezpieczenie obejmuje „odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem Odpowiedzialności za Produkt i Wykonane Usługi.” Z dokumentu nie wynika, aby PT Wanicki na potrzeby udziału w Postępowaniu dokupił dodatkowy zakres ubezpieczenia związany z przedmiotem Postępowania.

17. Przedmiotem Postępowania jest produkcja autobusów pod wymagania zamawiającego (zgodnie z opisem konstrukcji zawartym w OPZ), ich dostawa, instalacja oraz dostawa ładowarek elektrycznych. Na powyższe wskazuje samo uzasadnienie utajnienia przedmiotowych środków dowodowych jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdzie PT Wanicki wskazuje, że autobusy zostaną wytworzone na podstawie szczegółowych wymagań Zamawiającego. Dealerstwo, czyli sprzedaż produktów określonej firmy, którym się zajmuje PT Wanicki, nie stanowi natomiast przedmiotu zamówienia. Projekt, produkcja, homologacja, wyposażenie to bowiem działania w ramach Postępowania, które zostaną powierzone podmiotowi trzeciemu, czyli Irlizar.

18. Przeważająca działalność PT Wanicki (PKD 45.19.Z) obejmuje sprzedaż hurtową i detaliczną pojazdów samochodowych (z wyłączeniem motocykli). Jest to działalność handlowa, która sama w sobie nie wskazuje na zdolność do produkcji autobusów zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w OPZ. Również pozostałe kody PKD nie wskazują, że podmiot ten zajmuje się produkcją autobusów. Dowód: Odpis z KRS PT Wanicki dołączony do oferty – w aktach Postępowania

19. Zarówno PT Wanicki, jak i Firma Wanicki Sp. z o.o. nie prowadzą działalności związanej z produkcją i dostawą autobusów, jak również nie dostarczają ładowarek elektrycznych. Świadczy o tym m. in. fakt, że na potrzeby wykazania się warunkami w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w całości powołują się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Oferowane przez nich pojazdy również nie są pojazdami, które są przez te podmioty produkowane.

20. Działalność produkcyjna i handlowa różnią się istotnie pod względem ryzyk ubezpieczeniowych, co ma bezpośrednie przełożenie na ocenę przez ubezpieczyciela zarówno zakresu odpowiedzialności, jak i poziomu ryzyka występowania szkód majątkowych. W przypadku działalności produkcyjnej, takiej jak wytwarzanie autobusów zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi przez zamawiającego, ubezpieczyciel uwzględnia specyficzne ryzyka związane z procesem produkcji, takie jak potencjalne wady techniczne, szkody wynikające z niewłaściwej konstrukcji, czy ewentualne roszczenia związane z bezpieczeństwem produktów.

21. Z kolei działalność handlowa, w tym sprzedaż hurtowa i detaliczna pojazdów samochodowych, charakteryzuje się

zupełnie innym profilem ryzyk. Ubezpieczyciel ocenia tu przede wszystkim kwestie związane z odpowiedzialnością za dostarczony towar, ewentualne błędy w realizacji zamówień czy ryzyko uszkodzeń podczas transportu, które są znacznie mniej złożone niż ryzyka związane z działalnością produkcyjną.

22. W związku z tym przedłożenie polisy OC obejmującej działalność handlową nie może zostać uznane za dowód spełnienia warunku dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej w przypadku zamówienia, którego przedmiotem jest produkcja autobusów. Wykonawca powinien przedstawić polisę OC obejmującą ryzyka związane z działalnością produkcyjną,

lub – w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego – dodatkowo zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów, wraz z odpowiednią polisą OC potwierdzającą jego zdolności w tym zakresie.

23. Ustawodawca przyjął założenie, że na rynku funkcjonują profesjonalne instytucje finansowe (banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo kredytowe oraz towarzystwa ubezpieczeniowe), które przed zaoferowaniem swoim klientom (przedsiębiorcom-wykonawcom) określonych produktów finansowych weryfikują za pomocą wykwalifikowanej kadry i specjalistycznych mechanizmów analitycznych wiarygodność ekonomiczną i finansową swoich klientów. Posiadają one dużo większe możliwości niż ma Zamawiający w tym zakresie. Samo objęcie ubezpieczeniem, tak jak i promesa kredytowa pozwalają uznać, iż instytucje finansowe, które wystawiły te dokumenty oceniły pozytywnie zdolność finansową i ekonomiczną podmiotu. Konkretny podmiot działający na rynku ubezpieczeń, w ramach stałej współpracy, posiada nierzadko rozległą wiedzę na temat kondycji ekonomicznej danego przedsiębiorcy mającą swoje źródło niejednokrotnie w wieloletnich kontaktach handlowych.

24. Polisa OC nie może być ogólna i dotyczyć działalności niezwiązanej z przedmiotem zamówienia. Ubezpieczenie powinno być adekwatne do ryzyk występujących podczas realizacji zamówienia, co potwierdza, że wykonawca posiada ochronę w razie szkód wynikających z tej konkretnej działalności. Jeśli wykonawca prowadzi różnorodną działalność, może być konieczne posiadanie dodatkowego ubezpieczenia, które będzie obejmować konkretne ryzyka związane z zamówieniem.

25. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

„(...) w ramach regulacji ww. wskazanego rozporządzenia [w sprawie podmiotowych środków dowodowych] w dokumentach należy wskazać na istnienie korelacji pomiędzy prowadzoną przed podmiot działalnością (nie zaś ujawnioną) a przedmiotem zamówienia. Tym samym zakres zdarzeń objętych ochroną ubezpieczeniową wskazany w polisie przedkładanej na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu winien korespondować z prowadzoną działalnością oraz przedmiotem zamówienia (...). Uwzględniając ww. argumentację Izba uznała, iż potwierdził się zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę T. S.A. w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej.” (KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12)

26. Przedłożony przez PT Wanicki certyfikat ubezpieczenia OC nie potwierdza, że spółka w ogóle posiada ubezpieczenie OC, a także że ubezpieczeni w ramach certyfikatu posiadają ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem Postępowania. Zamawiający analizując certyfikat ubezpieczenia nie miał natomiast podstaw do uznania, że spełnia on przedmiotowy warunek. Brak przedstawienia dokumentów przez PT Wanicki dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej, powinien skutkować wezwaniem przez Zamawiającego zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do ich uzupełnienia.

Zarzuty dotyczące niewykazania przez PT Wanicki spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ (zarzut nr 2 oraz nr 3)

27. Analiza przedmiotowych środków dowodowych PT Wanicki wskazuje, że:

a. Irizar nieskutecznie udostępnił PT Wanicki zasoby niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ;

b. PT Wanicki nie wykazał, że Irizar nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 - 4 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1- 3 ustawy Pzp.

28. Powyższe okoliczności wynikają wprost z dokumentacji Postępowania i nie wymagają przeprowadzenia żadnych dodatkowych analiz wykraczających poza ramy literalnego brzmienia dokumentów w zestawieniu z obowiązującymi przepisami.

II.1 Nieskuteczne udostępnienie zasobów przez Irizar – nieopatrzenie zobowiązania do udostępnienia zasobów kwalifikowanym podpisem elektronicznym

29. Zamawiający w Rozdziale VI pkt 6 i nast. SWZ określił uprawnienie do skorzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Dowód: SWZ – w aktach Postępowania

30. W Rozdziale VII ust. 13 SWZ Zamawiający wskazał, że wszystkie dokumenty składane w Postępowaniu muszą być zgodne z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji

elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej jako: „Rozporządzenie”).

31. Zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia:

„Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”

32. W świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (dalej jako: „eIDAS”), kwalifikowany podpis elektroniczny musi spełniać określone wymogi techniczne i prawne.

33. Zgodnie z art. 3 pkt 12 r eIDAS kwalifikowany podpis elektroniczny to zaawansowany podpis elektroniczny, który: (i) jest składany przy użyciu kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu, (ii) opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

34. Aby podpis elektroniczny został uznany za kwalifikowany:

a. Musi spełniać wymogi dla zaawansowanego podpisu elektronicznego (art. 26 eIDAS), tj. musi:

i. być jednoznacznie przypisany do osoby składającej podpis, ii. umożliwiać identyfikację osoby składającej podpis, iii. być tworzony przy użyciu danych do składania podpisu, które osoba składająca podpis może wykorzystać z wysokim poziomem kontroli,

iv. być powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana tych danych jest wykrywalna.

b. Musi być składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu (QSCD).

c. Musi opierać się na kwalifikowanym certyfikacie wydanym przez dostawcę usług zaufania z listy unijnych trust service providers (TSL).

35. PT Wanicki dołączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego IRIZAR E-MOBILITY, S.L.

podpisane przez G.H., członka zarządu spółki. Odwołujący wskazuje, że podpis złożony pod dokumentem nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co potwierdzają wyniki walidacji podpisu złożonego pod dokumentem elektronicznym zobowiązania do udostępnienia zasobów.

36. Walidacja wykonana urządzeniem PUESC (urządzenie udostępniane przez Ministerstwo Finansów) wskazuje:

Dowód: raport z walidacji dokonany przez rządowe rozwiązanie do walidacji podpisu (<https://puesc.gov.pl/wer/>) – w załączeniu

37. Walidacja dokonana przy użyciu oprogramowania ProCertum pokazała taki sam wynik:

„Certyfikat:08924407Q GORKA HERRANZ (R : B75103515) - niekompletnie zweryfikowany

Certyfikat użyty do podpisu nie jest wydany przez kwalifikowany punkt dystrybucji (C=ES, O=IRIZAR E-MOBILITY S organizationIdentifier= VATES-B75103515, description=NOTARIO:M.P./ APELLIDO1:MELENDO /APELLIDO2:MARTINEZ/ NUMPROTOCOLO:465/ FECHA OTORGAMIENTO:29-04-2020, OU=Ordezkarri ziurtag Certificado de representante, CN=08924407Q GORKA HERRANZ (R: B75103515), givenName=GORKA, SN=HERRA LANDA,

serialNumber=08924407Q, Numer seryjny=1B 99 2E)”

Dowód: wynik z walidacji dokonany przez program ProCertun – w załączeniu

38. Jeśli system wyświetla komunikat: "Podpis elektroniczny nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu (QSCD)", oznacza to, że urządzenie użyte do złożenia podpisu (np. smartcard, token USB, moduł HSM) nie spełnia wymogów QSCD, lub certyfikat podpisu nie został powiązany z urządzeniem spełniającym wymogi QSCD.

39. Wskazana organizacja certyfikująca: „IRIZAR E-MOBILITY SL z Hiszpanii (C=ES)” i dane o notariuszu „NOTARIO:M.P./APELLIDO1: MELENDO/APELLIDO2:

MARTINEZ” sugerują, że certyfikat mógł być wystawiony w celu realizacji określonych funkcji reprezentacyjnych w ramach spółki. Oznaczenie „Ordezkarri ziurtagiria – Certificado de representante” wskazuje na certyfikat reprezentacyjny (np. dla przedstawiciela firmy), ale brak informacji, że został on wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania. Certyfikat użyty do podpisu nie pochodzi od kwalifikowanego dostawcy usług zaufania wpisanego na listę EU Trust List. To wyklucza możliwość uznania podpisu za kwalifikowany w rozumieniu eIDAS.

40. W takiej sytuacji podpis elektroniczny nie spełnia warunków określonych w art. 3 pkt 12 eIDAS, co oznacza, że nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym, mimo że może być zaawansowanym podpisem elektronicznym. Podpis elektroniczny, który nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia QSCD, nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu rozporządzenia eIDAS, nawet jeśli opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

41. Zobowiązanie dołączone do oferty nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem zasoby

nie zostały skutecznie przekazane do PT Wanicki.

Wykonawca ten nie potwierdził, że dysponuje zasobami Irizar w postaci zdolności technicznej i zawodowej, a zatem nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ.

II.2 Niewykazanie, że Irizar nie podlega wykluczeniu z Postępowania

42. Odwołujący wskazuje, że przedstawione przez PT Wanicki podmiotowe środki dowodowe mające na celu potwierdzenie braku podstaw wykluczenia Irizar z Postępowania, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, zostały przedstawione w niewłaściwej formie. Oznacza to, że PT Wanicki nie potwierdził, że wobec Irizar nie zachodzą przesłanki wykluczenia, co powinno skutkować wezwaniem tego podmiotu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

43. Zgodnie bowiem z § 6 ust. 1 Rozporządzenia:

„W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej "dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania", zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej "upoważnionymi podmiotami", jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.”

44. Dokumenty wystawiane w formie elektronicznej przez upoważnione podmioty są traktowane jako pełnowartościowe i nie wymagają dodatkowego uwierzytelniania (opatrywania dodatkowym podpisem wykonawcy lub innego podmiotu, np. notariusza). Dokumenty powinny zostać przedstawione dokładnie w takiej formie, w jakiej zostały uzyskane.

