



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ4.440.21.2025.MŁ

dot. KU/20/25/DKZP

Warszawa, dnia 30.04.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka Akcyjna w Krakowie ul. Św. Wawrzyńca 13 31-060 Kraków Dział Postępowań ds. Zamówień ul. Jana Brożka 3 30-347 Kraków
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	dostawa autobusów komunikacji miejskiej zasilanych wodorem
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Dat wszczęcia postępowania:	29.11.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2024/S 235-737051
Wartość zamówienia:	572 913 697,60 zł (tj. 123 549 998,40 euro) w tym wartość przedmiotowego zamówienia częściowego 35 000 000,00 zł, (7 547 820,84 euro)
Środki UE:	Krajowy Plan Odbudowy i Zwiększania Odporności

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 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. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (eformularze), poprzez zaniechanie obowiązku zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wykazu podmiotowych środków dowodowych;
- 2) art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych, tj. załączonych do oferty Załączników nr 9 i 13 do SWZ.
W przypadku przedmiotowego naruszenia sformułowane zostało zalecenie jego usunięcia;
- 3) art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez poprawę omyłki pisarskiej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który nie ma zastosowania do przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających zawartość złożonej oferty;
- 4) 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 zaniechanie odtajnienia informacji niezasadnie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy w tym zakresie.

UZASADNIENIE

1. W przedmiotowym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych od wykonawców w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w celu uzupełnienia brakujących informacji. W pkt 2.1.6 Podstawy wykluczenia Zamawiający wskazał wyłącznie podstawy wykluczenia.

W związku z powyższym, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 31.03.2025 r., Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą m.in. o udzielenie wyjaśnień, dlaczego Zamawiający zaniechał wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o wymaganych podmiotowych środkach dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Pismem z dnia 08.04.2025 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „Zamawiający informuje, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przez niego sporządzone zgodnie z obowiązującymi formularzami

ogłoszeń określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającymi standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.11) i zostało przekazane zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską.

Wzór formularza ogłoszenia o zamówieniu nie zawiera żadnego odrębnego pola umożliwiającego wpisanie dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie nakładają na zamawiających obowiązku wypełniania obligatoryjnie wskazanych pól ogłoszenia o zamówieniu, a nawet same pola dotyczące podstaw do wykluczenia mają charakter nieobowiązkowy zgodnie z powołanym rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE).

Ponadto Zamawiający wypełnił wskazane formularze korzystając z instrukcji zamieszczanych przez Urząd Zamówień Publicznych, w których również nie wskazywano w żadnym z pól obowiązku zamieszczania takich informacji w ogłoszeniu.

Zamawiającemu znane są plany zmiany przepisów w tym zakresie (projekt zmiany ustawy Pzp <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12384253/katalog/13053610#13053610>), lecz na dzień ogłoszenia postępowania, a nawet na dzień kontroli są to jeszcze przepisy nieobowiązujące.

Prawidłowość działania Zamawiającego potwierdza również uzasadnienie wskazanej nowelizacji:

W celu umożliwienia wdrożenia elastycznych rozwiązań dostosowanych do specyfiki krajowej w zakresie obowiązku wypełniania niektórych pól formularzy elektronicznych do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i udzielania koncesji (e-formularze), które na gruncie rozporządzenia 2019/1780 nie zostały oznaczone jako obligatoryjne („M”), niezbędne jest wprowadzenie fakultatywnej delegacji uprawniającej ministra właściwego ds. gospodarki do wydania rozporządzenia w sprawie dostosowania na szczeblu krajowym pól opcjonalnych e-formularzy w świetle rozporządzenia 2019/1780. Wynika to z faktu, że standardowe formularze ogłoszeń (e-formularze) na gruncie rozporządzenia 2019/1780 zawierają zarówno pola obowiązkowe, jak i pola opcjonalne, względem których decyzja o ich wykorzystaniu oraz charakterze leży po stronie państw członkowskich Unii Europejskiej. Określając charakter i zakres pól e-formularzy należy kierować się koniecznością uzyskania miarodajnych danych w celu wypełniania obowiązków sprawozdawczych, w szczególności względem Komisji Europejskiej, potrzebą zapewnienia porównywalności z danymi zawartymi w krajowych formularzach ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz potrzebą automatycznego generowania tych danych w celu ich ponownego wykorzystania”.

Należy zauważyć, że w stanie prawnym właściwym dla kontrolowanego postępowania, do publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zastosowanie miały formularze ustanowione rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (eformularze), wraz ze zmianami, dalej jako: „rozporządzenie”.

Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia zawierającym Tabelę 2 opisującą pola w standardowych formularzach i ogłoszeniach, w polu BT-67 „Podstawy wykluczenia” należy zawrzeć: Krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji oferentów, która może prowadzić do ich wykluczenia. Obejmuje to listę wszystkich takich kryteriów i wskazanie wymaganych informacji (np. oświadczenia własne, dokumenty). Może to również obejmować szczególne krajowe podstawy wykluczenia.

Dodatkowo, w Instrukcji wypełniania ogłoszenia o zamówieniu przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych opisano, że we wzorze ogłoszenia w zakładce Warunki przetargu, w polu Podstawy wykluczenia: *„zamawiający powinien wskazać wszystkie stosowane w postępowaniu podstawy wykluczenia. Zamawiający w tej części formularza wskazuje zarówno postawy obligatoryjne, jak i wybrane przez siebie fakultatywne podstawy wykluczenia. Formularz ogłoszenia o zamówieniu w pozycji „Podstawy wykluczenia” (BT- 67 (a) (b)) zawiera dwa pola. W polu BT – 67 (a) zamawiający wskazuje, wybrane z listy, kategorie podstaw wykluczenia. W polu BT – 67 (b) zamieszcza natomiast opis określonej podstawy wykluczenia oraz związane z nią wymagania. Formularz ogłoszenia o zamówieniu pozwala na wielokrotne użycie pola (BT- 67), a tym samym odniesienie się do każdej z przewidzianych w postępowaniu podstaw wykluczenia”*. Formularz pozwala zatem na wybranie poszczególnych przesłanek z listy. W Instrukcji wypełniania ogłoszenia o zamówieniu wymieniono i opisano w kolejnych punktach poszczególne przesłanki dostępne na liście formularza ogłoszeń w polach BT-67. Ponadto, w Instrukcji wypełniania ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do pola BT-67(b) - Podstawy wykluczenia – opis – wskazano: W polu BT-67 (b) zamawiający zamieszcza opis każdej ze stosowanych w postępowaniu podstaw wykluczenia wraz z ewentualnymi dodatkowymi wymogami związanymi z wykazywaniem przez wykonawcę braku podstaw wykluczenia.

