



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ4.440.117.2024.IC-G

dot. KU/113/24/DKZP

Warszawa, dnia 17.01.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Katowice Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 59 40-085 Katowice
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	Dostawa 30 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich, niskopodłogowych o napędzie elektrycznym dla PKM Katowice Sp. z o.o.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	02.08.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2024/S 151 - 470560
Wartość zamówienia:	108 000 000,00 zł (co stanowi 23 290 418,58 euro)
Środki UE:	Program: 6.2. „Zeroemisyjny transport Zielony transport publiczny”
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe udzielane w trybie przetargu nieograniczonego w związku z art. 376 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawców Busnex Poland Sp. z o.o. oraz Solaris Bus & Coach Sp. z o. o. informacji zawartych w dokumentach: Ocena właściwości techniczno-eksploatacyjnych, Rysunek wymiary autobusu, Rysunek wnętrze autobusu, Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej i Rysunek zewnętrzny, jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia ww. informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawców o powyższym,
2. art. 56 ust. 6 ustawy Pzp poprzez złożenie oświadczeń, o których mowa w art. 56 ust. 3 ustawy Pzp przez osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania po rozpoczęciu wykonywania czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia,
3. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 2 i 3 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 poprzez brak wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, do złożenia Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 15.10.2024 r. oraz Załącznika nr 1 do Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez przedstawiciela wykonawcy,
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.08.2024 r. pod nr 2024/S 151-470560, które nie zawiera informacji na temat warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, określonego w SWZ w celu ujednolicenia treści ogłoszenia o zamówienia z treścią postanowień SWZ,

5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku publikacji sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w celu ujednolicenia treść ogłoszenia o zamówieniu z treścią postanowień SWZ w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu,
6. art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp poprzez brak wskazania, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w treści SWZ dokumentu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w odniesieniu do wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej w postępowaniu oferty złożyli m.in.

wykonawcy: Busnex Poland Sp. z o.o. oraz Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., którzy powołując się na art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastrzeżli część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o.

Wykonawca Busnex Poland Sp. z o.o. w pkt 1 dokumentu „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, złożonego wraz z ofertą, wskazał: „Zastrzegamy, iż informacje techniczne dotyczące parametrów, konstrukcji i wyposażenia oferowanych pojazdów zawarte w plikach/dokumentach:

- *Zastrzeżono tajemnica przedsiębiorstwa_Ocena właściwości techniczno – eksploatacyjnych”,*
 - *Zastrzeżono tajemnica przedsiębiorstwa_Opis techniczny oferowanych autobusów,*
 - *Zastrzeżono tajemnica przedsiębiorstwa_Rysunek wymiary autobusu,*
 - *Zastrzeżono tajemnica przedsiębiorstwa_Rysunek wnętrza autobusu,*
- stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Busnex Poland Sp. z o.o. i podlegają ochronie oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim. (...)”.

W przedmiocie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca powołuje się na treść art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przekazanym dokumencie wykonawca ogólnie odnosi się do przesłanek, których wykazanie zaistnienia jest niezbędne dla ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, bez przedstawienia szczegółowego charakteru zastrzeżonych informacji w odniesieniu do poszczególnych dokumentów wymienionych w ww. piśmie dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wyjaśnia m.in., iż *„Przedmiot Postępowania obejmuje zaawansowane technicznie elektryczne pojazdy autobusowe, których parametry i wyposażenie skonfigurowane na potrzeby przedmiotowego przetargu stanowią zbiór danych o charakterze technicznym, które mają znaczenie handlowe (m.in. przekładające się na możliwość przygotowywania i skutecznego składania ofert w przyszłych przetargach) oraz mogą zostać zakwalifikowane jako informacje posiadające wartość gospodarczą. Ponadto informacje te rozpatrywane jako całość, tj. w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”*. Dalej wykonawca wskazuje, że *„(...) szczególnie istotne dla Wykonawcy i zasługujące na szczególną ochronę, są przede wszystkim dane techniczne odnoszące się do zastosowanego zestawienia parametrów pojazdów i stosowanego wyposażenia, a także szczegółowe dane na temat konstrukcji pojazdów*.

Możliwość zapoznania się z tego typu danymi, i w tym szczególnym zestawieniu, dałoby konkurentom Wykonawcy szansę na ocenę możliwości Wykonawcy w tym zakresie i odpowiednie dostosowanie ich oferty, co obniżyłoby pozycję konkurencyjną Wykonawcy w danym segmencie rynku.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości komercyjne znaczenie i waga zastrzeganych informacji, ich techniczny charakter (dotyczący szczegółowego opisu pojazdu i zestawienia rozwiązań parametrowo-konstrukcyjnych na potrzeby danego przetargu), a także ich wartość gospodarcza. Wartość tak, jakkolwiek niemożliwa do konkretnego skwantyfikowania, jest z pewnością niezerowa – notoryjna jest możliwość powstania opisywanych wyżej szkód i strat związanych z utrudnieniami w skutecznym przygotowywaniu i składaniu ofert na konkurencyjnym rynku dostaw zaawansowanych technicznie pojazdów autobusowych. Innymi słowy, ww. wartość, na tym etapie sprowadza się do ochrony informacji na temat własnych produktów”.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o.