45. W odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych PT Wanicki przedstawił dokumenty wydane w formie elektronicznej:

a. Zaświadczenie o braku upadłości / likwidacji w języku hiszpańskim - Certificación Registral (w dokumencie znajduje się adnotacja: „Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por J.L. Registrador Mercantil de GIPUZKOA MERCANTIL a 18 de noviembre de 2024”, co oznacza: “Ten dokument został podpisany za pomocą podpisu elektronicznego uznawanego przez J.L., Rejestratora

Handlowego w Gipuzkoa Mercantil, w dniu 18 listopada 2024 roku.”);

b. Odpis z rejestru w języku hiszpańskim - Registro Gipuzkoa Mercantil (w dokumencie znajduje się adnotacja „Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por REGISTRO MERCANTIL DE GIPUZKOA a 18 noviembre de 2024.”, co oznacza: „Ten dokument został podpisany za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez REJESTR HANDLOWY W GIPUZKOE w dniu 18 listopada 2024 r.”);

c. Zaświadczenia o niekaralności spółki oraz członków zarządu – na dokumentach widnieje adnotacja, że są to dokumenty elektroniczne, które nie wymagają dodatkowego poświadczenia ich autentyczności;

d. Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków w języku hiszpańskim - Certificado (w dokumencie znajduje się adnotacja: „Documento firmado

electrónicamente (Ley 40/2015) por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con fecha 8 de octubre de 2024.

Autenticidad verificable mediante Código Seguro Verificación LUNVT54LCVWKRQTU en sede.agenciatributaria.gob.es która oznacza: „Dokument podpisany elektronicznie (ustawa 40/2015) przez Państwową Agencję Administracji Podatkowej w dniu 8 października 2024 r. Autentyczność można zweryfikować za pomocą Bezpiecznego Kodu Weryfikacyjnego LUNVT54LCVWKRQTU na stronie sede.agenciatributaria.gob.es.”);

e. Zaświadczenie niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne w języku hiszpańskim (w dokumencie znajduje się adnotacja: „REFERENCIA DE VERIFICACIÓN Código: LUDYE-ZQ6DI-DQT7V-YGXQM-Y3L6D-47 Fecha:

20/12/2024 La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la Sede

Electrónica de la Seguridad Social.”, która oznacza: „REFERENCIA WERYFIKACYJNA Kod: LUDYE-ZQ6DI-DQT7V-YGXQM-Y3L6D-47YWX Data: 20/12/2024 Autentyczność tego dokumentu można zweryfikować na Elektronicznej Platformie Usług Społecznych (Sede Electrónica de la Seguridad Social).”)

46. Powyższe dokumenty, pomimo że zostały wystawione elektronicznie i nie wymagały dodatkowego poświadczenia przez wykonawcę, zostały „nadpisane” przez Pana I.E.. Zatem zostały złożone w niewłaściwej formie, niezgodnej z § 6 ust. 1 Rozporządzenia. W konsekwencji PT Wanicki nie przedstawił prawidłowych dokumentów potwierdzających, że wobec Irizar nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa powyżej.

47. Co więcej, Pan I.E. nie jest osobą uprawnioną do reprezentacji Irizar. Zakres umocowania tego Pana nie wynika ani z dokumentów rejestrowych (statutowych) spółki, ani z pełnomocnictwa.

48.Podsumowując, PT Wanicki nie potwierdził, że zasoby Irizar zostały mu skutecznie udostępnione, a zatem, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ. Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu.

49.Dodatkowo PT Wanicki nie potwierdził, że wobec Irizar nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Zamawiający był obowiązany do wezwania PT Wanicki w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia Irizar innym podmiotem lub wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

50.Odwołujący pragnie wskazać, że na gruncie ustawy Pzp nie została przewidziana procedura, w której to wykonawca uzupełnia lub poprawia dokumenty w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

51.Wskazać bowiem należy, że to Zamawiający, a nie Izba, jest podmiotem odpowiedzialnym za badanie oraz ocenę dokumentów składanych przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

52.Samodzielne uzupełnienie dokumentów na etapie postępowania przed KIO mogłoby naruszyć zasadę równości wykonawców, ponieważ inne podmioty nie miałyby możliwości skorygowania swoich dokumentów w analogiczny sposób (w tym posiadać taki sam termin na skompletowanie i przekazanie dokumentów).

53.W konsekwencji jakiegokolwiek dokumenty przedkładane przez PT Wanicki w pismach procesowych lub jako dowody w sprawie stanowiące dokumenty konwalidujące dostrzeżone przez Odwołującego braki i błędy nie powinny wpływać na kierunek orzekania przez Izbę.

III. Nieskuteczne utajnienie podmiotowych środków dowodowych przez PT Wanicki (Zarzut nr 4 i 5)

54.Zamawiający wymagał od wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia przedstawiania wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, tj.: (i) kopię Świadczenia Homologacji, (ii) wyniki badań wielkości zużycia energii, (iii) homologacja dotycząca palności materiałów wykorzystywanych do produkcji autobusów, (iv) homologacja potwierdzająca spełnienie wymogów Regulaminu nr 107 (EKG ONZ).

55.Wszystkie te dokumenty zostały zastrzeżone przez PT Wanicki jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego dokonane przez PT Wanicki zastrzeżenie jest nieskuteczne.

56.W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że nie kwestionuje faktu, że tego rodzaju dokumenty mogą posiadać dla danego podmiotu wartość gospodarczą oraz może chronić informacje w nich zawarte jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pamiętać jednakże należy, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego to nie samo przeświadczenie wykonawcy, że dane informacje stanowią dla niego istotną wartość, ale sposób dokonanego utajnienia tych informacji, stanowi wyznacznik do tego czy zasługują one na ochronę, czy też nie. Każda sprawa powinna być oceniana zatem indywidualnie.

57.Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli jednocześnie wykaże, że spełniają one przesłanki określone w art. 11 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest wykazanie, że:

- a.informacje mają wartość gospodarczą,
- b.nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne,
- c.podjęto działania w celu zachowania ich poufności.

58. Analiza złożonego w postępowaniu przez PT Wanicki uzasadnienia utajnienia dokumentów technicznych i handlowych w Postępowaniu, wskazuje na brak dowodów spełnienia wymogów ustawowych, co czyni zastrzeżenie nieskutecznym.

59.PT Wanicki, jak zostało to wskazane już powyżej, nie jest producentem autobusów, a jedynie dealerem (pośrednikiem). W związku z tym dane zawarte w tych dokumentach nie stanowią dla niego wartości gospodarczej, gdyż nie stanowią know-how firmy, ale są informacjami, które pochodzą od kontrahenta i to dla tego kontrahenta mogą mieć istotną wartość. W uzasadnieniu brak jest natomiast jakichkolwiek argumentów, czy i w jaki sposób, Irizar upatruje w tych dokumentach tajemnicę przedsiębiorstwa.

60.Wykonawca jest dealerem, który jak wynika z informacji zawartych na jego stronie internetowej, współpracuje z wieloma producentami i markami samochodów. Oznacza to, że może on dobierać w sposób dowolny z jakim podmiotem będzie współpracował na potrzeby danego postępowania, a także który produkt oferowany przez danego producenta zamierza zaoferować w ramach konkretnego przetargu. W związku z tym udostępnienie tych informacji dla samego PT Wanicki pozostaje bez wpływu na jego działalność.

61.Argumentacja PT Wanicki jest również wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony PT Wanicki wskazuje on, że dokumenty zostały wytworzone w związku z dostawą autobusów pod konkretne wymagania Zamawiającego (a zatem mają unikalny charakter), a z drugiej strony wskazuje, że inne podmioty mogłyby pozyskać informacje zawarte w tych

dokumentach i wykorzystać je na potrzeby kolejnych przetargów.

62. Uzasadnienie zastrzeżenia opiera się na ogólnych twierdzeniach, że dane techniczne mają znaczenie gospodarcze dla wykonawcy, jednak nie przedstawiono jakiejkolwiek analizy finansowej, która wskazywałaby na wartość tych informacji czy też argumentów wykazujących, że ujawnienie danych miałooby realny wpływ na sytuację konkurencyjną wykonawcy.

63. Wykonawca w ogólny sposób wskazał na działania mające na celu ochronę informacji, takie jak szyfrowanie dokumentów czy ograniczenie dostępu do nich. Niemniej jednak nie przedstawiono żadnych dowodów, takich jak dokumenty wewnętrzne, polityki bezpieczeństwa, procedury czy rejestry dostępu, które potwierdziłyby realizację tych działań. Nie wykazano, że te same dokumenty nie zostały udostępnione w innych postępowaniach lub partnerom biznesowym w sposób uniemożliwiający ich ujawnienie osobom trzecim.

64. Przede wszystkim nie wykazano, że sama firma Irizar zamierza zachować te dane w poufności i nie udostępniać ich w komunikatach prasowych, broszurach, podczas konferencji czy na poczet współpracy z innymi dostawcami. PT Wanicki opisał jedynie jakie działania zostały podjęte w ramach jego własnej firmy, natomiast nie odniósł się do uregulowania zachowania poufności w kontekście współpracy z Irizar.

65. Wykonawca wskazał, że dokumentacja techniczna (np. homologacje, parametry techniczne) zawiera poufne informacje, jednak większość takich informacji może być łatwo dostępna w ramach regulacyjnych wymagań dotyczących homologacji pojazdów, które są publicznie dostępne w systemach rejestracji homologacji pojazdów w UE. Parametry techniczne, takie jak zużycie energii czy wymiary pojazdów, są często przedstawiane w dokumentach przetargowych lub materiałach marketingowych.

66. W konsekwencji dokumenty zastrzeżone przez PT Wanicki jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługują na ochronę wynikającą z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 6.02.2025) podał:

(...) zgodnie z art. 522 ust. 3 zdanie drugie ustawy:

1. uznaje zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca PT Wanicki jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia - warunki zostały określone w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.3.2 SWZ;

2. zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu unieważni czynność polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PT Wanicki;

3. zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wezwie Wykonawcę PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 tj. dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca PT Wanicki jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia;

4. wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej uznanych zarzutów, pod warunkiem, że Wykonawca PT Wanicki, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu.

5. w zakresie pozostałych zarzutów, tj. naruszenia:

5.1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ;

5.2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy PT Wanicki do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Wykonawca PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu;

5.3. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zaniechania czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- wnosi o oddalenie odwołania oraz przeprowadzenia dowodów z dokumentów i informacji przedłożonych i wskazanych w niniejszym piśmie.

Jednocześnie Zamawiający z daleko idącej ostrożności procesowej dopuszcza i oczekuje a także żąda od Wykonawcy PT Wanicki na zasadzie opisanej w art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp złożenia, poprawienia lub uzupełnienia lub wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, tj. do zakończenia rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w przedmiotowej sprawie dokumentów, co do których Wykonawca MAN podniósł zarzuty w szczególności w zakresie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt

3.3.2 tj. dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca PT Wanicki jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Ad. 1

Zamawiający uznaje, że zaniechał zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy przedłożony na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę PT Wanicki certyfikat do polisy numer 998b141566 UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa - wskazuje jako ubezpieczonego odrębny podmiot prawny, a nie samego Wykonawcę PT Wanicki. Tym samym przedłożony przez Wykonawcę PT Wanicki certyfikat ubezpieczenia OC nie potwierdza warunku określonego w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.3.2 SWZ, tj. że Wykonawca PT Wanicki jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia [minimalna wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia co najmniej 3 000 000 PLN (trzy miliony złotych)].

Ad. 2 i 3

W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w części Zamawiający - w zakresie uwzględnionych zarzutów - zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ad. 4

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem, że Wykonawca PT Wanicki, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów.

Ad. 5.1. i 5.2.

Zarzut nieskutecznego udostępnienia zasobów przez Irizar – nieopatrzenie zobowiązania do udostępnienia zasobów kwalifikowanym podpisem elektronicznym

W ocenie Zamawiającego dokument w postaci Zobowiązania do udostępnienia zasobów przez IRIZAR EMOBILITY, S.L. Erribera industriagunea, 1, 20150 Aduna, Gipuzkoa, Spain, NIP: ES-B75103515 zawarte w pliku Załącznik nr 7 do SWZ SIGNED.pdf - jest dokumentem prawidłowo podpisanym wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dowód:

Zobowiązania do udostępnienia zasobów przez IRIZAR EMOBILITY, S.L., Erribera industriagunea, 1, 20150 Aduna, Gipuzkoa, Spain, NIP: ES-B75103515 – w aktach sprawy plik:

Załącznik nr 7 do
SWZ SIGNED.pdf

Katalog: 5.Oferty wykonawców\2.1.Oferta PT WANICKI cz. jawna\0675aa6513236e Powyższe potwierdza poniższa weryfikacja pliku w formacie pdf.:

Powyższa weryfikacja pomimo potwierdzenia, że podpis elektroniczny jest prawidłowy – nie daje odpowiedzi na pytanie, czy ten podpis jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W tym zakresie weryfikacja podpisu została dokonana przez system dostępny na www.platformazakupowa.pl - na podstawie udostępnionego w ww. systemie weryfikatora: SZAFIR SDK od Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A. dostawca usług zaufania (art. 3, pkt 19 eIDAS). Zamawiający podnosi, że w oparciu o powyższą weryfikację zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez IRIZAR E-MOBILITY, zawarte w pliku: „Załącznik nr 7 do SWZ SIGNED.pdf”:

1) Podpisał: 08924407Q GORKA HERRANZ (R: B75103515)

2) Wystawca certyfikatu to: Herritar eta Erakundeak CA - CA de Ciudadanos y Entidades IZENPE S.A.