Jak wynika z powyższego, rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych nakłada obligatoryjny obowiązek podawania w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich przesłanek wykluczenia, jak również wymagań co do wykazania braku podstaw do wykluczenia, co oznacza obowiązek podania wykazu podmiotowych środków dowodowych żądanych od wykonawców. Formularz ogłoszenia pozwala na zawarcie wszystkich tych informacji w ogłoszeniu.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje zamawiającym 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 treści ogłoszenia, w tym niepodania części wymaganych informacji. Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w toku postępowania powinien dokonać zmiany ogłoszenia o zamówieniu w pkt 2.1.6 Podstawy wykluczenia, poprzez podanie podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia.

Zaniechanie obowiązku zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (eformularze).

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Zgodnie z przedłożonym przez wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wraz z ofertą Załącznikiem nr 13 do SWZ (Warunki udzielenia autoryzacji dla autobusów zasilanych wodorem) w:

- pkt II.4. – Autoryzacja, wskazano, że: „*Udzielenie przez Wykonawcę ASO autoryzacji na wykonywanie obsługi i napraw gwarancyjnych autobusów nie wyklucza możliwości zlecenia przez Zamawiającego wykonywania obsługi, napraw gwarancyjnych lub nieobjętych gwarancją innym autoryzowanym podmiotom lub autoryzowanym warsztatom producentów zespołów, podzespołów, wg własnego uznania*”;
- pkt VI.8 - Rozliczanie napraw gwarancyjnych, wskazano, że: „*Należność za wykonaną usługę będzie regulowana przez Wykonawcę przelewem na rachunek bankowy ASO na podstawie prawidłowo wystawionej faktury w terminie 14 dni od dnia otrzymania faktury od ASO.*”

Zgodnie ze zmianą SWZ, o której poinformowano w piśmie z dnia 10.01.2025 r., Zamawiający wskazał m.in. że:

1) „Zamawiający zmienia zapis pkt II.4 załącznika nr 13 do SWZ w następujący sposób:

4. *Udzielenie przez Wykonawcę ASO autoryzacji na wykonywanie obsługi i napraw gwarancyjnych autobusów nie wyklucza możliwości zlecenia przez Zamawiającego wykonywania obsługi, napraw gwarancyjnych lub nieobjętych gwarancją innym autoryzowanym podmiotom lub autoryzowanym warsztatom producentów zespołów, podzespołów, z wykorzystaniem listy autoryzowanych stacji obsługi (ASO) przekazanej przez Wykonawcę*”;

2) „Zamawiający zmienia pkt VI.8 w załączniku nr 13 do SWZ w następujący sposób:

8. *Należność za wykonaną usługę będzie regulowana przez Wykonawcę przelewem na rachunek bankowy ASO na podstawie prawidłowo wystawionej faktury w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury od ASO.*”

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 14.04.2025 r., Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, tj. na jakiej podstawie uznał, że oferta wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. spełnia wymagania opisane w SWZ, w sytuacji przedłożenia przez wykonawcę nieaktualnego w swej treści załącznika nr 13 do SWZ w ww. zakresie.

Ponadto, zgodnie z przedłożonym przez wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wraz z ofertą Załącznikiem nr 9 do SWZ (Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów) w pkt XXX.1. Komfort akustyczny w koło pojazdów, wskazano, że: „Autobus na postoju przy włączonych systemach i urządzeniach emitujący hałasu większego niż 68 dB (A).”

Zamawiający wymagał potwierdzenia w ww. punkcie, że: „Autobus na postoju przy włączonych systemach i urządzeniach nie może emitować hałasu większego niż 68 dB (A)”.

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 14.04.2025 r., Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, tj. na jakiej podstawie uznał, że oferta wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. spełnia wymagania opisane w SWZ, w sytuacji przedłożenia przez wykonawcę niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego załącznika nr 9 do SWZ w ww. zakresie.

Pismem z dnia 17.04.2025 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Ad. 1 – dotyczy przedstawienia w ofercie Wykonawcy Załącznika nr 13 do SWZ (Warunki udzielenia autoryzacji dla autobusów zasilanych wodorem) Zamawiający wyjaśnia, że dokonał oceny oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym zwłaszcza zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), zapisami dokumentacji postępowania oraz aktualną doktryną i orzecnictwem.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia oferta, z kolei zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego ofertą jest każde oświadczenie woli określające istotne warunki realizacji umowy. Zatem treścią oferty w zamówieniach publicznych będzie deklaracja spełnienia wymagań zamawiającego w zakresie istotnych elementów zamówienia i następnie realizacja zamówienia zgodnie z tymi wymogami.

Wykonawca kształtując treść oferty nie jest zobowiązany do składania swojego oświadczenia na wzorach proponowanych przez zamawiającego w postępowaniu. Zadaniem zamawiającego jest ocena oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę pod kątem zgodności z wymaganiami wskazanymi w dokumentach zamówienia, czyli analiza treści zobowiązania a nie badanie, czy wykonawca przekopował do tworzonych przez siebie dokumentów wszystkie zdania użyte przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Ponadto odrzucenie oferty przez zamawiającego w postępowaniu z powodu niezgodności z warunkami zamówienia może nastąpić wyłącznie w przypadku jednoznacznej niezgodności treści oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, co potwierdza m. in. obfite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślić należy, że za treść oferty uważa się także zadeklarowane spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, oraz że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Aby odrzucić ofertę z powodu niezgodności jej treści z treścią warunków zamówienia zamawiający powinien dokonać porównania,

jakie wymogi postawił w dokumentach postępowania składających się na opis przedmiotu zamówienia z dokumentami otrzymanymi od danego wykonawcy. Jeżeli z porównania tego wynika, że w zakresie jakościowym, ilościowym, warunków realizacyjnych, poszczególnych parametrach oferta nie odpowiada założeniom dokumentów postępowania, obowiązkiem zamawiającego jest taką ofertę odrzucić. (wyrok KIO z dnia 02.05.2023 r, KIO 1097/23)

Zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów, jakie zawiera oferta. Aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi być pewna i oczywista, tym samym nie może to być niezgodność wyinterpretowana z treści niestanowiących pełnych danych o planowanym rozwiązaniu projektowym. (wyrok KIO z dnia 13.02.2024 r., KIO 199/24).