Drugi z wykonawców uczestniczących w postępowaniu - Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., w dokumencie „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”, złożonym wraz z ofertą, zastrzegł informacje zawarte w załącznikach również złożonych wraz z ofertą, tj.:

- a) Załącznik nr 2 do formularza ofertowego, tj. Opis techniczny ofertowanych autobusów,
- b) Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej,
- c) Rysunek zewnętrzny,
- d) Załączniki do niniejszego pisma, tj. 6 dowodów przedstawionych na podjęcie działań w celu utrzymania informacji o poufności:

Dowód 1 - regulamin pracy w brzmieniu nadanym uchwałą zarządu Solaris Bus & Coach S.A. z dnia 29.01.2019 r.,

Dowód 2 - załącznik nr 7 do regulaminu pracy – regulamin monitoringu wizyjnego i elektronicznego,

Dowód 3 - procedura XII-00-00, edycja 8 z dnia 22.05.2019 „Karta Procesu - IT i bezpieczeństwo informacji”,

Dowód 4 - procedura nr XII-01-00, edycja 1 z dnia 17.11.2009 „Administrowanie systemem informatycznym”,

Dowód 5 - procedura nr XII-02-00, edycja 3 z dnia 3.09.2015, „Użytkowanie systemów i sprzętu teleinformatycznego w Solaris”,

Dowód 6 - wzór porozumienia o zachowaniu poufności.

W części II uzasadnienia wykonawca przedstawił m. in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji odnosząc się do każdego z zastrzeżonych dokumentów wymienionych w ww. pkt a) – c) a także wykazując wartość gospodarczą, poufność oraz działania podjęte w celu utrzymania informacji w poufności. Zgodnie z wyjaśnieniami:

- a) w zakresie Załącznika nr 2 do formularza ofertowego wskazano m.in., iż *„Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala Wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich i nie tylko. Powyższe informacje zawarte w wymienionych załącznikach stanowią odzwierciedlenie osiągnięć i parametrów zaoferowanych pojazdów, zapewniając istotne informacje o ich funkcjonowaniu, stanowią zasób wiedzy technicznej i know-how a co za tym idzie zasługują na daleko idącą ochronę.*

Wiedza na temat osiągnięć i parametrów zaoferowanych pojazdów (rodzaj zastosowanych materiałów nadwozia i poszycia, rodzaj zastosowanej osi przedniej) jest istotną informacją techniczną (szczególnie dla konkurencji) o budowie i funkcjonowaniu całych pojazdów marki Solaris. Wyżej wymienione informacje zasługują na daleko idącą ochronę jako informacje stanowiące również wartość gospodarczą.

Wartość gospodarcza ww. informacji przejawia się zatem w tym, że wiedza o nich powzięta przez konkurentów oddziaływać będzie w sposób negatywny na pozycję rynkową Wykonawcy, znacznie ją osłabiając. Umożliwienie konkurentom poznania strategii ofertowej Wykonawcy, nie pozwoli na efektywne konkutowanie w procedurach publicznych, a co za tym idzie zdobywanie kontraktów. Dla większości firm, informacja o sposobie kalkulowania ofert jest jednym z najcenniejszych składników know-how”.

- b) Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej – „(...) pokazuje rozmieszczenia siedzeń w autobusie i układ przestrzeni pasażerskiej w tym, rozmieszczenie zatoki oraz liczbę miejsc dostępnych z niskiej podłogi, a także całkowitą liczbę siedzeń. Na przekroju rozmieszczenia siedzeń widać sposób zabudowania podłogi i podestów. Powyższe dane pokazują jakie rozwiązania techniczne stosowane są przez Wykonawcę, bazują na analizach wykonanych w oparciu o gromadzone latami know-how Wykonawcy.

Z rozkładu siedzeń można odczytać rozmieszczenie siedzeń dostępnych z niskiej podłogi w autobusie, czy znajdują się np. przed drugą osią czy też za nią.

Co ważne, Wykonawca optymalizuje poszczególne parametry, w celu zaprojektowania pojazdu, który spełniając niepowtarzalne wymagania SWZ oraz kryteria oceny ofert, umożliwia wygraną w danym, konkretnym postępowaniu.

Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, powoduje możliwość zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy”;

- c) Rysunek zewnętrzny – „Na rysunku zewnętrznym zawarte jest rozmieszczenie okien i szyb otwieranych w autobusie, które będzie jawne po wyprodukowaniu pojazdu, jednakże na etapie toczącego się postępowania przetargowego ważne jest dla Wykonawcy zachowanie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rysunek zewnętrzny zawiera również informacje o wymiarach rozstawu osi a także o rozmieszczeniu okien otwieranych w pojeździe.

Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala Wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów z napędem elektrycznym. Pełni także rolę strategiczną - umożliwiając zdobycie przewagi konkurencyjnej nie tylko w toczącym się postępowaniu, a także w podobnych postępowaniach toczących się równolegle lub w przyszłości.

Rysunek techniczny przedstawiający wymiary zewnętrzne jest źródłem pokazującym jakie rozwiązania są oferowane przez Wykonawcę. Ujawnienie informacji dotyczących danych technicznych oferowanego pojazdu umożliwiłoby pozostałym oferentom na modyfikację ofert w przyszłych postępowaniach, w celu osłabienia pozycji Wykonawcy. W konsekwencji utajnienie ww. danych na etapie toczącego, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania przetargowego, jest kluczowe dla zachowania konkurencyjności oferty w innych przyszłych postępowaniach przetargowych. (...)

Wykonawca wyjaśnił również wartość gospodarczą zastrzeganych informacji oraz wskazał działania podjęte w celu zachowania poufności informacji.

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 30.12.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie, czy badano skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. informacji zawartych w ww. dokumentach, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności w dokumencie pn. „Ocena właściwości techniczno – eksploatacyjnych”, stanowiącym Załącznik nr 1 do formularza ofertowego. W przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wykonawca w sposób prawidłowy zastrzegł ww. dokument.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, zamawiający w piśmie z dnia 03.01.2025 r., wyjaśnił, iż „w wyniku przeprowadzonego badania informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. uznał, że mają one charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które zostały skutecznie zastrzeżone, zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp. W zakresie zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ważne jest aby argumenty zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie były ogólne i powoływały się na cechy przynależne wszystkim Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a więc miały

charakter wartości gospodarczej dla danego wykonawcy. W niniejszej sprawie wykonawca BUSNEX, działając na podstawie art. 18 ust. 3 PZP skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa danych objętych: „Oceną właściwości techniczno – eksploatacyjnych”, „Opisu technicznego oferowanych autobusów”, „Rysunku wymiary autobusu” czy „Rysunku wnętrza autobusu”. Na podstawie wnikliwej oceny argumentacji zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy Zamawiający stwierdził, iż powyższe dane, ze względu na ich treść i znaczenie w niniejszym zamówieniu polegającym na dostawie autobusów, pozwalają na obiektywną pozytywną ocenę prawidłowości postulowanej ochrony danych indywidualnych Wykonawcy. Dla przykładu dane objęte załącznikiem nr 1 – ocena właściwości techniczno – eksploatacyjnych wykazują cechy wyodrębnionych rozwiązań dostosowanych do potrzeb Zamawiającego, które służą do opracowania strategii cenowej. Dostawy autobusów są dostawami specjalistycznymi i specyficznymi ze względu na indywidualne oczekiwania Zamawiających. Każdy autobus oferowany w przetargu publicznym zawiera ze względu na specyficzne oczekiwania Zamawiającego inne rozwiązania. Ujawnienie danych zawartych w powoływanym załączniku nr 1 spowodowałoby, że zainteresowane podmioty konkurencyjne (producenci autobusów) powzięłyby informację na temat parametrów służących do odtworzenia schematu działania Wykonawcy (zastosowanych kryteriów) i wykorzystania go w innych postępowaniach, co naraziłoby Wykonawcę na realną szkodę. Parametry zawarte m.in. w ww. załączniku stanowią istotną informację techniczną, organizacyjną i handlową, która nie jest ogólnie dostępna. Ponadto ze względu na dynamiczny rozwój technologii w budowie autobusów elektrycznych, wprowadzaniu nowych zaawansowanych rozwiązań technicznych pozwalających na zwiększenie zasięgu autobusu i poprawie bezpieczeństwa jazdy, producenci zastrzegają prawo ujawniania tychże rozwiązań. Zamawiający informuje, że producenci autobusów, jak MAN TRUCK & BUS POLSKA Sp. z o.o. czy VOLVO BUS CORPORATION ww. załącznik nr 1 do SWZ zastrzegają jako tajemnicę przedsiębiorstwa w prowadzonych przez Zamawiającego innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne,

a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako: „ustawa Znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania.

Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, jak i zasada równego traktowania wykonawców wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując pełną wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk *„Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”*. Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać zatem spełniona przesłanka formalna i materialna.

Pierwsza z przesłanek, formalna, jest spełniona, gdy zostanie wykazane, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo

przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny, musi on jeszcze podjąć konkretne działania w celu ochrony poufności. Zrealizowanie tych działań musi zostać poparte dowodami przekazanymi wraz z wyjaśnieniami wykonawcy.

Przesłanka materialna to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, tj. dotyczą kwestii, które obiektywnie mogłyby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.

Wykonawca winien wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkody. Wykonawca winien wykazać związek przyczynowo - skutkowy między ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Określenie konkretnych informacji oraz ciężar dowodu wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy i to nie później niż z dniem składania ofert.

Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Brak któregośkolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. należy zauważyć, iż zastrzeżony dokument w postaci Załącznika nr 1 do formularza oferty, stanowi wypełniony formularz/wzór sporządzony przez zamawiającego. Wymagał on jedynie wpisania znaku „X” we właściwą kratkę formularza, w celu wskazania oferowanych parametrów, wymienionych przez

zamawiającego, stanowiących opis przedmiotu zamówienia. Dane te nie pochodziły od wykonawcy i nie stanowiły jego unikalnego know-how. Były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, dlatego samo potwierdzenie ich spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, które mogłoby spowodować szkodę dla wykonawcy. Wykonawca w przekazanym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do wskazanego dokumentu, przedstawiając ogólne uzasadnienie, z którego nie sposób wywieść wystarczające przesłanki do uznania zastrzeżenia powyższego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie natomiast zastrzeżonych rysunków: Rysunek wymiary autobusu, Rysunek wnętrza autobusu wykonawca nie wykazał w czym należy upatrywać ich wartości gospodarczej, nie przedstawił w tym zakresie żadnego wyводу, który by to uzasadniał, ograniczając się do ogólnikowych deklaracji.

Natomiast odnosząc się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o. o. należy zauważyć, że zastrzeżone dokumenty w postaci:

1. Rysunku rozplanowania przestrzeni pasażerskiej – wykonawca przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia dokumentu zawierającego Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej, w którym nie wykazał, aby rozkład siedzeń i powierzchnia niskiej podłogi w pojazdach zamawianych w przedmiotowym postępowaniu była odmienna w stosunku do standardowych parametrów modelu Urbino 18 electric. Model ten obecny jest na rynku od kilku lat, zatem rozkład siedzeń i powierzchnia niskiej podłogi są powszechnie znane. Opis przedmiotu zamówienia nie daje podstaw do przyjęcia, aby zamawiane pojazdy cechowały się znaczącymi odmiennościami od standardowych modeli elektrycznych autobusów 18-metrowych. Wobec tego, nie sposób wywieść z uzasadnienia wykonawcy wystarczających przesłanek do uznania zastrzeżenia powyższych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Rysunku zewnętrznego - należy zauważyć, że zastrzeżony Rysunek zewnętrzny zawiera podstawowe wymiary oferowanego modelu pojazdu. Dane te są powszechnie dostępne w Internecie i publikowane nawet przez samego wykonawcę na jego stronie internetowej. Wykonawca podaje te informacje we wspomnianym wyżej katalogu pt.: *NAPĘDY ZEROemisyjne Katalog produktowy 2023*, zawierającym rysunek tego modelu z podanymi wymiarami. Wykonawca opublikował również na swojej stronie dokument *Dane techniczne – Solaris Urbino 18 electric* zawierający m. in. wymiary pojazdu. Podstawowe dane techniczne seryjnego modelu Solaris

Urbino 18 electric nie są zatem tajemnicą – wiedza o nich jest powszechnie dostępna. Na wspomnianym wyżej portalu pl.wikipedia.org pod hasłem Solaris Urbino 18 electric zawarta jest obszerna specyfikacja tego pojazdu, zawierająca również wymiary tego modelu. Zastrzeżenie zatem takiej informacji jest bezpodstawne.

Ponadto analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części ofert złożonych przez wykonawców: Busnex Poland Sp. z o.o. oraz Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. w przypadku wykonawcy Busnex Poland Sp. z o.o. również dokumentu zawierającego parametry techniczne podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert opisanych w rozdziale XVIII SWZ – „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, pkt 5, tj. „T – ocena właściwości techniczno-eksploatacyjnych” prowadzi do wniosku, że w uzasadnieniu nie zawarto informacji i materiałów potwierdzających, że ww. zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. W odniesieniu do powyższych ustaleń podkreślenia wymaga, iż w orzecznictwie ukształtował się jednolity pogląd, zgodnie z którym wykonawcy patologicznie nadużywają możliwości nie podawania do publicznej wiadomości informacji dotyczących przedsiębiorstwa zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, co czynią ze skutkiem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego.