3) Deklarowany czas złożenia podpisu: 2024-12-11 16:37:34+01:00

4) Rodzaj uwierzytelnienia (rodzaj certyfikatu): Kwalifikowany podpis elektroniczny 5) Status: Poprawnie zweryfikowany

Powyższy raport z weryfikacji podpisów elektronicznych stanowi załącznik do niniejszego pisma. Raport ten bezsprzecznie dowodzi, że zobowiązanie dołączone do oferty zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem zasoby zostały skutecznie przekazane do Wykonawcy PT Wanicki. Wykonawca ten więc, wbrew temu co twierdzi Wykonawca MAN – potwierdził, że dysponuje zasobami IRIZAR E-MOBILITY w postaci zdolności technicznej i zawodowej. W kontekście powyższego twierdzenia Wykonawcy MAN, że Wykonawca PT Wanicki nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ – są nieprawdziwe i należy zarzut oparty na tym twierdzeniu bezwzględnie oddalić.

Dowód: Raport weryfikacji podpisów elektronicznych - Wykonawca: PT Wanicki Sp. z o.o.; Postępowanie: Zakup autobusów o napędzie elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania dla MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu Zamawiający/ Podmiot weryfikujący: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. w Nowym Sączu RAPORT WYGENEROWANO: 2024-12-12 10:56:27+01:00 - na podstawie SZAFIR SDK od Krajowa Izba Rozliczeniowa S

dostawca usług zaufania (art. 3, pkt 19 eIDAS) – w załączeniu.

Co zaś się tyczy przedstawionych przez Wykonawcę PT Wanicki podmiotowych środków dowodowych mających na celu potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. IRIZAR E-MOBILITY ; postępowania, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, i zarzutu, że zostały przedstawione w niewłaściwej formie – Zamawiający podnosi, że

a. Zaświadczenie o braku upadłości / likwidacji w języku hiszpańskim - Certificación Registral - zostało prawidłowo podpisane za pomocą podpisu elektronicznego uznawanego przez J.L., Rejestratora Handlowego w Gipuzkoa Mercantil w dniu 18 listopada 2024 roku – a dodatkowe nadpisanie go przez Pana I.E. nie wpłynęło na integralność podpisu - na plik nie zostały naniesione jakiegokolwiek zmiany w treści dokumentu – co potwierdza poniższa weryfikacja.

b. Odpis z rejestru w języku hiszpańskim - Registro Gipuzkoa Mercantil – został prawidłowo podpisany za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez REJESTR HANDLOWY W GIPUZKOA w dniu 18 listopada 2024 – dodatkowe nadpisanie go przez Pana I.E. nie wpłynęło na integralność podpisu - na plik nie zostały naniesione jakiegokolwiek zmiany w treści dokumentu – co potwierdza poniższa weryfikacja

c. Zaświadczenie o niekaralności spółki – zostało prawidłowo podpisane przez SELLO MINISTERIO DE JUSTICIA - dodatkowe nadpisanie go przez Pana I.E. nie wpłynęło na integralność podpisu - na plik nie zostały naniesione jakiegokolwiek zmiany w treści dokumentu – co potwierdza poniższa weryfikacja pliku w formacie pdf.:

Zaświadczenia o niekaralności członków zarządu – zostały prawidłowo podpisane przez SELLO MINISTERIO DE JUSTICIA CO – a dodatkowe nadpisanie ich przez Pana I.E. nie wpłynęło na integralność podpisów - na pliki nie zostały naniesione jakiegokolwiek zmiany w treści dokumentów – co potwierdzają poniższe weryfikacje plików w formacie pdf.:

d. Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków w języku hiszpańskim – Certificado – wystawione przez Państwową Agencję Administracji Podatkowej w dniu 8 października 2024 r.

Autentyczność można zweryfikować za pomocą Bezpiecznego Kodu Weryfikacyjnego LUNVT54LCVWKRQTU n stronie sede.agenciatributaria.gob.es.

Wykonawca PT Wanicki wskazał więc, że można wymagane dane uzyskać w przypisanej formie za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (rejestru publicznego), a także przekazał dane umożliwiające dostęp do tych środków. W tej sytuacji gdy na podstawie tych danych Zamawiający był w stanie pobrać wymagane informacje w przypisanej formie – wezwanie do uzupełnienia ich byłoby jest działaniem nieuprawnionym i obciążonym nadmiernym formalizmem. e.

Zaświadczenie niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne w języku hiszpańskim:

CERTIFICADO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURO SOCIAL „REFERENCJA WERYFIKACYJNA Kod: LUDYE-ZQ6DI-DQT7V-YGXQM-Y3L6D-47YWX”

Wykonawca PT Wanicki wskazał więc, że można wymagane dane uzyskać w przypisanej formie za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (rejestru publicznego), a także przekazał dane umożliwiające dostęp do tych środków. W tej sytuacji gdy na podstawie tych danych Zamawiający był w stanie pobrać wymagane informacje w przypisanej formie – wezwanie do uzupełnienia ich byłoby jest działaniem nieuprawnionym i obciążonym nadmiernym formalizmem.

Ad. 5.3.

Zarzut zaniechania czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa

Na samym wstępie Zamawiający podnosi, że jest świadomy, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie Pzp. W tym jednak kontekście zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawarte w następujących załącznikach złożonych przez Wykonawcę PT Wanicki wraz z ofertą, jak:

a) Wypełniony Załącznik Nr 8 do SWZ – (dane techniczne wskazane w parametrze technicznym T1); b) EC TYPE VEHICLE -10.62M; c) EC TYPE VEHICLE -10.62M_PL; d) E-SORT; e) R107 f) R107_PL; g) R118_ES; h) R118_P Autonomy Declaration – należy uznać jako należycie dokonane.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający zawarł swoje stanowisko w sprawie utajnienia części ofert pismem z dnia 10 stycznia 2025 r. (Znak sprawy: DF.271.2.2024) skierowanym do Solaris Bus & Coach sp. z o.o. s..

Zamawiający stwierdził, że zarówno Wykonawca MAN jak i Wykonawca PT WANICKI sp. z o.o. - prawidłowo tj. nie później niż wraz z przekazaniem informacji, zastrzegł, że zastrzeżone informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający stwierdził, że zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez Wykonawcę MAN oraz Wykonawcę PT WANICKI sp. z

o.o. są skuteczne – co nastąpiło w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania prawidłowości ww. zastrzeżeń.

Dowód: Wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2025 r. [znak sprawy: DF.271.2.2024] skierowane do Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz do Wykonawcy PT Wanicki – w aktach sprawy pliki:

Wyjaśnienia ws. Wyjaśnienia ws. tajemnicy przedsiębiorstwa
przebieg

Katalog: 10. Wyjaśnienia ws. tajemnicy przedsiębiorstwa

Zamawiający podnosi, że informacje, które zastrzegł Wykonawca PT Wanicki należy obiektywnie uznać za wartościowe - zwłaszcza dla konkurentów, w tym takich jak Wykonawca MAN. Zamawiający prawidłowo ocenił ich wartość w kontekście ich przydatności i użyteczności wobec konkurencji działającej w segmencie rynku autobusów elektrycznych. Z uzasadnienia zawartego w piśmie Wykonawcy PT Wanicki z dn.11.12.2024 r. pt. „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” jasno oraz precyzyjnie wynika, co i dlaczego jest zastrzeżone, a także – w jaki sposób chronione przez Wykonawcę PT Wanicki. Wykonawca PT Wanicki wykazał również, że podjął szczególnego działania w zakresie zachowania w tajemnicy zastrzeżonych dokumentów. Nie bez znaczenia jest również fakt, że sam Wykonawca MAN również objął w przedmiotowej sprawie tajemnicą szereg dokumentów: Homologacja typu WE pojazdów silnikowych; homologację palności; oświadczenie o spełnieniu wymogów regulaminu 107EKG ONZ; Sprawozdanie z badań E - S O R T - Pomiar zużycia energii; Załącznik 6a do SWZ; oraz część Załącznika 8 do SWZ część zastrzeżona formularza ofertowego. Zamawiający przede wszystkim wziął pod uwagę, że w przedmiotowym przypadku ma do czynienia z indywidualnym pojazdem elektrycznym przedstawionym w ofercie. Indywidualność przejawia się w określonej kompletacji oferowanego pojazdu zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu Zamawiającego – oraz w kierunku jak najlepszej oceny oferty wg. kryteriów oceny ofert. Ponadto oferowany autobus w tej kategorii jest po raz pierwszy oferowany w Polsce. Uzasadnia to jak najbardziej, że żaden podmiot konkurencyjny nie posiada i nie może posiadać informacji w zastrzeżonym zakresie. Wykonawca PT Wanicki, oczywiście nie jest producentem autobusów, ale jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Równocześnie korzysta z zasobów IRIZAR E-MOBILITY, S.L. przy realizacji umowy z Zamawiającym jako producenta oferowanych autobusów oraz podmiotu posiadającego doświadczenie w ich obsłudze technicznej, w tym w dostawie akcesoriów, m.in. ładowarek, wykorzystanie wiedzy i doświadczenia, dokumentacji technicznej, homologacji, certyfikatów, potencjału ludzkiego w celu prawidłowego przygotowania oferty i realizacji zamówienia. Ww. podmiot został również wskazany jako podwykonawca Wykonawcy PT Wanicki. Zgodnie więc z zapisami § 3 ust. 5 załącznik nr 2 - Wzór umowy: Wykonawca korzystający z Podwykonawców ponosi odpowiedzialność za ich działania i zaniechania jak za własne działania i zaniechania.

Wykonawca PT Wanicki wprost wskazuje, że jest zobowiązany zachować zastrzeżone informacje w poufności wobec swojego partnera handlowego i producenta autobusów Irizar E-mobility S.L. Stanowią więc dla niego wartość gospodarczą, gdyż stanowią jego know-how pozyskane od podwykonawcy w celu wykonania przedmiotu zamówienia w danych realiach przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert. Zamawiający podtrzymuje i uznaje za Wykonawcę PT Wanicki, że powyższa wiedza i know-how pozwala Wykonawcy PT Wanicki na precyzyjne dobieranie parametrów oferowanych pojazdów, nawet w najdrobniejszych szczegółach, co umożliwia ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich i nie tylko. Zastrzeżone dokumenty odzwierciedlają osiągi oraz parametry zaoferowanych pojazdów, dostarczając istotnych informacji o ich funkcjonowaniu, co stanowi cenny zasób wiedzy technicznej i know-how, zasługujący na szczególną ochronę.

Wykonawca Man zarzuca, że Wykonawca PT Wanicki „wskazał, że dokumentacja techniczna (np. homologacje, parametry techniczne) zawiera poufne informacje, jednak większość takich informacji może być łatwo dostępna w ramach regulacyjnych wymagań dotyczących homologacji pojazdów, które są publicznie dostępne w systemach rejestracji homologacji pojazdów w UE. Parametry techniczne, takie jak zużycie energii czy wymiary pojazdów, są często przedstawiane w dokumentach przetargowych lub materiałach marketingowych.” Jest to stwierdzenie głoślowe i niczym nie poparte. Rzeczywistość jest zupełnie inna, co potwierdza sam Wykonawca MAN uzasadniając swoje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie zgodnie z powszechną wiedzą i praktyką (znaną i uznaną przez Zamawiającego) oświadcza, że „ujawnienie wyników zestawień, oraz dokładnych kompletacji zastosowanych urządzeń stanowiłoby cenne źródło informacji na temat funkcjonalności rozwiązań stosowanych przez MAN, co w rezultacie stawiałoby w przyszłości innych oferentów w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do MAN i mogłoby skutkować przypadkami nieuczciwej konkurencji. Parametry techniczno-eksploatacyjne należą najbardziej strzeżonych informacji u większości producentów autobusów. Stanowią one kompendium efektów eksploatacyjnych oferowanych pojazdów, są wysoko ocenianym czynnikiem, decydującym o kosztach eksploatacji pojazdów w całym cyklu ich żywotności. Dodatkowo są one opracowywane dla konkretnego zespołu napędowego w autobusie, rozmiarów opon, przełożenia mostu napędowego, jak i innych w pełni zgodnych z wymogami danego przetargu pojazdu.