Odnosząc powyższe do warunków zawartych w postępowaniu będących przedmiotem kontroli Zamawiający wymagał aby wybrany wykonawca udzielił Zamawiającemu autoryzacji na wykonywanie obsługi i napraw gwarancyjnych autobusów. Ponadto Zamawiający wskazał, że udzielona w ten sposób autoryzacja nie może ograniczać Zamawiającemu prawa zlecenia przez Zamawiającego wykonywania obsługi, napraw gwarancyjnych lub napraw nieobjętych gwarancją innym autoryzowanym podmiotom lub autoryzowanym warsztatom producentów zespołów, podzespołów. Jednym ograniczeniem w tym zakresie mogło być podanie przez wybranego wykonawcę listy autoryzowanych stacji obsługi (ASO)(zmieniony pkt II.4.załącznika 13 do SWZ).

PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. (dalej jako Wykonawca) w złożonej ofercie zadeklarował udzielenie oczekiwanej przez Zamawiającego autoryzacji. Wykonawca potwierdził, że Zamawiający będzie miał pełną zgodę na kierowanie według własnego uznania zlecenia wykonywania obsługi, napraw gwarancyjnych lub nieobjętych gwarancją innym autoryzowanym podmiotom lub autoryzowanym warsztatom producentów zespołów, podzespołów. Tym samym oświadczenie woli Wykonawcy nie pozostaje w sprzeczności z treścią SWZ. Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy w zakresie możliwości wyboru autoryzowanych podmiotów lub autoryzowanych warsztatów naprawczych według własnego uznania Zamawiającego jest rozwiązaniem, które w

pełni wpisuje się w opisane wymagania. Tym samym lista autoryzowanych stacji (ASO) przekazywana przez Wykonawcę będzie de facto listą stworzoną przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał w warunkach zamówienia, że faktura wystawiana przez Zamawiającego powinna zostać zapłacona przez wybranego wykonawcę w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, czyli zapłata każdym dniu nieprzekraczającym 30 dni (np. w 10, 15 lub 18 dniu) będzie uznana za zapłatę zgodną z warunkami SWZ.

W ofercie Wykonawca oświadczył, że w przypadku rozliczania napraw gwarancyjnych należności za wykonane usługi będą regulowane przelewem na rachunek bankowy ASO na podstawie prawidłowo wystawionej faktury w terminie 14 dni, a nie 30 dni jak oczekiwał Zamawiający, co nie pozostaje w sprzeczności z zapisami SWZ. Dobrowolna deklaracja przyspieszonej płatności za naprawy gwarancyjne została przyjęta jako fakt spełniający opisane przez Zamawiającego wymagania.

Ad. 2 – dotyczy treści potwierdzenia w ofercie pkt XXX.1. Komfort akustyczny w koło pojazdów wg załącznika nr 9 do SWZ Zamawiający uznał spełnienie ww. wymagania na podstawie deklaracji w kolumnie 3 poprzez wpisanie słowa: „spełnia”, oraz w wyniku analizy opisu przedmiotu zamówienia z którego wynika, że w kompletacji oferowanego autobusu nie występują urządzenia lub zespoły, które mogą generować na postoju autobusu hałas w przedstawionym zakresie. Wskazane w ofercie wyposażenie oferowanego autobusu jest znane Zamawiającemu, podobnie jak generowane przez nie poziom hałasu. W wyniku analizy opisu przedmiotu zamówienia i porównania wyposażenia dostępnego dla Zamawiającego nie zidentyfikowano żadnego zespołu ani urządzenia, które mogło być źródłem emisji hałasu na postoju.

Komisja przetargowa Zamawiającego składa się ze specjalistów od wielu lat zajmujących się autobusowym transportem miejskim w Polsce, osób doskonale znających się na technicznych aspektach konstrukcji i produkcji autobusów miejskich. Wykorzystanie tej wiedzy i doświadczenia przy ocenie ofert pozwoliło stwierdzić, że zapis w kolumnie 4 zawiera niepełny przekaz wyrażony poprzez stylistykę w której zniknęło zaprzeczenie dla uzyskania adekwatnej poprawności językowej. Fakt ten został uznany za ułomność tak nieistotną, że za właściwy przekaz uznano ten zawarty w kolumnie 3”.

Odnosząc się do powyższych ustaleń należy wskazać, iż zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Przepis art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczy przedmiotowych środków dowodowych nie stanowiących treści oferty, a więc żądanych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych – w tym przypadku - dostaw z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do udzielenia wyjaśnień treści załączonych do oferty Załączników nr 9 i 13 do SWZ, w kontekście aktualnych

zapisów SWZ, w celu ustalenia czy złożona oferta jest zgodna z wymaganiami przedmiotu zamówienia, a treść przedmiotowych środków dowodowych jest błędna.

Tym samym, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych, tj. załączonych do oferty Załączników nr 9 i 13 do SWZ, Zamawiający naruszył treść art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia naruszenia:

Z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza, Prezes Urzędu zaleca Zamawiającemu wezwanie wykonawcy, w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści załączonych do oferty Załączników nr 9 i 13 do SWZ, w kontekście aktualnych zapisów SWZ. W udzielonych wyjaśnieniach wykonawca musi jasno określić, czy złożona oferta jest zgodna z wymaganiami przedmiotu zamówienia (odnosząc się do aktualnych zapisów SWZ), a treść załączonych do oferty ww. przedmiotowych środków dowodowych jest błędna.