Przykładowo, na ten problem zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.12.2017 r. (sygn. akt. KIO 2421/17), zachowującym aktualność w przedmiotowym postępowaniu, w którym podniesiono kwestię dopuszczalności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie parametrów technicznych podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie m.in. zużycia energii elektrycznej wskazując, że nie bez przyczyny wykonawcy również utajniają ten zakres informacji (np. wielkość zużycia energii wg testu SORT 2) z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa (stanowiącą dodatkowo ich przewagę konkurencyjną). Faktyczna ich motywacja w takich działaniach jest jednak często nakierowana nie tyle na ochronę interesów, ile na utrudnieniu konkurencji możliwości wglądu w treść oferty. KIO przedstawiła również stanowisko, zgodnie z którym nie ma – co do zasady – przeszkód, aby niedopuszczalne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji stanowiących jednocześnie podstawę oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Informacje takie, o ile spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy Znk, zasługują na

ochronę prawną i utajnienie. Izba podkreśliła jednak, że „wykonawcy mają prawo znać parametry techniczne (osiągane wyniki), które decydują o tym że oferta ich konkurenta jest lepiej oceniona od ich oferty”, dokonując przy tym trafnego i zarazem obrazowego porównania do sportu: „To tak jakby, przekładając to na dziedzinę sportu, należało utajniać osiągnięte wyniki mistrzów w poszczególnych dziedzinach sportu, ponieważ konkurencja będzie starała się osiągnąć ten wynik czy też jeszcze lepszy wynik”. Z powyższego wynika, że samo powołanie się przy utajnianiu informacji stanowiących jednocześnie kryterium oceny ofert na „przewagę konkurencyjną osiąganą dzięki tym parametrom” może okazać się niewystarczające. Kluczowe przy zachowaniu tajności takich informacji może okazać się wykazanie przez wykonawcę szerszego kontekstu funkcjonowania tych informacji, co nie nastąpiło w przypadku uzasadnienia wykonawcy i argumentacji. Przywołując przytoczony powyżej przykład z dziedziny sportu, nie mogą stanowić uzasadnionej tajemnicy przedsiębiorcy osiągnięte wyniki, w tym przypadku zużycia energii elektrycznej.

Kolejnym przykładem jest wyrok KIO (sygn. akt KIO/KU 39/18) z dnia 30.10.2018 r. gdzie również wykonawca zastrzegł jako tajemnicę wynik zużycia paliwa wg testu SORT - 2 w oferowanym autobusie niskopodłogowym. Izba uznała, że powyższe informacje są istotne i równocześnie podstawowe dla oceny, czy zaoferowane autobusy odpowiadają wymogom zamawiającego. Zastrzeżenie przez wykonawcę w szczególności tego rodzaju informacji jako poufne nie może mieć jedynie na celu uniemożliwienia potencjalnym konkurentom weryfikacji, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym, zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawców Busnex Poland Sp. z o.o. oraz Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. informacji zawartych odpowiednio w dokumentach:

- Ocena właściwości techniczno-eksploatacyjnych, Rysunek wymiary autobusu, Rysunek wnętrza autobusu,

- Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej i Rysunek zewnętrzny,

jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia ww. informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawców o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania przekazanej do kontroli uprzedniej, osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymienione w pkt 5 protokołu postępowania (druk ZP-PN), tj. kierownik zamawiającego, komisja przetargowa i inna osoba wykonująca czynności związane z przeprowadzeniem postępowania złożyły oświadczenia o braku istnienia okoliczności wymienionych w art. 56 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w dniu 19.09.2024 r.

W toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 27.11.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych, mając na uwadze treść art. 56 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie dat rozpoczęcia wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania przez osoby wymienione w pkt 5 protokołu postępowania.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 02.12.2024 r., zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści: *„Zarząd Spółki Uchwałą nr 23/2024 z dnia 29.07.2024 r. powołał Komisję Przetargową. Pierwszym posiedzeniem Komisji był dzień 02.08.2024 r., co należy uznać za początek wykonywania czynności związanych z przeprowadzonym postępowaniem. Na podstawie złożonych oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stwierdza się, że nie uczestniczyły osoby podlegające wyłączeniu na podstawie art. 56 ustawy Pzp”.*

W związku z brakiem udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na prośbę o wskazanie dat rozpoczęcia wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania przez osoby wymienione w pkt 5 protokołu postępowania (druk ZP-PN) przekazaną pismem z dnia 13.12.2024 r. oraz wyjaśnieniami zamawiającego udzielonymi w piśmie z dnia 02.12.2024 r. w odniesieniu jedynie do członków komisji przetargowej, ponownie poproszono o wskazanie dat rozpoczęcia wykonywania czynności w postępowaniu przez pozostałe osoby wymienione w pkt 5 protokołu postępowania, tj. kierownika zamawiającego oraz inną osobę wykonującą czynności związane z przeprowadzeniem postępowania.