Wyniki testów SORT, WHTC, rysunki techniczne, materiały z jakich wykonywane są autobusy, atesty jak i wiele informacji zawartych w wymaganych homologacjach należą do jednych z najbardziej strzeżonych parametrów

eksploatacyjno – technicznych większości producentów autobusów. Stanowią one kompendium efektów eksploatacyjnych oferowanych pojazdów, są wysoko ocenianym czynnikiem, decydującym o kosztach eksploatacji pojazdów w całym cyklu ich żywotności. Dodatkowo, wyniki testów SORT są opracowywane dla konkretnego zespołu napędowego w autobusie, rozmiaru opon, przełożenia mostu napędowego, jak i innych w pełni zgodnych z wymogami danego przetargu pojazdu.”

Uczestnik w piśmie procesowym z dnia 6.02.2025) wnosząc o oddalenie odwołania podał: (...) W złożonym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ;

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ;

3)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania PT Wanicki do zastąpienia podmiotu trzeciego – Irizar w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zaniechania czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa;

5)art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty PT Wanicki jako najkorzystniejszej;

2)wezwania PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 oraz pkt 3.4 SWZ;

3)wezwania PT Wanicki na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego – Irizar w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4)odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący wnosi także o rozpoznanie zarzutów zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, tj. w takim zakresie, w jakim zostały one postawione, bez możliwości ich rozszerzania czy to przez odwołującego, czy też ich rozszerzenia przez Izbę.

Ad. zarzutu nr 1

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że zarzut dotyczący niewykazania przez PT Wanicki spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 3.3.2 SWZ odnosi się do braku przedstawienia prawidłowej polisy OC (zarzut nr 1).

W rozdziale VI SWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia” w ust. 3 pkt 3.3. ppkt 3.3.2 Zamawiający wskazał, że w zakresie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający wymaga, aby wykonawcy „byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Minimalna wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia wynosi co najmniej 3 000 000 PLN (trzy miliony złotych)”.

W rozdziale VII SWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, informacja

o przedmiotowych środkach dowodowych”, ust. 2 lit. b wskazał zaś, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie wezwany do przedstawienia „dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia – warunki zostały określone w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.3.2 SWZ”. (Występuje tu omyłka pisarska – powinno być odwołanie do rozdziału VI).

Taka sama treść znalazła się w wezwaniu Zamawiającego z 17 grudnia 2024 r. do złożenia przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedstawił „Certyfikat do polisy numer 998B141566 Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej” wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., w którym jako ubezpieczający została wskazana Firma Wanicki Sp. z o.o., a jako ubezpieczony „Firma Wanicki Sp. z o.o. i inni Ubezpieczeni/and other Insured” (jest to oczywista omyłka pisarska w treści certyfikatu i powinno być: „i inni Ubezpieczeni”).

Zakres ochrony ubezpieczeniowej to: „Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem Odpowiedzialności za Produkt i Wykonane Usługi”, okres ubezpieczenia: 16.05.2024 – 15.05.2025, suma gwarancyjna: 7.000.000 PLN na jeden i wszystkie Wypadki Ubezpieczeniowe.

Jak więc wynika z treści certyfikatu, choć ubezpieczającym jest Firma Wanicki Sp. z o.o., to samo ubezpieczenie w

zakresie polisy nr 998B141566 dotyczy nie tylko samej spółki Firma Wanicki Sp. z o.o., ale też innych podmiotów, wśród których znajduje się PT Wanicki Sp. z o.o. Można poddać dyskusji, czy przy zaistniałych okolicznościach, w razie powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do objęcia PT Wanicki Sp. z o.o. ochroną w ramach wskazanej polisy, powyższe okoliczności wystarczyłoby wyjaśnić w ramach wyjaśnienia treści dokumentu, tj. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, czy też wymagałoby to uzupełnienia złożonego dokumentu, tj. procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, że spółka PT Wanicki Sp. z o.o. posiada wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia znacząco przekracza wymagane 3 000 000 PLN. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący przedstawia jako dowód:

dowód nr 1: „Certyfikat do polisy numer 998B141566 Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej” z 24.06.2024 r. ze wskazaniem PT Wanicki Sp. z o.o. jako ubezpieczonego w ramach tej polisy - na okoliczność, że Przystępujący objęty jest ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w ramach polisy numer 998B141566, dla której certyfikat został przedstawiony Zamawiającemu i wnosi o przeprowadzenie dowodu z powyższego dokumentu na okoliczności wskazane powyżej.

O ile jeszcze można dyskutować na temat wyjaśnienia lub – ewentualnie – uzupełnienia wymaganego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie w zakresie wyraźnego wskazania nazwy PT Wanicki Sp. z o.o. jako ubezpieczonego, to zupełnie niezrozumiały i bezzasadny jest zarzut dotyczący zakresu ubezpieczenia. Z akapitu 16. i nast. odwołania wynika bowiem, że Odwołujący w przedmiocie zamówienia upatruje obowiązku, by Przystępujący był producentem autobusów, a tym samym jego ochrona ubezpieczeniowa obejmowała produkcję autobusów.

Powyższe wnioski Odwołującego są niczym nie uzasadnione.

Jak wynika z rozdziału III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, przedmiotem zamówienia jest zakup 5 autobusów elektrycznych o długości 8-10,62 m wraz z infrastrukturą ładowania do obsługi autobusów elektrycznych w postaci zakupu i instalacji dwóch dwustanowiskowych ładowarek plug-in oraz zakup jednej mobilnej ładowarki plug-in. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia jest po prostu sprzedaż ww. autobusów i ładowarek w rozumieniu art. 535 i nast. Kodeksu cywilnego, w ramach której sprzedawca (Przystępujący) zobowiązuje się przenieść na kupującego (Zamawiającego) własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Zamawiający nawet w tytule postępowania posłużył się określeniem „zakup”, bezpośrednio wskazującym właśnie na ową umowę sprzedaży. Jest to też zgodne z definicją dostawy zawartej w art. 7 pkt 4 ustawy Pzp, które to pojęcie obejmuje „nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”. Samo zaś zamówienie skierowane jest do zainteresowanych taką sprzedażą wykonawców, niezależnie od tego, czy są oni producentami autobusów (lub ładowarek), czy też nie. W żadnym wypadku zaś zamówienie to nie jest adresowane wyłącznie do producentów autobusów, a udział w nim na równych zasadach mogą wziąć również podmioty zajmujące się sprzedażą pojazdów (dealerzy). Skoro zaś Zamawiający takiego wymogu nie postawił, nie miał żadnych postaw do oceny, czy wykonawcy, którzy złożyli oferty, są producentami autobusów. Zresztą ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu do producentów autobusów nie było celem Zamawiającego i nie wynika z żadnego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia – żadnego takiego postanowienia nie przywołał też Odwołujący. Byłoby ono zresztą niezgodne z art. 16 ustawy Pzp czy art. 112 i art. 116 ustawy Pzp oraz z praktyką rynkową, gdzie jest powszechne, że sprzedażą pojazdów zajmują się właśnie dealerzy, a niekoniecznie bezpośrednio producenci.

I nie ma tu znaczenia, że pewne parametry autobusów czy ich wyposażenie jest dostosowywane do opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez Zamawiającego. Wytwarzanie sprzedawanego produktu „na zamówienie”, czy „personalizowanego” jest bowiem standardową sytuacją nie tylko na rynku motoryzacyjnym, ale też w sumie na każdym innym, a niektóre zamówienia np. dotyczące sprzętu komputerowego (czy właśnie pojazdów) wręcz charakteryzują się tym, że finalny produkt jest kompletowany zgodnie ze wskazanym przez zamawiających opisem.

Jak wynika z treści oferty, a na co zwrócił uwagę Odwołujący w akapicie 17. odwołania „projekt, produkcja, homologacja, wyposażenie to bowiem działania w ramach Postępowania, które zostaną powierzone podmiotowi trzeciemu, czyli Irizar”. To firma Irizar będzie producentem oferowanych autobusów, a Przystępujący będzie pełnił rolę dealera. Oczywiście jest zatem, że to po stronie producenta leży ubezpieczenie procesu produkcji.

Przystępujący zaś jest ubezpieczony „w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”, czyli w zakresie sprzedaży – już wyprodukowanych – autobusów i ładowarek, co wchodzi w zakres ubezpieczenia wskazany w dokumencie ubezpieczenia; „Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem Odpowiedzialności za Produkt i Wykonane Usługi”. Tym samym ubezpieczona jest zarówno działalność Przystępującego, jak i sprzedawane przez niego produkty i usługi. Zatem Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wymaganego ubezpieczenia, sformułowany przez Zamawiającego. Przystępujący

warunek ten spełnia samodzielnie i nie musiał powoływać się na zasoby innego podmiotu, w tym producenta oferowanych autobusów. Zresztą, na marginesie, jeśli spojrzeć na KRS Odwołującego, to w zakresie swojej działalności również nie ma produkcji autobusów.

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący przedstawia jako dowód: dowód nr 2: Informacja z KRS dot. Odwołującego na okoliczność, że Odwołujący w zakresie swojej działalności również nie posiada wpisu dotyczącego produkcji autobusów, a twierdzenie zawarte w odwołaniu, że wykonawca musi być producentem autobusów, zostało sformułowane jedynie na potrzeby negowania oferty Przystępującego i wnosi o przeprowadzenie dowodu z powyższego dokumentu na okoliczności wskazane powyżej.

Wynika to także z informacji na stronie internetowej dotyczącej grupy MAN, gdzie wskazano, że „MAN Truck & Bus Polska, to spółka zajmująca się sprzedażą i obsługą posprzedażną pojazdów marki MAN i Neoplan w Polsce.”

Tym samym zarzut braku objęcia zakresem ubezpieczenia Przystępującego produkcji pojazdów został sformułowany wyłącznie na potrzeby zanegowania oferty Przystępującego i nie ma żadnego innego uzasadnienia niż tylko chęć odrzucenia oferty konkurenta. Jest on bezpodstawny i zasługuje wyłącznie na oddalenie.

Ad. zarzutu nr 2 i 3

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zarzuty dotyczące niewykazania przez

PT Wanicki spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3.4 SWZ (zarzut nr 2 oraz nr 3) odnoszą się do nieskutecznego udostępnienia zasobów przez Irizar – nieopatrzona zobowiązanie do udostępnienia zasobów kwalifikowanym podpisem elektronicznym (pkt II.1 odwołania) oraz niewykazania, że Irizar nie podlega wykluczeniu z postępowania (pkt II.2 odwołania).

Ad. punktu II.1 odwołania

W ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie podmiotowe środki dowodowe oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, w przypadku postępowań o wartości przekraczającej progi unijne, przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym – natomiast Przystępujący do oferty załączył zobowiązanie podmiotu IRIZAR E-MOBILITY S.L. podpisane przez pana G.H., członka zarządu spółki, które nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym – na co wskazuje walidacja podpisu dokonana za pomocą dostępnych programów do walidacji podpisu.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że zasoby nie zostały skutecznie udostępnione Przystępującemu, który nie potwierdził, że dysponuje zasobami Irizar w postaci zdolności technicznej i zawodowej, a zatem nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VI pkt 3.4 SWZ.

Przystępujący wraz z ofertą rzeczywiście złożył zobowiązanie spółki IRIZAR E-MOBILITY S.L. do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, podpisane przez członka zarządu spółki (uprawnionego do jej samodzielnego reprezentowania). Na gruncie samego zobowiązania pomiędzy dwoma przedsiębiorcami (tj. spółką PT Wanicki i IRIZAR E-MOBILITY S.L.), regulowanego przepisami z zakresu prawa cywilnego, zobowiązanie to jest jak najbardziej prawidłowe i wiążące, zatem zasoby te zostały Przystępującemu udostępnione skutecznie. Wymogi formalne wynikające z przywołanego § 7 ust. 1 rozporządzenia wykraczają tu poza wspomnianą skuteczność samego zobowiązania, nie przewidując zresztą rygoru nieważności owego zobowiązania.

Zdaniem Przystępującego złożony na zobowiązaniu podpis pana G.H. powinien być uznany za prawidłowy. Nie rozwijając jednak owego wątku, czy figurujący na zobowiązaniu podpis pana G.H. spełnia wymagania eIDAS, który to wątek wymagałby zaangażowania instytucji zewnętrznych mogących dokonać takiej oceny technicznej, Przystępujący przedstawia wersję ww. zobowiązania z podpisem pana G.H., który jest walidowany przez polskie narzędzia jako podpis kwalifikowany.

Przystępujący wyjaśnia tu, że spotkał się już z sytuacją, w której – pomimo że dostawca podpisów posiadanych przez kierownictwo Irizar potwierdził, że urządzenie ma charakter kwalifikowany, a sam podpis spełnia wymagania eIDAS, jak i art. 40 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE – polskie narzędzia do weryfikacji podpisów nie weryfikują posiadanych przez kierownictwo Irizar podpisów jako kwalifikowanych. W ocenie Przystępującego spór, czy to podpis nie spełnia wymagań eIDAS, czy też to stosowane w Polsce oprogramowanie nie obejmuje wszystkich dostawców tego typu podpisów z terenu UE, jest nieekonomiczny procesowo, zatem dla zachowania owej ekonomiki przedstawia wskazaną powyżej wersję ww. zobowiązania z podpisem pana G.H., który jest walidowany przez polskie oprogramowanie.