Jednocześnie uprzejmie proszę o poinformowanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wykonaniu ww. zaleceń.

3. Z analizy przedłożonej dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 31.01.2025 r. poinformował wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. o dokonaniu poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w następujący sposób:

„1. Dotyczy treści kolumny 2 opisu technicznego oferowanego autobusu w pkt XI Ukształtowanie podłogi pojazdów:

Treść wymagania Zamawiającego wg załącznika nr 9 do SWZ wskazanego w ofercie Wykonawcy o brzmieniu:

5. Maksymalna wysokość podłogi (w przejściu środkowym): 420 mm

poprawia się na:

5. Maksymalna wysokość podłogi (w przejściu środkowym): 450 mm

zgodnie z dokonaną zmianą w piśmie WW25000258 opublikowanym dnia 10.01.2025 r.”

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO. Jak wskazał Sąd Okręgowy

w Gdańsku¹ „możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia”. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Mimo że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało pewną zmianą w treści oferty to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Natomiast zgodnie z art. 7 pkt 20) ustawy Pzp, ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o przedmiotowych środkach dowodowych - należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W odróżnieniu od podmiotowych środków dowodowych, które dotyczą wykonawcy i służą generalnie potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Do przedmiotowych środków dowodowych należą m.in. certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność albo sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, określone przez zamawiającego etykiety, dokumentacja techniczna producenta, a także próbki, zdjęcia, makiety itp. Przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, ale mają służyć potwierdzeniu tego, co jest zawarte w treści oferty wykonawcy. Ze względu na funkcję, jaką pełnią przedmiotowe środki dowodowe, zasadą jest, że powinny być one składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego razem z ofertą.

¹ Wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08

Z uwagi na to, że przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, nie jest możliwa poprawa ich treści w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, który dotyczy samej oferty.

Biorąc zatem pod uwagę stan faktyczny przedmiotowej sprawy, stwierdzić należy, że wykonawca PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. w załączniku nr 9 do SWZ - Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów, w pkt XI. Ukształtowanie podłogi pojazdów, w kolumnie nr 4, w pkt 5 Maksymalna wysokość podłogi (w przejściu środkowym), wskazał wartość: 420 mm, czyli wartość mieszczącą się w wymaganiach Zamawiającego, tj. do 450 mm. Tym samym wykonawca potwierdził w ww. przedmiotowym środku dowodowym, zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Poprawa w niniejszym przypadku omyłki pisarskiej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który nie ma zastosowania do przedmiotowych środków dowodowych, stanowi naruszenie tego przepisu.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w przypadku wątpliwości co do treści przedmiotowych środków dowodowych, zastosowanie ma przepis art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. W tym przypadku wykonawca potwierdził zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, tym samym wątpliwości w tym zakresie nie miały miejsca, pomimo wskazania w kolumnie nr 2, wartości 420 mm.

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. powołując się na art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł dokumenty wymienione jako załączniki do Formularza ofertowego, tj.:

4.c Rysunek rzutów bocznych autobusów,

4.d Rysunek techniczny wnętrza autobusów,

4.e Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów – Załącznik nr 9,

4.f Szczegółowy opis techniczny oferowanych systemów informatycznych – Załącznik nr 19,

4.j Dokumentacja wskazująca system zarządzania i śledzenia łańcucha dostaw części, zespołów, podzespołów i komponentów wykorzystywanych przy realizacji przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych wraz z ofertą wykonawca przedstawił m. in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji, tj. „Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jawność prowadzonego postępowania może zostać ograniczona poprzez

zaistnienie okoliczności przewidzianych w ustawie Pzp. Obejmuje ona zarówno dokumentację postępowania, jak i podejmowane w celu jego przygotowania i przeprowadzenia czynności. Jeżeli wykonawca chce, aby określone informacje nie były ujawniane innym wykonawcom oraz osobom trzecim ma obowiązek wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 UZNK „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”.

Grupami informacji, które mogą zostać objęte ochroną przed odtajnieniem są wiadomości techniczne, przez które należy rozumieć całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym, wiadomości technologiczne, które dotyczą sposobów wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania² oraz informacje organizacyjne, czyli całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym³. Inne informacje posiadające wartość gospodarczą to również informacje handlowe oraz dotyczące sfery organizacji i funkcjonowania przedsiębiorstwa, obejmujące całokształt doświadczeń i wiedzy przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązane bezpośrednio z wytwarzaniem określonych dóbr.

Doświadczenie życiowe wskazuje, że obecnie wywiad gospodarczy jest jednym z głównych źródeł pozyskiwania informacji o konkurencji i ma kluczowe znaczenie dla podejmowania strategicznych decyzji w przedsiębiorstwie, w tym co do możliwości zaangażowania się w dane przedsięwzięcie konkurencji, należy więc zdecydowanie sprzeciwić się ujawnianiu informacji, które stanowią wartość gospodarczą, a ich poznanie przez konkurencję może doprowadzić do wymiernej szkody po stronie przedsiębiorcy, którego ochrony poufności informacji pozbawiono⁴.

Ponadto, nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze⁵. Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa” bowiem jedynie wtedy, kiedy przedsiębiorca – przejawiający wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich – podjął, przy zachowaniu należytej staranności⁶, działania w celu utrzymania ich w

² zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt II SA/Wa 128/12.

³ zob. wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r., sygn. KIO 1977/14; także: wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. KIO 1661/13.

⁴ zob. wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r., sygn. KIO 1977/14.

⁵ zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00.

⁶ Zważyć należy, iż pojęcie należytej staranności występuje w prawie cywilnym. Zgodnie z art. 355 § 1 kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Co istotne, w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego). Zważając na powyższe, podejmowanie działań mających na celu utrzymanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności musi odbywać się przy zachowaniu staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, przy

poufności.

Jednocześnie, dana informacja nie traci charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Już w orzecznictwie wydanym na kanwie nieobowiązującego obecnie art. 11 ust. 4 UZNK wskazywano, że pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich⁷.