W piśmie z dnia 16.12.2024 r. zamawiający złożył następujące wyjaśnienia: „Zamawiający informuje, iż uchwała Zarządu nr 23/2024 z dnia 29.07.2024 r. nie dotyczy wyłącznie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a powołuje komisję przetargową jako stały organ Zamawiającego do przeprowadzenia także innych zamówień. Rozpoczęcie czynności w postępowaniu objętym kontrolą, nastąpiło 02.08.2024 r. przez akceptację Kierownika Zamawiającego na wniosku komisji przetargowej, ujawnionego na piśmie z dnia 02.08.2024 r. W dacie tej również inna osoba wykonująca czynności złożyła stosowny podpis na dokumentach zaakceptowanych przez Kierownika Zamawiającego. Dodatkowo osoby ww. wskazane złożyły oświadczenia w wymaganej prawem formie w dniu 19.09.2024 r. Na podstawie złożonych oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stwierdza się, że nie uczestniczyły osoby podlegające wyłączeniu na podstawie art. 56 ustawy Pzp”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zgodnie z art. 56 ust. 3 ustawy Pzp kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228-230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 i 1517), o ile nie nastąpiło zatarcie skazania. Ponadto, zgodnie z art. 56 ust. 4 ustawy Pzp ww. osoby składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których w ust. 3, o którym mowa powyżej. Zgodnie natomiast z ust. 6, ww. przepisu, oświadczenie składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy zauważyć, iż ww. osoby, wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, złożyły pisemne oświadczenia o braku istnienia okoliczności z art. 56 ust. 3 ustawy Pzp, po rozpoczęciu wykonywania czynności związanych z przeprowadzaniem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia

w dniu 02.08.2024 r., co wynika zarówno z wyjaśnień zamawiającego jak i z przekazanej dokumentacji postępowania.

Dokonanie ww. czynności po terminie określonym przepisami prawa, stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 56 ust. 6 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż zgodnie z treścią pkt VII SWZ – „Warunki udziału w postępowaniu”, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać się wykonawcy, wobec których nie zachodzą podstawy wykluczenia do udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt VI SWZ oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W tym zakresie wykonawca zobowiązany był wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczeniową równą co najmniej 5 000 000,00 zł.

W pkt VIII SWZ – „Wykaz podmiotowych środków dowodowych”, ppkt 10) wskazano, iż zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia równą co najmniej: 5 000 000,00 zł. Pismem z dnia 10.10.2024 r. zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia równej co najmniej 5 000 000,00 zł. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 18.10.2024 r., wykonawca przedłożył Polisę nr 913600088727 - Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, zawartą w dniu 15.10.2024 r. na okres ubezpieczenia od 16.10.2024 r. godz. 00.00 do 15.10.2025 r. godz. 23.59, która stanowi kontynuację Polisy nr 913600045477 oraz Załącznik nr 1 do Polisy ubezpieczenia

odpowiedzialności cywilnej. Oba dokumenty przekazane zostały w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem.

Zgodnie z § 6 ust. 2 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452), dalej jako „rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji”, 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, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Ponadto zgodnie z § 6 ust. 3 rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania, przez które należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiającą zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału, z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą.

Również zamawiający w pkt VIII SWZ w części dotyczącej formy złożenia środków dowodowych i dokumentów, w pkt 19 zapisał, iż „*W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym*”.

W związku z powyższym w dniu 13.12.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający wezwał wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. do uzupełnienia Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 15.10.2024 r. oraz Załącznika nr 1 do Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przekazanych w postaci papierowej o dokument złożony zgodnie z wymogiem zawartym w treści SWZ.

W piśmie z dnia 16.12.2024 r., przekazanym w odpowiedzi m.in. na powyższe wezwanie, zamawiający nie odniósł się do powyższego zapytania wyjaśniając: *„Zamawiający informuje, iż wezwaniem z dnia 10.10.2024 r. zobowiązał Wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy, z terminem do dnia 20.10.2024 r. W odpowiedzi Wykonawca, w dniu 18.10.2024 r. przedłożył aktualną na dzień złożenia Polisę głównego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nr 9136000088727 z okresem ubezpieczenia od 16.10.2024 r. do 15.10.2025 r. na sumę gwarancyjną 57.000.000,00 zł. Dokument ten jednoznacznie wskazuje na nowy zakres ochrony ubezpieczeniowej, o czym świadczy m.in. okres ochrony i data podpisu pod umową. W tym aspekcie użycie na dokumencie słowa „kontynuacja” należy traktować jako wyraz trwającej wieloletniej współpracy, efektem czego jest zawarcie kolejnej umowy na kolejny okres ubezpieczenia. Zatem przedłożony dokument należy uznać za prawidłowy, dokumentujący spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dt. sytuacji ekonomicznej lub finansowej o których mowa w pkt VII.1. pkt 3) SWZ.”*