Dowód nr 3: Zobowiązanie IRIZAR E-MOBILITY S.L. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia niezbędnej do spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wskazanego w rozdziale VI ust. 3 pkt

3.4. ppkt 1 i 2 SWZ z podpisem pana G.H. na okoliczność, że IRIZAR E-MOBILITY S.L. skutecznie udostępnił Przystępującemu deklarowane zasoby i wnosi o przeprowadzenie dowodu z powyższego dokumentu na okoliczności wskazane powyżej.

Ad. punktu II.2 odwołania

W ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał, że przedstawione przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe mające na celu potwierdzenie braku podstaw wykluczenia Irizar z postępowania, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, zostały przedstawione w niewłaściwej formie, co oznacza, że Przystępujący nie potwierdził, że wobec Irizar nie zachodzą przesłanki wykluczenia, co powinno skutkować wezwaniem tego podmiotu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Powyższy zarzut i płynące z niego wnioski o konieczności wezwania Przystępującego do zastąpienia IRIZAR E-MOBILITY S.L. innym podmiotem lub wykazania, że PT Wanicki Sp. z o.o. samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu są bezzasadne i nie znajdują uzasadnienia ani w stanie faktycznym sprawy, ani w przepisach prawa.

Zgodnie z regulacjami przywołanych w zarzucie przepisów „jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu” (art. 122 ustawy Pzp) oraz „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1)wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2)zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.” (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący żąda od Zamawiającego wezwania Przystępującego do zastąpienia IRIZARE-MOBILITY S.L. innym podmiotem lub wykazania, że PT Wanicki Sp. z o.o. samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak takie wezwanie może zostać skierowane do wykonawcy tylko w przypadku, gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Natomiast nie ma to miejsca w przypadku IRIZARE-MOBILITY S.L. Zarzuty postawione przez Odwołującego dotyczą bowiem wyłącznie kwestii sposobu podpisania złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów, nie zaś tego, że spółka Irizar podlega wykluczeniu z postępowania lub też nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, negowanie braku poprawności formy owych dokumentów wynika z zupełnie błędnego wniosku o tym, że „nadpisanie” dokumentów urzędowych opatrzonych urzędowym podpisem elektronicznym, podpisem pana I.E. (dyrektora w spółce IRIZAR E-MOBILITY S.L.) stanowi o wadliwości owych dokumentów. Jest to jednak, jak wskazano, wniosek zupełnie błędny.

Odwołujący wskazał na ową „wadę” powołując się na § 6 ww. rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w stosunku do następujących dokumentów:

„a. Zaświadczenie o braku upadłości / likwidacji w języku hiszpańskim – Certificación Registral (w dokumencie znajduje się adnotacja: „Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por J.L. Registrador Mercantil de GIPUZKOA MERCANTIL a 18 de noviembre de 2024”, co oznacza: “Ten dokument został podpisany za pomocą podpisu elektronicznego uznawanego przez J.L., Rejestratora Handlowego w Gipuzkoa Mercantil, w dniu 18 listopada 2024 roku.”);

b.Odpis z rejestru w języku hiszpańskim - Registro Gipuzkoa Mercantil (w dokumencie znajduje się adnotacja „Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por REGISTRO MERCANTIL DE GIPUZKOA a 18 noviembre de 2024.”, co oznacza: „Ten dokument został podpisany za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez REJESTR HANDLOWY W GIPUZKOA w dniu 18 listopada 2024 r.”);

c.Zaświadczenia o niekaralności spółki oraz członków zarządu – na dokumentach widnieje adnotacja, że są to dokumenty elektroniczne, które nie wymagają dodatkowego poświadczenia ich autentyczności;

d.Zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu podatków w języku hiszpańskim – Certificado (w dokumencie znajduje się adnotacja: „Documento firmado electrónicamente (Ley 40/2015) por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con fecha 8 de octubre de 2024. Autenticidad verificable mediante Código Seguro Verificación LUNVT54LCVWKRQTU en sede.agenciatributaria.gob.es”, która oznacza: „Dokument podpisany elektronicznie

(ustawa 40/2015) przez Państwową Agencję Administracji Podatkowej w dniu 8 października 2024 r. Autentyczność można zweryfikować za pomocą Bezpiecznego Kodu Weryfikacyjnego LUNVT54LCVWKRQTU na stronie sede.agenciatributaria.gob.es.”);

e. Zaświadczenie niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne w języku hiszpańskim (w dokumencie znajduje się adnotacja: „REFERENCIA DE VERIFICACIÓN Código: LUDYE-ZQ6DI-DQT7V-YGXQM-Y3L6D-47 Fecha: 20/12/2024 La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la Sede Electrónica de la Seguridad Social.”, która oznacza: „REFERENCJA WERYFIKACYJNA Kod: LUDYE-ZQ6DI-DQT7V-YGXQM-Y3L6D-47YWX 20/12/2024 Autentyczność tego dokumentu można zweryfikować na Elektronicznej Platformie Usług Społecznych (Sede Electrónica de la Seguridad Social).”)”

Zgodnie § 6 ust. 1 przywołanego rozporządzenia „w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej

>>dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania<<, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej >>upoważnionymi podmiotami<<, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument”.

Tym samym w przypadku powyżej wskazanych podmiotowych środków dowodowych, dotyczących niepodlegania przez IRIZAR E-MOBILITY S.L. wykluczeniu, które zostały wystawione jako urzędowe dokumenty elektroniczne, powinny one być zostać przedstawione Zamawiającemu jako owe dokumenty elektroniczne. W takiej też formie zostały one Zamawiającemu przedstawione. Te z nich, które urzędowo są opatrywane podpisem – z tym podpisem, a w przypadku, gdy zaświadczenie podpisem urzędowym nie jest opatrywane – w takiej formie. Umieszczenie na ww. dokumentach dodatkowego podpisu pana I.E. nie ma tu żadnego znaczenia. Podpis ten figuruje z tego powodu, że zostały wykorzystane egzemplarze dokumentów przedstawiane wcześniej w innym postępowaniu, w którym pan I.E. był pełnomocnikiem IRIZAR E-MOBILITY S.L. – niemniej jednak jego podpis nie wpływa w żaden sposób ani na autentyczność, ani na treść, ani na ważność owych dokumentów, ani na ich formalną poprawność.

Powyższe można porównać do przystawienia własnej pieczęci czy poświadczenia „za zgodność z oryginałem” na oryginalnym egzemplarzu informacji z polskiego KRK czy informacji z KRS lub CEiDG – co się zdarzało i zdarza, i nie ma żadnego znaczenia proceduralnego. Wzywanie Przystępującego przez Zamawiającego do uzupełnienia owych dokumentów byłoby nadmiernym formalizmem i nie miałoby bezpośredniego umocowania w przepisach, nie służyłoby też weryfikacji podstaw wykluczenia spółki IRIZARE-MOBILITY S.L., której służą już dotychczas przedstawione dokumenty. Tym bardziej zaś, jak już wskazano na wstępie, z tak przedłożonych dokumentów nie można wysnuwać wniosku, że IRIZAR E-MOBILITY S.L. podlega wykluczeniu z postępowania lub nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miałyby prowadzić do zastosowania art. 122 ustawy Pzp. Co do wskazania w akapitach 50-53 odwołania kwestii uzupełniania dokumentów w ramach postępowania odwoławczego – Przystępujący stwierdza, że jak najbardziej ma prawo (i obowiązek) przedstawiać argumenty i dowody na poparcie swoich twierdzeń podnoszonych w ramach postępowania odwoławczego, co wynika bezpośrednio z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”, z którego to prawa Przystępujący korzysta. Podobnie podstawy wyrokowania przez Izbę zostały wskazane m.in. w art. 552 ust. 1 ustawy Pzp: „wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”, czyli również na podstawie przedstawionych dowodów.

Niemniej jednak akurat w tym przypadku, w ocenie Przystępującego, w odniesieniu do dokumentów wymienionych w akapicie 45. odwołania, uzupełnianie tych dokumentów jest zbędne, gdyż są one prawidłowe.

Ad. zarzutu nr 4 i 5

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zarzuty te dotyczą „nieskutecznego utajnienia podmiotowych środków dowodowych przez PT Wanicki (zarzut nr 4 i 5)”, po czym w dalszej treści uzasadnienia wskazał na następujące dokumenty: (i) kopia Świadczenia Homologacji, (ii) wyniki badań wielkości zużycia energii, (iii) homologacja dotycząca palności materiałów wykorzystywanych do produkcji autobusów, (iv) homologacja potwierdzająca spełnienie wymogów Regulaminu nr 107 (EKG ONZ).

W ocenie Odwołującego dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne – nie z tego powodu, że zastrzeżone dokumenty nie posiadają wartości gospodarczej oraz że nie są chronione jako tajemnica (akapit 56.), ale z tego powodu, że Przystępujący „nie jest producentem autobusów, a jedynie dealerem (pośrednikiem). W związku z tym dane zawarte w tych dokumentach nie stanowią dla niego wartości gospodarczej, gdyż nie stanowią know-how firmy, ale są informacjami, które pochodzą od kontrahenta i to dla tego kontrahenta mogą mieć istotną wartość.” oraz że

Przystępujący, jako dealer samochodów „może dobierać w sposób dowolny z jakim podmiotem będzie współpracował na potrzeby danego postępowania, a także który produkt oferowany przez danego producenta zamierza zaoferować w ramach konkretnego przetargu. W związku z tym udostępnienie tych informacji dla samego PT Wanicki pozostaje bez wpływu na jego działalność.” Odwołujący podniósł też, że „nie wykazano, że sama firma Irizar zamierza zachować te dane w poufności i nie udostępniać ich w komunikatach prasowych, broszurach, podczas konferencji czy na poczet współpracy z innymi dostawcami.”

Należy tu podkreślić, że Odwołujący, składając ofertę, zastrzegł te same dokumenty (a nawet jeszcze szerszy zakres dokumentów przedstawionych Zamawiającemu), choć sam jako MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. również nie jest producentem autobusów, a jedynie pośrednikiem w ich sprzedaży. W swoim uzasadnieniu zastrzeżenia również odnosi się ogólnie do nazwy „MAN” (a nie nawet konkretnego podmiotu – osoby prawnej), nie rozróżniając zakresu podmiotowego (producent – dealer) związanego z zachowaniem poufności owej tajemnicy ani tego, który z podmiotów jakie podjął środki. Nie wskazuje ani zastosowanych przez MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. czy przez producenta autobusów procedur, ani środków, które zostały powzięte w celu zachowania tajemnicy, ani też konkretnej wartości gospodarczej owych zastrzeżonych dokumentów i zawartych w nich informacji.

Tym samym wszystkie „zarzuty”, które stawia zastrzeżeniu tajemnicy przez Przystępującego, są zarzutami jedynie wobec Przystępującego na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, nie zaś wadami obiektywnymi dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy. Zatem wszystkie argumenty zawarte w odwołaniu dotyczą raczej jego własnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy niż samego Przystępującego – to uzasadnienie Odwołującego bowiem jedynie „opiera się na ogólnych twierdzeniach, że dane techniczne mają znaczenie gospodarcze dla wykonawcy, jednak nie przedstawiono jakiegokolwiek analizy finansowej, która wskazywałaby na wartość tych informacji czy też argumentów wykazujących, że ujawnienie danych miałoby realny wpływ na sytuację konkurencyjną wykonawcy”. Podobnie Odwołujący nie przedstawił „żadnych dowodów, takich jak dokumenty wewnętrzne, polityki bezpieczeństwa, procedury czy rejestry dostępu, które potwierdziłyby realizację tych działań. Nie wykazano, że te same dokumenty nie zostały udostępnione w innych postępowaniach lub partnerom biznesowym w sposób uniemożliwiający ich ujawnienie osobom trzecim.” Odwołujący stosuje więc co najmniej podwójne standardy co do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – do siebie oraz do Przystępującego. A także podwójne standardy w stosunku do Zamawiającego – który jednocześnie powinien strzec poufności dokumentów Odwołującego, ale nie uznawać jej w stosunku do dokumentów Przystępującego.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazuje, że zawarte w odwołaniu twierdzenia Odwołującego są bezzasadne, a Przystępujący skutecznie zastrzegł wskazane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma tu znaczenia, czy zastrzegane dokumenty oryginalnie (pierwotnie) stanowią tajemnicę spółki Irizar jako producenta autobusów, czy też wyłącznie własną tajemnicę Przystępującego jako dealera tej marki. Nawet bowiem jeśli tajemnica ta wywodzi się od producenta pojazdów, to również ich dystrybutor zobowiązany jest do ochrony tych informacji – podobnie jak każdy inny podmiot, który uzyskał do nich dostęp, czyli Zamawiający oraz Krajowa Izba Odwoławcza. Poza tym twierdzenie, że producent nie postrzega owych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest niczym poparte. Przystępujący wskazuje, że również IRIZARE-MOBILITY S.L., biorąc udział w przetargach bezpośrednio jako wykonawca, zastrzega ww. dokumenty oraz dokumenty tego typu jako tajemnicę przedsiębiorstwa (w tych przetargach, w których dokumenty te są wymagane przez zamawiających), zatem nie ma podstaw do negowania faktu, że „firma Irizar zamierza zachować te dane w poufności”. Nie ma tu też znaczenia, czy – ze względu na planowaną współpracę – dane takie zostaną, w drodze wyjątku i pod odpowiednimi rygorami, udostępnione niektórym dostawcom (jak Przystępujący) albo np. Zamawiającemu. Udostępnienie takie – ograniczonemu kręgowi osób zobowiązanych do zachowania owej tajemnicy – nadal wpisuje się w ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającą z jej definicji zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak przyjmuje się w orzecznictwie, np. w wyroku WSA we Wrocławiu z 30 stycznia 2024 r., sygn. IV SA/Wr 585/23: „Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich poufności. Nie tracą natomiast swojego charakteru przez to, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji, np. pracownicy przedsiębiorstwa (wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt I OSK 192/13, wyrok NSA z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt I OSK 511/13).”