Zastrzeżone przez PAK PCE informacje dotyczą technicznych, technologicznych, handlowych i organizacyjnych aspektów przedsiębiorstwa. Informacje te posiadają wartość gospodarczą, a ich rozpowszechnianie i upublicznienie może zagrażać pozycji Wykonawcy na rynku. Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę posiadają także wartość gospodarczą i to nie tylko na użytek niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - mają bowiem dla Wykonawcy stałą wartość gospodarczą, w tym dla funkcjonowania jego przedsiębiorstwa i znaczenia na rynku.

Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Jednocześnie Wykonawca (jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji i rozporządzania nimi) przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wiedzę w zakresie danych ujętych w części zastrzeżonej oferty posiadają jedynie osoby zaangażowane w procesy wewnętrzne Wykonawcy oraz biorące udział w wycenie oferty, zobligowane do zachowania w poufności wszystkich informacji związanych z przedmiotem zamówienia.

Spółka posiada również wdrożone procedury zmierzające do zachowania w tajemnicy informacji technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych przedsiębiorstwa. Dostęp do tych danych jest ograniczony do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem. Pracownicy i kontrahenci na mocy umów o zachowaniu poufności zobowiązani są do zachowania poufności w wyżej wymienionym zakresie.

Dowód 1 - Umowa o wzajemne zachowanie poufności – kontrahenci

Dowód 2 - Umowa o zachowaniu poufności - pracownicy

Dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Dokumenty oraz informacje dotyczące przedmiotowego postępowania są umieszczone na zabezpieczonej przestrzeni dyskowej, a dostęp do nich wymaga posiadania autoryzacji. Sposób administrowania danymi w przedsiębiorstwie obejmuje wydzielenie poziomowości uprawnień dostępowych. Serwerownia jest pomieszczeniem zamkniętym, dostępnym jedynie dla administratorów, a komputery wybranych użytkowników posiadających możliwość dostępu do danych chronionych są odpowiednio zabezpieczone przed nieautoryzowanym użyciem.

uwzględnieniu charakteru działalności gospodarczej prowadzonej przez danego przedsiębiorcę (tj. podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa).

⁷ zob. wyrok Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2003 r. IV CKN 211/01.

Poczta elektroniczna, za pośrednictwem której Wykonawca przesyła wewnątrz organizacji przedmiotowe informacje jest chroniona odrębnym, indywidualnym hasłem dla każdego pracownika. Wprowadzono również zakaz korzystania z komputerów służbowych dla celów prywatnych. Dokumenty w formie papierowej są zabezpieczone w zamykanej szafie, do której kluczem dysponują jedynie upoważnione osoby. Dostęp do budynku, w którym znajdują się dokumenty i nośniki elektroniczne, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chroniony przez całą dobę za pomocą monitoringu, ochrony oraz elektronicznej weryfikacji osób mających dostęp do budynku. Ponadto w godzinach, w których pracownicy nie przebywają w budynku, jest on chroniony przez wyspecjalizowaną firmę, a teren wokół budynku podlega monitorowaniu.

W przedsiębiorstwie Wykonawcy zostały wdrożone szczegółowe procedury postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Polityka Bezpieczeństwa Informacji w firmie

Powyższe jednoznacznie potwierdza, iż działania mające na celu utrzymanie w poufności informacji zastrzeżonych niniejszym pismem podejmowane są przez Wykonawcę przy zachowaniu należytej staranności.

Wykonawca wskazuje, że całość informacji zawartych w treści oferty stanowi o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy i ujawnienie chociażby części informacji zastrzeżonych niniejszym pismem może stanowić podstawę do przeprowadzenia skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i narazić Spółkę na niepowetowaną szkodę.

Wykonawca oświadcza, że wszystkie dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały oznaczone klauzulą o niedostępności tych informacji poprzez oznaczenie zwrotem „tajemnica przedsiębiorstwa” oraz w należyty sposób wyodrębnione względem pozostałych dokumentów załączonych do oferty.

W świetle powyższego Wykonawca wskazuje, że zastrzeżenie wszystkich informacji wskazanych w niniejszym piśmie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest konieczne i zasadne.

W przypadku naruszenia przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa w przedłożonych dokumentach, Wykonawca będzie zmuszony do żądania naprawienia przez Zamawiającego wyrządzonej w tym zakresie szkody.

Ponadto, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ujawnieniu całości lub części dokumentów Wykonawca wnosi o uprzednie poinformowanie go o takim zamiarze oraz o wstrzymanie się z ostatecznym ujawnieniem dokumentów do czasu ewentualnego badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przez Krajową Izbę Odwoławczą lub też do czasu upływu terminu na złożenie w tym zakresie odwołania.

W zakresie poszczególnych dokumentów/informacji:

- 4.c Rysunek rzutów bocznych autobusów (dane zastrzeżone),
- 4.d Rysunek techniczny wnętrza autobusów (dane zastrzeżone),
- 4.e Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów – Załącznik nr 9, (dane zastrzeżone),
- 4.f Szczegółowy opis techniczny oferowanych systemów informatycznych – Załącznik nr 19,

(dane zastrzeżone),

- 4.j Dokumentacja wskazująca system zarządzania i śledzenia łańcucha dostaw części, zespołów, podzespołów i komponentów wykorzystywanych przy realizacji przedmiotu zamówienia. (dane zastrzeżone),

Wskazane informacje są informacjami o charakterze technicznym, mającymi również charakter technologiczny i organizacyjny. Istotnym parametrem wpływającym na konkurencyjność oferty NesoBus jest wynik drogowego zużycia wodoru. Badanie zużycia energii elektrycznej oraz wodoru w teście SORT 2 dla autobusu NesoBus wykonane przez niezależną instytucję tj. Instytut Transportu Samochodowego, Centrum Ochrony Środowiska mieszczący się w Warszawie ma kluczowe znaczenie nie tylko z powodu wielkości zużycia paliwa H2 dla przedsiębiorstw komunikacyjnych, ale również z powodu ekologicznej technologii zastosowanej w autobusie. Zero-emisyjność, ekologia, dbanie o środowisko naturalne, czyste powietrze to nie tylko hasła którymi kieruje się PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., ale to realia i wymogi stawiane naszym wyrobom. Niski poziom zużycia paliwa wodorowego, to cecha szczególna wyodrębniająca nasz produkt od konkurencji, pozwalająca osiągnąć wysoki stosunek jakości użytych materiałów do żądanego efektu końcowego. Zaznajomienie się konkurencji z wynikami powyższych badań spowoduje utratę konkurencyjności, przewagi technologicznej a docelowo straty majątkowej.