Pismem z dnia 30.12.2024 r. w nawiązaniu do ww. pytania zawartego w piśmie z dnia 13.12.2024 r. o treści: „czy Zamawiający wezwał wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. do uzupełnienia Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 15.10.2024 r. oraz Załącznika nr 1 do Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przekazanych w postaci papierowej i nie opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z zapisem zawartym w pkt VIII SWZ w części dotyczącej formy złożenia środków dowodowych i dokumentów (...)” oraz braku odpowiedzi na powyższe pytanie, ponownie zwrócono się z prośbą o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie.

W piśmie z dnia 03.01.2024 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:
„Zamawiający zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia równą co najmniej: 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych i 00/100). Złożony przez Busnex Poland Sp. z o.o. dokument potwierdza spełnienie przez Wykonawcę warunku określonego w SWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Polisa wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Asekuracji Warta S.A. została podpisana przez osobę upoważnioną a jego forma i treść nie wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości. Wobec powyższego Zamawiający nie dokonywał wezwania Wykonawcy do uzupełnienia ważnej polisy o podpis kwalifikowany”.

Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy Busnex Poland Sp. z o.o., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 15.10.2024 r. oraz Załącznika nr 1 do Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez przedstawiciela wykonawcy.

Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 2 i 3 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.

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaleca Zamawiającemu w celu usunięcia stwierdzonego naruszenia wezwanie wykonawcy Busnex Poland Sp. z o.o., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia równą co najmniej: 5 000 000,00 zł, złożonych w postaci elektronicznej i podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę zgodnie z wymogiem zawartym w pkt VIII SWZ, ppkt 19.

4. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania zamawiający w pkt VII SWZ – „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 1 wskazał, iż *„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, wobec których nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt VI SWZ oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczące:*

- 1) *Zdolności do występowania w obrocie gospodarczym:*

W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania.”

Jednocześnie należy zauważyć, że zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu powyższego warunku, podobnie jak nie wskazał dokumentu wymaganego w celu potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku.

W wyjaśnieniach z dnia 16.12.2024 r., przekazanych w odpowiedzi na prośbę Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych z 13.12.2024 r. o wyjaśnienie, czy dokonano zmiany ogłoszenia o zamówieniu we wskazanym zakresie ewentualnie, czy podjęto inne kroki mające na celu ujednolicenie zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający wskazuje, iż w Ogłoszeniu o zamówieniu zawarto ogólną informację w pkt 2.1.4 [Informacje ogólne], pkt 3, gdzie pouczono wykonawcę, że wszystkie wymagane dokumenty i ich formy wskazano w SWZ. Nie dokonano zmiany Ogłoszenia, a Zamawiający podjął niezbędne*

czynności mające na celu ujednolicenie zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie należy wskazać, iż platforma umożliwiająca publikację ogłoszenia o zamówieniu jest stosunkowo nową platformą, na której występuje nie tylko liczne problemy techniczne, co również ograniczona jest możliwość wprowadzenia wszystkich oczekiwanych danych.”

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami SWZ a treścią ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania postępowania.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje zamawiającemu uprawnienie do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu może wynikać m.in. z błędów, w tym niezgodności zapisów zawartych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien dokonać sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.08.2024 r. pod nr 2024/S 151-470560, poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu, obok warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, również warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, tj. wszystkich określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający powinien ujednolicić treść ogłoszenia o zamówienia z treścią postanowień SWZ. Zaniechanie obowiązku sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. W pkt 2.1.6 ogłoszenia o zamówieniu – „Podstawy wykluczenia” wskazano, że *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: art. 109 ust. 1 pkt 9 - który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.*

Ponieważ powyższa podstawa wykluczenia z udziału w postępowaniu nie została wskazana w treści SWZ, pismem z dnia 13.12.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych poprosił zamawiającego o wyjaśnienie, czy i jakie działania Zamawiający podjął w celu ujednolicenia informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i w treści SWZ, oraz czy wykonawcy byli weryfikowani pod kątem wskazanej podstawy wykluczenia.