Udostępnienie spornych dokumentów Zamawiającemu nie wynika też z niezależnej chęci producenta czy dystrybutora pojazdów rozpowszechniania owych danych wśród nieograniczonej liczby podmiotów, w tym konkurentów handlowych, lecz wyłącznie z nałożonego w SWZ obowiązku przedstawienia Zamawiającemu ww. dokumentów, co do którego Irizar czy też Przystępujący nie ma narzędzi prawnych, by go negocjować. Ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i przepisy dyrektyw, zezwalają bowiem zamawiającym na żądanie dokumentów, nawet gdy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, w zamian wymagając od zamawiających „jedynie” ochrony owej poufności przedstawianych dokumentów i informacji. Co też Zamawiający zrobił. Przystępujący nie widzi więc powodu, by zarzucać Zamawiającemu

naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu ochrony zgodnie z prawem zastrzeżonych informacji. Przy czym Przystępujący zwraca uwagę na fakt, że kraje członkowskie zobowiązane są do wdrażania przepisów unijnych, w tym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, która w art. 21 ust. 1 odnosi się do poufności dokumentów, w tym tajemnicy przedsiębiorstwa: „O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.” W wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał wykładni m.in. owego art. 21 ust. 1 dyrektywy wskazując: „Instytucja zamawiająca, niezależnie od spoczywającego na niej obowiązku działania w sposób przejrzysty, zgodnie z art. 21 ust. 1 wspomnianej dyrektywy nie może ujawniać >>informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne<<. W tym względzie Trybunał wielokrotnie orzekał, że podstawowy cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznej informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te przekazały osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34–36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115). Prawdą jest, że pojęcie >>tajemnicy przedsiębiorstwa<< zdefiniowane w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 lub w odpowiednim przepisie prawa krajowego jedynie częściowo pokrywa się z określeniem >>informacj[e] przekazan[e] [...] jako poufne<< zawartym w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego ostatniego przepisu informacje, o których w nim mowa, obejmują „między innymi tajemnic[e] techniczn[e] lub handlow[e] oraz poufn[e] aspekt[y] ofert”, co wskazuje na to, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 34 i 35 opinii, że ochrona poufności przewidziana w dyrektywie 2014/24 jest szersza niż ochrona rozciągająca się wyłącznie na tajemnice przedsiębiorstwa. Ponadto Trybunał wyjaśnił już, że przepisy dotyczące bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania i ujawniania tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2016/943 nie zwalniają organów publicznych z obowiązku zachowania poufności, jaki może wynikać z dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września

2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 97, 99).”

Nie jest też prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że dane zawarte w tych dokumentach nie stanowią dla Przystępującego wartości gospodarczej, gdyż nie stanowią know-how firmy, ale są informacjami, które pochodzą od kontrahenta i to dla tego kontrahenta mogą mieć istotną wartość.

Jak już wskazano powyżej, w związku z tym, że dokumenty i zawarte w nich informacje zostały przekazane Przystępującemu przez IRIZAR E-MOBILITY S.L., również Przystępujący jest zobowiązany do zachowania poufności tych dokumentów. Jak też – również Przystępującego dotyczą poszczególne aspekty zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które odnoszą się do firmy Irizar, w tym wartość gospodarcza tych informacji. Co więcej, zgodnie z art. 11 ust. 1 i ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ujawnienie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, że Przystępujący ma nie tylko prawo, ale również obowiązek strzec tajemnicy swojego kontrahenta – IRIZAR E-MOBILITY S.L. Na powyższe Przystępujący wskazał punkcie 1.2. dokumentu „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”: „Wykonawca jest z kolei zobowiązany zachować ww. informacje w poufności wobec swojego partnera handlowego i producenta autobusów Irizar E-mobility S.L.” Równie nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że „Przystępujący, jako dealer samochodów może dobierać w sposób dowolny z jakim podmiotem będzie współpracował na potrzeby danego postępowania, a także który produkt oferowany przez danego producenta zamierza zaoferować w ramach konkretnego przetargu. W związku z tym udostępnienie tych informacji dla samego PT Wanicki pozostaje bez wpływu na jego działalność.”

Przystępujący bowiem nie ma nieograniczonej swobody wyboru zarówno producentów, których będzie reprezentował, jak i produktów (pojazdów), które może zaoferować. Produkty takiego typu jak autobusy elektryczne nie są bowiem powszechnie dostępne na rynku w nieograniczonej ilości, lecz są produkowane na zamówienie przez bardzo ograniczoną liczbę podmiotów. Przy tym każdy producent ma swojego dealera lub grupę dealerów, z którymi współpracuje. Wątpliwe jest zatem, czy Przystępujący mógłby być dealerem np. autobusów marki MAN i konkurować na rynku z Odwołującym, który jest dystrybutorem należącym do grupy kapitałowej MAN. Co więcej, Przystępujący nie jest

dystrybutorem autobusów elektrycznych innych marek niż Irizar, tym samym wszystkie okoliczności, które zmniejszają konkurencyjność owej marki na rynku, mają bezpośredni wpływ na działalność Przystępującego. Zresztą nawet gdyby Przystępujący był dystrybutorem wielu marek autobusów, to nie miałby prawa naruszać interesów, w tym do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, żadnego z reprezentowanych producentów. Również twierdzenie Odwołującego o braku wskazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jest nieprawdziwe. Temu aspektowi został poświęcony punkt III uzasadnienia „Wartość gospodarcza”. Na wartość tę Przystępujący wskazywał też w opisach dotyczących poszczególnych dokumentów. Twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący powinien przedstawić „analizę finansową” w tym zakresie, jest niczym nieuzasadnione (przy czym Odwołujący sam takiej analizy finansowej nie wskazywał) i stanowi daleko idącą nadinterpretację obowiązków podmiotu zastrzegającego dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jakże zresztą znaczenie praktyczne miałyby analiza, z której wynikałoby, że dane informacje mają wartość 1.000.000 złotych, 5.000.000 zł czy 50.000.000 złotych lub 100.000.000 euro – co zmienia to w sytuacji posiadania wartości gospodarczej? Każda z tych wartości bowiem podlega takiej samej ochronie na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Kwota ta ma znaczenie dopiero przy ustalaniu odszkodowania za np. nieuprawnione ujawnienie owej tajemnicy.

Jak wynika też z wyroku KIO z 20 grudnia 2022 r., sygn. KIO 3227/22: „Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazania czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.”

Również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 grudnia 2018 r., sygn. I OSK 2906/16 wskazał: „Natomiast pogląd, iż za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej, której udostępnienia organ może odmówić, uznana może być jedynie taka informacja, której ujawnienie spowodować może faktyczną, realną szkodę w interesach przedsiębiorcy – jest zbyt daleko idący. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorcy musi mieć bowiem – w świetle art. 5 ust. 2 DostInfPubU w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.u.k. – faktyczną, realną wartość gospodarczą, jednak niekonieczne jest wykazanie, że jej udostępnienie prowadziłoby do konkretnej szkody w interesach przedsiębiorcy. Ryzyko to, dla odmówienia udostępnienia informacji publicznej z uwagi na tajemnicę przedsiębiorcy, może być bowiem choćby potencjalne. Skoro więc ustawodawca nie wprowadza normy, obejmującej tajemnicą przedsiębiorcy tylko informację, której udostępnienie bezpośrednio spowoduje konkretną szkodę w interesach przedsiębiorcy, to taka zawężająca wykładnia normy, wynikającej z przywołanych przepisów, nie jest prawidłowa.” To stanowisko Sądu również potwierdza, że wartość gospodarcza zastrzeżonej informacji nie musi być z góry, przy zastrzeżeniu, określona konkretną kwotą, aby dane zastrzeżenie było prawnie skuteczne. Podobnie w V. punkcie „Działania Wykonawcy podjęte z należytą starannością w celu utrzymania informacji w poufności” Przystępujący wskazał działania, które podjął i podejmuje w celu zachowania poufności. Działania te wpisują się w zakres „podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności”, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy też „poddania rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy”, na które wskazuje art. 2 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Zgodnie z wyrokiem NSA z 16 maja 2023 r., sygn. III OSK 2200/21: „Przyjmuje się także, że ze stanem poufności będziemy mieli do czynienia tylko wtedy, gdy przedsiębiorca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do określonych informacji. Informacją poufną jest zatem informacja, którą przedsiębiorca uważa za poufną i pragnie, by pozostała ona tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców, konkurentów. Wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mają być działania. Wydaje się więc, że każda aktywność, która wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników. W konkretnych okolicznościach o obowiązku dochowania tajemnicy może przesądzać sam charakter informacji w powiązaniu z poziomem wiedzy zawodowej osób, które weszły w ich posiadanie. Mówiąc wprost, informacja staje się tajemnicą, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich – por. wyroki NSA z 5 kwietnia 2013 r., I OSK 192/13 i z 5 lipca 2013 r., I OSK 511/13, z 13 grudnia 2022 r., III OSK 1602/21.”

„Informacja staje się >>tajemnicą<<, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.” (wyrok NSA z 5 lipca 2013 r., sygn. I OSK 511/13).

Jak więc jasno wynika z powyższych wyroków, już samo wymienienie przez Przystępującego podejmowanych przez niego działań jest wystarczające do wykazania, że zastrzeżone dokumenty/informacje posiadają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa, a twierdzenie o konieczności załączania opisów procedur, polityki bezpieczeństwa rejestrów dostępu czy innych tego typu dokumentów, jest dalece przesadzone. Jak też wskazano powyżej, Odwołujący nie odczuwał takiej potrzeby w stosunku do własnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niczym nie poparte jest także twierdzenie Odwołującego o potencjalnej możliwości łatwego dostępu do zastrzeżonych dokumentów. Natomiast same parametry pojazdów, nawet jeśli są podawane w dokumentach przetargowych, to są przez wykonawców zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Przystępujący uznaje za chybiony również ten zarzut nr 4 i 5 i wnosi o oddalenie odwołania również w tym zakresie. Przy tym Przystępujący wskazuje, że gdyby Izba uznała, że dokumenty zastrzeżone przez Przystępującego powinny zostać ujawnione, to, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tak samo powinny zostać potraktowane przez Zamawiającego dokumenty zastrzeżone przez Odwołującego, ponieważ jest to ten sam rodzaj dokumentów (a nawet znacznie szerszy, jak oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu), a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest znacznie bardziej ogólne niż uzasadnienie Przystępującego i tym bardziej nie zawiera informacji, które w ramach niniejszego odwołania Odwołujący uważa za niezbędne (jakkolwiek wskazuje to na podnoszony wcześniej fakt, że za niezbędne uważa je tylko w kontekście negocjowania oferty Przystępującego).

Uczestnik w związku z uwzględnieniem zarzutu z punktu 1 odwołania w piśmie procesowym z dnia 7.02.2025 r. został wezwany – na zarządzenie KIO - przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 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) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu do zgłoszenia sprzeciwu w zakresie uwzględnionym.