***Wartość gospodarcza tych informacji wynosi około (tajemnica przedsiębiorstwa wskazana w oddzielnym pliku) przeliczając te kwotę na możliwości udziału w innych postępowaniach z ww. danych technicznych Wykonawca może stracić możliwość uzyskania przychodu/dochodu powyżej (tajemnica przedsiębiorstwa wskazana w oddzielnym pliku) w skali 10 lat.*

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazuje, że w orzecznictwie podkreśla się, iż „wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy też przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, które nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie (...)”⁸.

W związku z powyższym, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 31.03.2025 r., Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie m.in. wyjaśnień wraz ze szczegółowym uzasadnieniem zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i złożonych przez wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., tj.:

- Rysunek rzutów bocznych autobusów,
- Rysunek techniczny wnętrza autobusów,
- Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów – Załącznik nr 9,
- Szczegółowy opis techniczny oferowanych systemów informatycznych – Załącznik nr 19.

⁸ wyrok KIO z 3 marca 2020 r. KIO 330/20, podobnie w wyroku KIO z 14 stycznia 2021, KIO 3303/20, 3336/20

Jednocześnie zaznaczono, że na stronie internetowej wykonawcy znajduje się Specyfikacja techniczna autobusu NesoBus 12 wraz z grafiką przedstawiającą widok przedmiotowego autobusu. Natomiast Załączniki nr 9 oraz nr 19 stanowią przygotowane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę technicznych wymagań.

Wraz z pismem z dnia 08.04.2025 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Ad. 7 – tajemnica przedsiębiorstwa

Szczegółowe uzasadnienie, z którego powodu Zamawiający odstąpił od odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i złożonych przez wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. zawiera pełna treść dokumentu dołączonego przez Wykonawcę do oferty o nazwie: „Zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” wraz z dołączonymi dowodami. Wykonawca wykazał w nim wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji o charakterze technicznym i organizacyjnym wskazując m.in. że „całość informacji zawartych w treści oferty stanowi o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy i ujawnienie chociażby części informacji zastrzeżonych może stanowić podstawę do przeprowadzenia skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i narazić Spółkę na niepowetowaną szkodę”. Ponadto wycenił wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji i zapewnił, że informacje te nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne z uwagi na podjęte działania w celu utrzymania ich w poufności, a jako dowody podjętych działań przedstawił projekty umów zawieranych z pracownikami i kontrahentami o zachowaniu poufności.

Oczywistym jest, że można by polemizować jaką wartość gospodarczą ma oddzielnie każda z zastrzeżonych informacji, co jednak nie umniejsza znaczenia ich łącznej wykazanej wartości.

Należy pamiętać, że uzasadnienie Wykonawcy w zakresie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie podlega procedurze uzupełniania dokumentów oraz procedurze wyjaśnień. Zamawiający w toku oceny i badania ofert dokonuje indywidualnej oceny zasadności zastrzeżenia w oparciu o przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie. Zamawiający zna przypadki, gdzie niepełne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie prowadziło do odtajnienia zastrzeżonych informacji (KIO 3422/23, KIO 3086/24), bowiem przy ochronie informacji zastrzeżonych uwzględniano m. in. realia funkcjonowania danego podmiotu czy warunki i specyfikę danego postępowania.

Zawarta na stronie internetowej Wykonawcy Specyfikacja techniczna autobusu NesoBus 12 wraz z grafiką przedstawiającą widok przedmiotowego autobusu nie stanowi opisu niniejszego przedmiotu zamówienia, gdyż jest jedynie wizualizacją oferty handlowej producenta. Natomiast rysunki rzutów bocznych autobusów i wnętrza autobusów złożone w ofercie zawierają szereg dodatkowych informacji związanych z rozmieszczeniem okien, okien otwieranych, drzwi, tablic informacyjnych, układu siedzeń, lokalizacji podestów na wózki inwalidzkie, dodatkowych siedzeń uchylnych, które zaprojektowane na potrzeby Zamawiającego w niniejszym postępowaniu mogą być przedmiotem zainteresowania firm konkurencyjnych.

W przypadku załącznika nr 9 „Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów” i załącznika nr 19 „Szczegółowy opis techniczny oferowanych systemów informatycznych”, które w treści przedmiotowych środków dowodowych zawierają kolumnę „4” prezentującą opis proponowanego rozwiązania (koncepcji modelu dopasowanego do warunków zamówienia), szczegółowość formy wyrażenia potwierdzenia spełnienia wymagania SWZ może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawiera niejednokrotnie rozwinięcie rozwiązań wykraczające poza opis techniczny wyrażony w SWZ. W tym zakresie Zamawiający uznał argumenty Wykonawcy za zasadne i zaniechał odtajnienia przedmiotowych dokumentów przyjmując stanowisko TSUE (wyrok w sprawie C-54/21 z dnia 17.11.2022 r.), w którym zwraca się uwagę, że:

(...) niezależnie od tego, czy stanowią one lub zawierają elementy chronione prawem własności intelektualnej – koncepcja projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia publicznego, oraz opis sposobu wykonania danych prac lub usług mogą w stosownych przypadkach posiadać wartość handlową, która zostałaby bezpodstawnie naruszona w przypadku ujawnienia owej koncepcji i owego opisu w niezmienionej postaci. Ich opublikowanie może w takim wypadku spowodować zakłócenie konkurencji, w szczególności przez ograniczenie zdolności danego wykonawcy do wyróżnienia się przy wykorzystaniu tej samej koncepcji i tego samego opisu w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym może zaistnieć konieczność odmowy pełnego dostępu do informacji dotyczących koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia publicznego, oraz opisu sposobu realizacji zamówienia na podstawie zakazu ujawniania, o którym mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, lub możliwość takiej odmowy na podstawie art. 55 ust. 3 tej dyrektywy.