W wyjaśnieniach przekazanych w dniu 16.12.2024 r. zamawiający wyjaśnił: *„Zamawiający informuje, iż dokument SWZ spełnia wymagania określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 7) oraz ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 378 ust. 1 PZP, tj. zawiera katalog obowiązkowych podstaw wykluczenia wymienionych w art. 108 PZP (z uwzględnieniem art. 393 ust. 4 PZP), jak również podstaw fakultatywnych, wskazanych art. 109 ust. 1 pkt 1) i 4) PZP. Katalog ten nie zawiera podstawy wykluczenia określonej art. 109 ust. 1 pkt 9 PZP, która nie była formułowana wobec Wykonawców. Zamawiający informuje, iż umieszczenie w ogłoszeniu należy traktować jako omyłkę pisarską. Jednocześnie należy wskazać, iż platforma umożliwiająca publikację ogłoszenia o zamówieniu jest stosunkową nową platformą, na której występuje nie tylko liczne problemy techniczne, co również ograniczona jest możliwość wprowadzenia wszystkich oczekiwanych danych”.*

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że od początku trwania postępowania pomiędzy zapisami treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ istniała niezgodność w ww. zakresie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Europejskiej sprostowanie, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający powinien dokonać sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.08.2024 r. pod nr 2024/S 151-470560, w powyższym zakresie w celu ujednolicenia treści ogłoszenia o zamówieniu z treścią postanowień SWZ. Zaniechanie obowiązku publikacji sprostowania ogłoszenia o zamówieniu we wskazanym zakresie, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Zgodnie z informacją zawartą w pkt VIII SWZ – „Wykaz podmiotowych środków dowodowych”, ppkt 11.3 „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

1) (...),

2) (...),

3) informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust.

2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

(w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenie składa każdy z podmiotów), (...).”

Natomiast w pkt 12 dotyczącym wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wskazano, iż „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

12.1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w ust. 11 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w ust. 11 pkt 1;

12.2. zaświadczenia, o którym mowa w ust. 11 pkt 4, zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, o których mowa w ust. 11 pkt 4, lub odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, o których mowa w ust. 11 pkt 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

b) nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju

sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Powyższe oznacza, że zamawiający nie wymagał od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej złożenia informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Pismem z dnia 13.12.2024 r. zamawiający został poproszony o wyjaśnienie m.in., dlaczego nie wymagał od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu adekwatnego do informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, wymienionej w pkt VIII.11.3) SWZ w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy i wymaganej od wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 16.12.2024 r. zamawiający wskazał: *„Zamawiający informuje, iż wezwanie z dnia 10.10.2024 r. zostało skierowane do Wykonawcy w wymaganej formie i treści o której mowa w pkt VIII.11 SWZ w zw. z art. 126 PZP. Wykonawca przedłożył zaświadczenie z rejestru przedsiębiorstw państwowych (wraz z jego tłumaczeniem) oraz z wyciągiem podstawowych danych z rejestru podmiotów prawnych Republiki Litewskiej (wraz z jego tłumaczeniem). Na podstawie danych Rejestru Przedsiębiorstw Państwowych z dnia 23.08.2024 r. Nr 741939 można ustalić m.in. dane organu zarządzającego lub nadzorczego lub innej osoby (osób) mającej prawo do reprezentowania lub kontrolowania dostawcy, podejmowania decyzji w jego imieniu, zawierania transakcji. Ponadto wykonawca, wśród przedkładanych dokumentów przedłożył informację o Wypisach Podmiotu w CRBR.”*

Należy zauważyć, że rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy określa rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.), dalej jako „rozporządzenie”, w tym także od wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a więc tzw. „wykonawców zagranicznych”. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji

z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia – składa informację z odpowiedniego rejestru zawierającego informacje o jego beneficjentach rzeczywistych albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, określający jego beneficjentów rzeczywistych.

Jeśli zatem zamawiający wymagał od wykonawcy, w celu potwierdzenia braku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, złożenia informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, określonej w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, to zamawiający ma obowiązek wskazać w treści SWZ podstawy wykluczenia oraz dokumenty jakie należy złożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia odnoszące się również do wykonawców zagranicznych i co równie ważne - muszą być one analogiczne.

Jeśli zatem zamawiający nie wskazał w sposób pełny wszystkich dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych, a wymaganych od wykonawcy krajowego, jakie należy przedłożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu należy przyjąć, że nie wypełnił prawidłowo wymogu, o którym mowa w art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W związku z tym należy stwierdzić, że poprzez brak wskazania, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w treści SWZ dokumentu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w odniesieniu do wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający naruszył treść art. 134 ust. 1 pkt 9 w związku z § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Mając jednak na uwadze, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, polegający na zasobach zagranicznego podmiotu udostępniającego zasoby w celu potwierdzenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, złożył dokumenty analogiczne do wymaganych od podmiotu krajowego, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przemysław Grosfeld