W piśmie z dnia 10 lutego 2025 r. Uczestnik podał: (...) *związku z otrzymanym 7 lutego 2025 r. wezwaniem do wniesienia sprzeciwu oraz otrzymaną 6 lutego 2025 r. odpowiedzią na odwołanie („...”) oświadczam, że:*

1) nie wnosimy sprzeciwu w zakresie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PT Wanicki Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że PT Wanicki Sp. z o.o. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. dokumentu potwierdzającego, że ubezpieczonym jest PT Wanicki Sp. z o.o.; w ocenie Przystępującego zakres uwzględnienia zarzutu zawarty w odpowiedzi na odwołanie dotyczył tylko tej kwestii. 2) nie mając odpowiedzi na prośbę o doprecyzowanie zakresu uwzględnionego zarzutu, z najdalej posuniętej ostrożności, wnoszę sprzeciw w zakresie uwzględnienia ww. zarzutu odwołania w części, zgodnie z którą zakres ubezpieczenia OC wykonawcy PT Wanicki Sp. z o.o. powinien obejmować produkcję autobusów w sytuacji, gdy PT Wanicki Sp. z o.o. nie jest producentem autobusów i nie jest to prowadzona przez niego działalność gospodarcza (działalność w zakresie produkcji autobusów), o czym mowa w akapicie 16. i nast. odwołania”.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

Wykonawca MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z/s w Nadarzynie (Odwołujący) podniósł w odwołaniu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania PT Wanicki sp. z o.o. (wykonawca PT Wanicki) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ;
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ;
- 3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie czynności wezwania PT Wanicki do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar w terminie określonym przez Zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
- 4) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 5) art. 16 pkt 3) ustawy Pzp z uwagi na naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PT Wanicki jako najkorzystniejszej a ponadto wezwania PT Wanicki na podstawie: (1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 oraz pkt 3.4 SWZ; (2) art. 128 ust. 1 ustawy

Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Także wniósł o nakazanie odtajnienia dokumentów nieskutecznie zastrzeżonych przez PT Wanicki jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu 1 podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust.2 ustawy Pzp w związku z „zaniechaniem wezwania PT Wanicki Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że PT Wanicki Sp. z o.o. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a mianowicie dokumentu potwierdzającego, że ubezpieczonym jest PT Wanicki Sp. z o.o.”. W tym przypadku Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6.02.2024 r. oświadczył, że: (...) uznaje zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca PT Wanicki jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia” - warunki zostały określone w Rozdziale VII pkt 3.3.2 SWZ. Z kolei Uczestnik po stronie Zamawiającego (wykonawca PT Wanicki sp. z o.o.) w piśmie z dnia 10.02.25 r. oświadczył w zakresie wskazanym, że wnosi sprzeciwu. Izba na marginesie zauważa, że nie analizowała treści dokumentu – certyfikatu do polisy z datą 24.06.2024 r. przedłożonego przez Uczestnika do pisma procesowego z dnia 6.02.2025 r. albowiem jest to kompetencja Zamawiającego. W myśl bowiem – w tym przypadku - art. 522 ust.1 ustawy Pzp (...) „Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

W pozostałym zakresie zarzuty podnoszone w odwołaniu nie podlegają uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zaniechania wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.3.2 SWZ wnoszący odwołanie wykonawca odniósł także do zakresu ubezpieczenia OC wykonawcy PT Wanicki Sp. z o.o., które to ubezpieczenie powinno obejmować produkcję autobusów w sytuacji, gdy PT Wanicki Sp. z o.o. nie jest producentem autobusów i nie jest to prowadzona przez niego działalność gospodarcza (działalność w zakresie produkcji autobusów) [tak w punkcie 16. i nast. odwołania].

W zakresie tego zarzutu Izba miała na uwadze, że przedmiotem tego zamówienia – zgodnie z rozdziałem III specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) - jest:

I.(...) zakup autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą ładowania do obsługi autobusów elektrycznych w MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu.

II. W ramach zamówienia wydzielono zastępujące Zadania:

1) Zadanie 1 - Zakup autobusów elektrycznych 8m 10,62 m — 5 szt.

2) Zadanie 2 - Zakup i instalacja 2 dwustanowiskowych ładowarek plug-in na terenie zajezdni oraz zakup jednej mobilnej ładowarki plug-in

- co daje łącznie 5 punktów ładowania autobusów zeroemisyjnych.

W ramach Zadania 1: Zamawiający planuje zakup i dostawę 5 autobusów zasilanych z baterii, o długości 8-10,62 m [pojazdy kat. M3 - BEV (Battery Electric Vehicle) (szt. 5)].

IV. W ramach Zadania 2: przewiduje się

1) zakup i instalację (2) dwóch dwustanowiskowych ładowarek plug-in o mocy 120kW (2x60 kW) na terenie zajezdni autobusowej przy ul. Wyspiańskiego 22 w Nowym Sączu oraz

2) zakup (1) jednej mobilnej ładowarki plug-in o mocy 80 kW, by była możliwość równoczesnego ładowania autobusów.

co daje łącznie 5 punktów równoczesnego ładowania autobusów elektrycznych.

V. Autobusy wraz z infrastrukturą ładowania zlokalizowane będą na terenie zajezdni autobusowej przy ul. Wyspiańskiego 22.

VI. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający wymagania Zamawiającego, określony został w załączniku nr 1 do SWZ — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ).

VII. Oznaczenie przedmiotu zamówienia według klasyfikacji Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

1) 34144910-0 Autobusy elektryczne,

2) 34121100-2 Autobusy transportu publicznego,

3) 34121400-5 Autobusy niskopodłogowe,

4) 31000000-0 Maszyny, aparatura, urządzenia i wyroby elektryczne; oświetlenie 5) 31158000-8 Ładowarki

6) 31158100-9 Ładowarki do baterii.

7) 31422000-0 Zestawy baterii

8) 31430000-9 Akumulatory elektryczne

(...)

W OPZ wskazano na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w punktach od 1 do 37, w tym m.in.: „1. Podstawowe wymiary i parametry, 2. Podwozie w zakresie ochrony antykorozyjnej, 3. Nadwozie — wymagania, 4. Silnik trakcyjny”. W dalszych punktach wskazano na urządzenia pomocnicze i inne wymagania techniczne, w tym dotyczące wyposażenia, a ponadto „35. Wymagania dotyczące dokumentacji technicznej, 36. Warunki serwisu, 37. Wymagania gwarancyjne”.

Zgodnie z warunkiem z rozdziału VI.3.3.2: (...)w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy (...) 3) byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. (...)

W Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dz. Urz. UE w dniu 21/11/2024 r. nr: 710236-2024 wskazano, że dotyczy ono zamówienia na: „Usługi – Dostawy”.

W myśl art. 7 pkt 2 ustawy Pzp 4) przez dostawy należy rozumieć (...) nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”. Z uwagi na powoływaną przez Odwołującego definicję dostawy na gruncie Kodeksu cywilnego Izba zwraca uwagę, że ta definicja, która ma zastosowanie w tej sprawie jest zdecydowanie szersza od wskazywanej przez wykonawcę definicji. W myśl bowiem art. 605 Kodeksu cywilnego przez umowę dostawy dostawca – (wykonawca) zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się odebrać te rzeczy i zapłacić za nie. W tym przypadku mamy w ramach zadania 1 doczynienia z zamówieniem publicznym na dostawy, którego przedmiotem jest nabycie autobusów (rzeczy ruchomych), co nastąpi na podstawie umowy sprzedaży a w ramach zadania 2 zamówienie obejmuje także usługę – instalację wskazanych urządzeń (wraz z ICH DOSTAWĄ). Jak wskazano w cytowanej SWZ przedmiotem zamówienia jest zakup autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą ładowania do obsługi autobusów elektrycznych w MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu z wyspecyfikowanymi w OPZ wymaganiami co do dokumentacji technicznej, serwisu i gwarancji.

Tym samym Izba zgodziła się z Zamawiającym i Uczestnikiem, że to zamówienie skierowane jest zarówno do wykonawców, niezależnie od tego, czy ich producentami, w tym przypadku autobusów. Udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tym samym mogły wziąć udział na równych zasadach także podmioty zajmujące się sprzedażą pojazdów (dealerzy). Oceniając zatem dokument ubezpieczenia, co do jego zakresu ubezpieczenia, w tym stanie faktycznym nie ma żadnych podstaw do oceny, czy to ubezpieczenie obejmuje produkcję autobusów czy też wykonawcy, składający ofertę są producentami autobusów. Takie bowiem ograniczenia, co do możliwości udziału w tym postępowaniu nie wynika z postanowień SWZ. Izba zauważa także, że na takie postanowienie SWZ nie wskazywał Odwołujący. O takim wymaganiu nie może bowiem świadczyć fakt, potrzeby wytworzenia produktu „na zamówienie”. W tym przypadku Odwołujący nie sprzeciwiał się twierdzeniu Uczestnika, że „personalizacja produktu” jest standardową sytuacją nie tylko na rynku motoryzacyjnym, ale przykładowo na rynku komputerowym, charakteryzującą się tym, że w efekcie finalny produkt jest kompletowany zgodnie ze wskazanym przez zamawiających opisem. W tym przypadku producentem oferowanych autobusów będzie firma Irizar (podmiot trzeci), będący jednocześnie podwykonawcą w zakresie wskazanym w ofercie, a Uczestnik PT Wanicki będzie pełnił rolę dealera - sprzedawcy. Po stronie producenta zatem jest ubezpieczenie procesu produkcji, jednakże warunek z rozdziału VI.3.3.2 SWZ nie dotyczy tej sytuacji. Ten warunek dotyczy wykonawcy – dostawcy autobusu na podstawie umowy sprzedaży. Izba zwraca uwagę na § 1 ust.1 umowy zgodnie z którym: „1. Przedmiotem Umowy jest zakup autobusów o napędzie elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania dla MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu” Wykonawca zatem musi wykazać, że jest ubezpieczony „w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”, czyli w zakresie sprzedaży – już wyprodukowanych – autobusów (i ładowarek), co wchodzi w zakres ubezpieczenia wskazany w dokumencie ubezpieczenia; „Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem Odpowiedzialności za Produkt i Wykonane Usługi”.

Tym samym zarzut w omawianym zakresie, co do warunku z rozdziału VI pkt 3.3.2 SWZ, nie podlega uwzględnieniu.

Zarzuty wskazane w punkcie 2 i 3 odwołania związane są z warunkiem opisanym w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ. Zgodnie z tym warunkiem:

(...)

4. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Rozpoznając wskazane zarzuty Izba w szczególności miała na uwadze regulację z przepisu art. 555 w myśl, której

Izba może orzekać tylko co do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu, a myśl z kolei art. 552 ust.1 „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”.

Uczestnik PT WANICKI w formularzu oferty podał:(...)

17.Oświadczam, że zamierzam powierzyć podwykonawcom następującą część zamówienia (jeżeli dotyczy):

Lp.	Firmy podwykonawców [o ile jest to wiadomo]	Wskazanie części zamówienia powierzonej podwykonawcom
1	IRIZAR E-MOBILITY, S.L., Erribera industriagunea, 1, 20150 Aduna, Gipuzkoa, Spain	wykorzystanie przy realizacji umowy zasobów producenta oferowanych autobusów, w tym w zakresie obsługi technicznej i akcesoriów, w tym ładowarek, oraz wsparcie techniczne i merytoryczne w czasie całego przebiegu realizacji umowy

Wykonawca wraz z ofertą przedłożył- wymagane w rozdziale VI. pkt 6 SW Z- zobowiązanie podmiotu **IRIZAR E-MOBILITY, S.L., Erribera industriagunea, 1, 20150 Aduna, Gipuzkoa, Spain** do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”. (zał. 7 do oferty) W myśl tego punktu:

„6.Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, powinno potwierdzać, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określać w szczególności:

a)zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

b)spół i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

c)czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. (...)

Z kolei w myśl pkt 7 w tym rozdziale SWZ: „Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w ust. 2 2 powyżej (z art. 108 ust. 1 pkt 1 - 6 ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7-10 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej oraz art. 5k ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014)”.

W myśl z kolei pkt 9: „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. (...)

Odwolujący wskazując na naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podniósł zarzut zaniechania wezwania PT Wanicki do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZW tym przypadku wskazał na następujące dokumenty: (a) Zaświadczenie o braku upadłości / likwidacji w języku hiszpańskim (...), (b) Odpis z rejestru w języku hiszpańskim - Registro Gipuzkoa Mercantil, (c) Zaświadczenia o niekaralności spółki oraz członków zarządu (...), (d) Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków w języku hiszpańskim (...), (e) Zaświadczenie niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne w języku hiszpańskim (...). Na tych dokumentach znajdowała się odpowiednio adnotacja: że są opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub, że są to dokumenty elektroniczne, które nie wymagają dodatkowego poświadczenia ich autentyczności. Wykonawca (pkt 46) wskazał, że „dokumenty, pomimo że zostały wystawione elektronicznie i nie wymagały dodatkowego poświadczenia przez wykonawcę, zostały „nadpisane” przez Pana I.E.. Zatem zostały złożone w niewłaściwej formie, niezgodnej z § 6 ust. 1 Rozporządzenia. W konsekwencji PT Wanicki nie przedstawił prawidłowych dokumentów potwierdzających, że wobec Irizar nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa powyżej.”