Zamawiający szanując zasadę jawności postępowania i znając niechęć Wykonawców/ producentów i dostawców autobusów do ujawnienia informacji o charakterze technicznym dla zachowania równowagi pomiędzy zasadą przejrzystości a ochroną poufności sporządził w SWZ wzór zestawienia parametrów technicznych podlegających ocenie ofert, który po wypełnieniu przez Wykonawcę nie podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego też powodu Zamawiający w piśmie do Wykonawcy LP.281.188.2024.1 zakwestionował wskazanie parametru zużycia paliwa wodorowego jako informacji zastrzeżonej traktując ją jako omyłkę pisarską”.

Następnie, pismem z dnia 14.04.2025 r., Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie m.in. wyjaśnień, poprzez wskazanie, które konkretnie zapisy (w którym punkcie) naniesione przez wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. w:

- Załączniku nr 9 (Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów) oraz
 - Załączniku nr 19 (Szczegółowy opis techniczny oferowanych systemów informatycznych),
- stanowiące rozwinięcie rozwiązań wykraczających poza opis techniczny wyrażony w SWZ, świadczą zdaniem Zamawiającego o poprawności zastrzeżenia powyższych załączników jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 17.04.2025 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Ad. 3 – dotyczy poprawności zastrzeżenia załączników jako tajemnica przedsiębiorstwa

Zamawiający wyjaśnia, że wymienione poniżej wybrane przykłady opisów z kolumny 4 załącznika nr 9 i 19 zawartych w ofercie Wykonawcy według Zamawiającego stanowią przewagę technologiczną nad konkurencją i nie powinny być ujawniane w ramach badania oferty przez Zamawiającego.

Wymienione punkty stanowią o rozwinięciu rozwiązań wykraczających poza opis techniczny wyrażony w SWZ i wraz z pełnym opisem zawartym w ofercie stanowią konkretne rozwiązania Wykonawcy.

zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa Opis techniczny oferowanego autobusu miejskiego standardowego 12m zasilanego wodorem zawarty w kolumnie 4 wg załącznika nr 9 do SWZ	zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa Opis systemów informatycznych autobusu miejskiego standardowego 12m zasilanego wodorem zawarty w kolumnie 4 wg załącznika nr 19 do SWZ
pkt I.9 informacja w zakresie wykonania konstrukcji nośnej	pkt I.8 wskazanie rozwiązania z bazą danych
pkt XXVII.6 i 7 informacja dotycząca wywietrzników dachowych	pkt II. wskazane parametry techniczne panelu prowadzącego w ppkt wg kolejności 16 a oznaczony nr 7
pkt XXXI.17 dodatkowe wymagania	pkt IV i V wskazane parametry tablic zewnętrznych i wewnętrznych

Te i inne pozornie wydać by się mogło niewiele wnoszące opisy Wykonawcy dodane jako uzupełnienie na wzorach opisów sporządzonych przez Zamawiającego mogą doświadczonemu podmiotowi działającemu na konkurencyjnym rynku i niezadowolonemu z przebiegu postępowania odstąpić już na tak wczesnym etapie, kto będzie poddostawcą poszczególnych rozwiązań, urządzeń elementów, co może mieć negatywny wpływ na faktyczną realizację zamówienia.

Zamawiający zdając sobie sprawę z wagi zasady przejrzystości i jawności w postępowaniach, a także w celu uniknięcia nadmiernego korzystania przez wykonawców z zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa wprowadził wprost do dokumentów postępowania zapisy, że zestawienie parametrów technicznych mające bezpośredni wpływ na ocenę ofert (załącznik nr 16 do SWZ) nie może zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jednocześnie zgodnie z ustawą Pzp wykonawcy mają prawo aby nie ujawniać informacji stanowiących tajemnicę ich przedsiębiorstwa. Takie działanie choć stanowi odstępstwo od zasady jawności jednocześnie sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania (wykonawcy nie obawiają się, że sam fakt udziału w postępowaniach publicznych pozbawi ich przewagi na rynku wynikającej ze stosowanych rozwiązań) oraz również umożliwia realizację zasady efektywności gospodarczej, bo

wykonawcy mogą konkurować w kolejnych postępowaniach wykorzystując technologie realizacji zamówienia nieujawnione wcześniej.

Warto tutaj odwołać się do samej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W obecnej definicji podkreśla się nie tylko, że może to być każda informacja posiadająca wartość gospodarczą, ale również informacja, która jako całość lub szczególne zestawienie i zbiór elementów nie jest powszechnie znana.

Złożone przez Wykonawcę w ofercie opisy techniczne, technologiczne i informatyczne rozwiązań zastosowanych w proponowanym modelu autobusu stanowią właśnie pewne szczególne zestawienie danych mające wartość gospodarczą. Wskazana przez Wykonawcę kompletacja techniczna autobusu jest tworzona wyłącznie na potrzeby danego postępowania. Sam fakt, że Wykonawca ma w swojej sprzedaży dany typ (model) autobusu, nie oznacza, że zawsze sprzedawany jest różnym podmiotom ten sam pojazd. Na rynku autobusowym powszechną praktyką jest, że przedmiot zamówienia jest dostosowywany zarówno do potrzeb danego zamawiającego, jak również do kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w kryteriach oceny ofert wskazał szereg parametrów technicznych. Wskaźniki te mogą być osiągnięte poprzez zastosowanie różnych rozwiązań technicznych, gdzie każde rozwiązanie wiąże się także z innymi kosztami.

Mając na względzie powyższe oraz uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Wykonawcę, Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne”.

Ponadto, pismem z dnia 16.04.2025 r., Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, wraz ze szczegółowym uzasadnieniem zaniechania odtajnienia dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa i złożonego przez wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., tj.: plik pn. „4.j.1 Polityka Jakości-sig”.