W przypadku wskazanych dokumentów, których dotyczy zarzut, Izba zwraca uwagę na pismo z dnia 27.12.2024 r. w którym wykonawca PT Wanicki podał:

„W odpowiedzi na wezwanie otrzymane w dniu 17.12.2024 r. znak sprawy: DF.271.2.2024 informując o zmianach w rejestrze handlowym i przesyłając stosowne dokumenty jednocześnie podał, że dokumenty z La Agencia Estatal de Administración Tributaria są wystawiane (pobierane elektronicznie) oryginalnie w takiej formie jak przesłane w załączeniu.

Wskazał, że taki dokument „Zamawiający może pobrać samodzielnie po wpisaniu kodu weryfikacyjnego podanego w zaświadczeniu (LUNVT54LCVWKRQTU) [https://www2.agenciatributaria.gob.es/Wpl/inwinvoc/es.aeat.dit.adu.eeca.catalogo.vis.VisualizaSc?](https://www2.agenciatributaria.gob.es/Wpl/inwinvoc/es.aeat.dit.adu.eeca.catalogo.vis.VisualizaSc?COMPLETA=NO&ORIGEN=J) COMPLETEA=NO&ORIGEN=J”.

Zgodnie z art. 127. 1.: „Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: (...) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków(...)”.

Zamawiający odniesieniu do spornych dokumentów - jak podał w odpowiedzi na odwołanie - zastosował procedurę na podstawie wskazanego przepisu wobec informacji o kodzie i adresie podanych przez wykonawcę w piśmie z dnia 27.12.2024 r. Przedstawiając w tej odpowiedzi na odwołanie, raporty (preen screeny) wykazał, że można było wymagane dane uzyskać w przypisanej formie za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (rejestru publicznego). Stosując wskazaną procedurę Zamawiający – jak podał - pobrał wymagane informacje w przypisanej formie i weryfikując pliki w formacie pdf. i stwierdził, że okoliczność nadpisania na dokumencie przez p. Inigo Etxeberria jego podpisu nie wpłynęła na integralność podpisu na spornych dokumentach. W okolicznościach tej sprawy brak jest podstaw do kwestionowania procedury, którą zastosował Zamawiający dla weryfikacji spornych dokumentów, tym bardziej że Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 11.02.

2025 r. ani w toku rozprawy nie kwestionował możliwości dostępu do tych dokumentów z rejestrów. Nie kwestionował także wyniku ich weryfikacji podnosząc jedynie ten zarzut, co do formy tych dokumentów złożonych przy piśmie z dnia 27.12.2024 r.

Wobec tych ustaleń tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut w jego punkcie 2, naruszenia art. 128 ust.1 ustawy Pzp mając na uwadze sformułowane żądanie do nakazania wykonawcy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 3.4 SWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu z punktu 3 odwołania Izba zwraca uwagę, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp wnoszący odwołanie wykonawca odniósł do zaniechania wezwania wykonawcy PT Wanicki do zastąpienia podmiotu trzeciego - Irizar innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Ten zarzut i żądanie odniósł do złożonego zobowiązania przez podmiot **IRIZAR E-MOBILITY, S.L., Erribera industriagunea, 1, 20150 Aduna, Gipuzkoa, Spain** do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”.

Zgodnie ze wskazanym w zarzucie art. 122 ustawy Pzp: *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.*

Powyższa regulacja znajduje odzwierciedlenie w SWZ w cytowanym pkt 9 z rozdziału VI w związku z jego punktem 7. W punkcie 7 wskazano na okoliczności, które „Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w ust. 2 2 powyżej (z art. 108 ust. 1 pkt 1 - 6 ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7-10 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej oraz art. 5k ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014)”.

Żadna z tych okoliczności nie została przez Odwołującego wykazana. Odwołujący bowiem zarzut z punktu 2 (w odniesieniu do złożonych przez wykonawcę PT Wanicki podmiotowych środków dowodowych mających na celu potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. IRIZAR E-MOBILITY z postępowania, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp), odniósł do ich przedstawienia w niewłaściwej formie, co zdaniem wykonawcy MAN miało oznaczać, że PT Wanicki nie potwierdził, że wobec Irizar nie zachodzą przesłanki wykluczenia, co powinno skutkować wezwaniem tego podmiotu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub wykazania, że PT Wanicki samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Zarzut ten – jak wskazano – Izba uznała za niepodlegający uwzględnieniu. Tym samym nie może także podlegać uwzględnieniu zarzut z punktu 3) nawiązujący do okoliczności podnoszonych w ramach zarzut 2) odwołania.

Okoliczność niewłaściwej formy zobowiązania przez podmiot **IRIZAR** z uwagi na podpis złożony na tym dokumencie przez p. G.H., członka zarządu spółki niezgodnie z wymaganiami § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów

elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Rozporządzenie) nie jest okolicznością wymienioną w art. 122 powodującą obowiązek wezwania wykonawcy do zmiany podmiotu trzeciego na której oparty został zarzut z punktu 3) odwołania. Ponadto z przepisów tego Rozporządzenia, nie wynika, że okoliczność braku walidacji podpisu na tym zobowiązaniu z zastosowaniem polskich narzędzi do weryfikacji podpisu powoduje nieważność takiego dokumentu. W myśl tego przepisu: „*Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym*”. Ponadto na gruncie przepisów ustawy Pzp rygor nieważności dotyczy ściśle określonych dokumentów wymienionych w art. 63 ustawy Pzp. W myśl wskazanego art. 63 Pzp, w tym przypadku jego ust.1 z uwagi na wartość zamówienia przekraczającą progi unijne do tych dokumentów ustawa zalicza: ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, zastrzegając, że te dokumenty składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Przepis art. 125 ustawy Pzp z kolei dotyczy oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, które to dokumentu są dołączane do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawcy zgodnie z żądaniem swz. Warto także zauważyć, że Uczestnik PT Wanicki w piśmie procesowym wskazywał, że urządzenie stosowane przez firmę IRIZAR ma charakter kwalifikowany, a sam podpis spełnia wymagania eIDAS, jak i art. 40 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, czemu Odwołujący nie przedstawił argumentów przeciwnych.

Tym samym Izba mając na uwadze treść zarzutu z punktu 3) i ograniczenia wskazane art. 555 ustawy Pzp nie dokonywała oceny, czy przedłożony do odpowiedzi na odwołanie „*Raport weryfikacji podpisów elektronicznych - Wykonawca: PT Wanicki Sp. z o.o.; Postępowanie: Zakup autobusów o napędzie elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania dla MPK Spółka z o.o. w Nowym Sączu Zamawiający/Podmiot weryfikujący: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. w Nowym Sączu RAPORT WYGENEROWANO: 2024-12-12 10:56:27+01:00 - i podstawie SZAFIR SDK od Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A. dostawca usług zaufania*” potwierdził prawidłowość podpisu na tym zobowiązaniu. Izba zwraca tylko uwagę, że zgodnie z art. 64 ustawy Pzp: „*Zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57, 1123 i 1234), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu*”. Weryfikacja podpisu została dokonana – jak podał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający - przez system dostępny na www.platformazakupowa.pl - na podstawie udostępnionego w ww. systemie weryfikatora: SZAFIR SDK od Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A. dostawca usług zaufania -zgodnie z art. 3, pkt 19 eIDAS. W myśl tego przepisu eIDAS (Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE) (...) *dostawca usług zaufania oznacza osobę fizyczną lub prawną, która świadczy przynajmniej jedną usługę zaufania, jako kwalifikowany lub niekwalifikowany dostawca usług zaufania* (...). Izba nie dokonywała również oceny przedstawionej wersji spornego zobowiązania z podpisem p. G.H., który – jak oświadczał Uczestnik - jest walidowany przez polskie narzędzia jako podpis kwalifikowany. Ten dokument został złożony wraz z pismem procesowym z dnia 6.02.2025 r. i w pierwszej kolejności jego ocena jest kompetencją Zamawiającego.

Izba w konkluzji – mając na uwadze argumentację odwołania i zawarte w nim żądania - nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wystąpiły okoliczności uzasadniające żądanie zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniające zasoby innym podmiotem. Z tego też względu podnoszony w odwołaniu zarzut podniesiony w punkcie 3 odwołania, naruszenia art. 128 ust.1 ustawy Pzp w związku z jej art. 122, nie podlegał uwzględnieniu.

KIO także za nie podlegający uwzględnieniu uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który Odwołujący odniósł do zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez PT Wanicki nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe informacje są zawarte w załącznikach złożonych przez wykonawcę PT Wanicki wraz z ofertą, a mianowicie: a) Załącznik Nr 8 do SWZ – (dane techniczne wskazane w parametrze technicznym T1); b) EC TYPE VEHICLE -10.62M; c) EC TYPE VEHICLE -10.62M_PL; d) E-SORT; e) R107 f) R107_PL; g) R118_ES R118_PL; i) Autonomy Declaration.

Izba w pierwszej kolejności zgodziła się z Zamawiającym, że informacje, które zastrzegł wykonawca PT Wanicki należy obiektywnie uznać za mające wartość gospodarczą w kontekście ich przydatności i użyteczności wobec konkurencji działającej w segmencie rynku autobusów elektrycznych. Izba ponadto zwraca uwagę, że w piśmie z 11.12.2024 r. wykonawca w punkcie II.2 wskazuje na wartość gospodarczą danych oraz cenne źródło wiedzy technicznej nie tylko dla wykonawcy ale i producenta pojazdów podkreślając, że jej udostępnienie może wpłynąć negatywnie na pozycję rynkową zarówno wykonawcy jak i producenta. Także w tym piśmie – w punkcie IV.5. zaznaczono, że: „Wykonawca jest z kolei zobowiązany zachować ww. informacje w poufności wobec swojego partnera handlowego i producenta autobusów Irizar E-mobility S.L.”. Także wykonawca w punkcie V. wskazał na działania podjęte w celu utrzymania informacji w poufności. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący również objął tajemnicą przedsiębiorstwa szereg dokumentów: Homologacja typu WE pojazdów silnikowych; homologację palności; oświadczenie o spełnieniu wymogów regulaminu 107EKG ONZ; Sprawozdanie z badań E - S O R T - Pomiar zużycia energii; Załącznik 6a do SWZ; oraz część Załącznika 8 do SWZ- część zastrzeżona formularza ofertowego. Zamawiający dokonując oceny zastrzeżonych dokumentów przez obu wykonawców przede wszystkim – jak podał w odpowiedzi na odwołanie - miał na uwadze, że w tym przypadku mamy do czynienia z indywidualnym pojazdem elektrycznym przedstawionym w ofercie oraz, że oferowany autobus w tej kategorii jest po raz pierwszy oferowany w Polsce. Także uwzględnił, że wykonawca PT Wanicki, nie jest producentem autobusów, ale jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, który korzysta z zasobów IRIZAR E-MOBILITY, S.L. przy realizacji umowy z Zamawiającym jako producenta oferowanych autobusów oraz podmiotu posiadającego doświadczenie w ich obsłudze technicznej, w tym w dostawie akcesoriów, m.in. ładowarek, wykorzystanie wiedzy i doświadczenia, dokumentacji technicznej, homologacji, certyfikatów, potencjału ludzkiego w celu prawidłowego przygotowania oferty i realizacji zamówienia oraz, że ten podmiot został również wskazany jako podwykonawca. W realiach tej sprawy nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że zastrzeżone informacje pochodzące od partnera handlowego i producenta autobusów Irizar E-mobility S.L., nie stanowią wartości gospodarczej także wykonawcy PT Wanicki. Wiedza jaką pozyskał stanowi jego know-how pozyskane od podwykonawcy w celu wykonania przedmiotu zamówienia w danych realiach przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Uczestnika, że dla oceny wartości gospodarczej informacji nie ma znaczenia, czy zastrzegane dokumenty oryginalnie (pierwotnie) stanowią tajemnicę spółki Irizar jako producenta autobusów, czy też wyłącznie własną tajemnicę wykonawcy PT Wanicki jako dealera tej marki. Nawet jeśli tajemnica ta wywodzi się od producenta pojazdów, to również ich dystrybutor zobowiązany jest do ochrony tych informacji. W ramach postępowania dowodowego w toku rozprawy Uczestnik wykazał, że również IRIZARE-MOBILITY S.L., biorąc udział w przetargach bezpośrednio jako wykonawca, zastrzega ww. dokumenty oraz dokumenty tego typu w których dokumenty te są wymagane, jako tajemnicę przedsiębiorstwa (w tych przetargach, przez zamawiających). Reasumując Izba uznała, że wykonawca wykazał, że dokumenty i zawarte w nich informacje przekazane wykonawcy PT Wanicki przez IRIZAR E-MOBILITY S.L., wymagają od wykonawcy zachowania w poufności tych dokumentów, a tym samym także wykonawcy dotyczą poszczególne aspekty zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które odnoszą się do firmy Irizar, w tym wartość gospodarcza tych informacji.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 16 pkt 3) ustawy Pzp albowiem zdaniem Izby te ustalenia nie potwierdziły naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w kontekście podniesionych w odwołaniu zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....