Pismem z dnia 18.04.2025 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp), zasada jawności wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru absolutnego. W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost narzucono zamawiającym zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przestanki łączące realizację tego obowiązku są następujące:

- 1) informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- 2) wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że informacje nie mogą być udostępniane
- 3) wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego w stosunku do dokumentu dotyczące polityki jakości PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy sp. z o. o. (dalej jako Wykonawca) zaistniały wszystkie wymienione wyżej okoliczności.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że za tajemnicę może zostać uznana również informacja organizacyjna posiadająca wartość gospodarczą, która w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie jest powszechnie znana osobom zajmującym się takim rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, jeżeli podmiot dysponujący taką informacją podjął działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Kolejną wymienioną grupą informacji są dane dotyczące organizacji przedsiębiorstwa, a więc np. wiadomości dotyczące jego struktury organizacyjnej, przepływu dokumentów, sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych, zasad współpracy pomiędzy poszczególnymi działami przedsiębiorstwa (komórkami organizacyjnymi) itp. Przykładowo w orzeczeniu Sądu Antymonopolowego z 10.07.2002 r., XVII Ama 78/01, Dz.Urz. UOKiK Nr 5, poz. 224, stwierdzono, że dane zawarte w PIT-5 F-01 (sprawozdaniu finansowym) obrazują zarówno pasywa, jak i aktywa oferentów, dochód i zyski, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe. Niewątpliwie są to informacje poufne i stanowią tajemnicę przedsiębiorcy w rozumieniu art. 11 ust. 4. Nie jest przy tym konieczne, aby były one oryginalne czy nowe. Z kolei powyższy Sąd w postanowieniu z 15.05.1996 r., XVII Amz 1/96, „Wokanda” 1997/10, poz. 55, wskazał, że informację poufną stanowią w szczególności dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. (...)

Należy zauważyć, że aktualnie przedmiot tajemnicy przedsiębiorstwa może stanowić „szczególne zestawienie” lub „zbiór elementów”, nawet jeśli stanowiące elementy takiego zestawienia/zbioru poszczególne informacje są powszechnie znane wskazanej przepisem grupie osób. Poprzednio obowiązująca definicja tajemnicy przedsiębiorstwa wprawdzie nie znała powyższego rozróżnienia, jednak Sąd Najwyższy problem dostrzegł i w wyroku z 28.02.2007 r., V CSK 444/06, LEX nr 449836, wskazał, iż fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności. Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 13.02.2014 r., V CSK 176/13, OSG 2014/9, poz. 64 (z aprobowaną glosą M. Salamonowicza, PS 2015/9, s. 101 i n.), podkreślając, że okoliczność, iż jeden z elementów procesu produkcyjnego, np. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj się tym zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością. Na proces taki składają się bowiem wiedza, doświadczenie oraz użyte środki i nakłady, które pozwoliły konkretnemu przedsiębiorcy na wykorzystanie powszechnie dostępnych informacji dotyczących budowy urządzenia i stworzenie, już na podstawie własnych prób i doświadczeń, dokumentacji technicznej określonego sposobu produkcji, linii technologicznej. (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. III, E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, WKP 2022)

Plik „4.j.1 Polityka Jakości – sig” złożony został element całej polityki jakości stosowanej przez Wykonawcę – część dokumentacji wskazującej system zarządzania i śledzenia łańcucha dostaw części, zespołów, podzespołów i komponentów wykorzystywanych przy realizacji przedmiotu zamówienia będącej przedmiotowym środkiem dowodowym. Taką interpretację złożonych dokumentów potwierdza m. in. spis zawartości oferty złożony przez Wykonawcę. Podany plik jest

elementem większego zbioru rozwiązań wdrożonych u Wykonawcy i zapewniających m. in. bezpieczeństwo dostaw. Z uwagi na zwłaszcza sytuację geopolityczną podobne systemy są obecnie wdrażane u wielu przedsiębiorców, standardem jest, że treść takich procedur jest zwykle chroniona i udostępniana jedynie osobom mającym określone upoważnienia (np. umowa o zachowaniu poufności).

Wykonawca wraz ze złożeniem przedmiotowego dokumentu wskazał, że stanowi ona jego tajemnicę przedsiębiorstwa podkreślając m. in., że wiedzę w zakresie danych ujętych w części zastrzeżonej oferty posiadają jedynie osoby zaangażowane w procesy wewnętrzne Wykonawcy oraz biorące udział w wycenie oferty, zobligowane do zachowania w poufności wszystkich informacji związanych z przedmiotem zamówienia. Wykonawca oświadczył, że posiada również wdrożone procedury zmierzające do zachowania w tajemnicy informacji technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych przedsiębiorstwa. Dostęp do tych danych jest ograniczony do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem. Pracownicy i kontrahenci na mocy umów o zachowaniu poufności zobowiązani są do zachowania poufności w wyżej wymienionym zakresie.

Zamawiający badając skuteczność zastrzeżenia stwierdził, że powołana w ofercie polityka jakości Wykonawcy nie jest powszechnie dostępna, np. w internecie.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca spełnił również ostatnią przesłankę uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykazał skuteczność zastrzeżenia składając jako dowody wzory stosowanych umów. Warto zauważyć, że wykazanie nie oznacza udowodnienia. Są to dwa różne pojęcia zarówno w języku powszechnym, jak i w języku prawnym. Zgodnie z definicjami zawartymi w słowniku języka polskiego wykazać oznacza przedstawić coś w przekonujący sposób, natomiast udowodnienie odnosi się do wykazania prawdziwości czegoś z przytoczeniem dowodów. Podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 21.04.2021 r., sygn. akt KIO 902/21:

Pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami i w takich wypadkach zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia. W odniesieniu jednak do niektórych twierdzeń wykonawca może z łatwością takie dowody przedstawić, jeśli powołuje się na okoliczności, których wykazanie jest za ich pomocą możliwe. W przeciwnym wypadku twierdzenia wykonawcy o szczególnym charakterze zastrzeganych przez niego danych jest gołosłowne.

Wyrok KIO z dnia 23.05.2019 r., sygn. akt KIO 829/19:

Zgodnie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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. Wykonawca, zgodnie z przepisem, dla skutecznego zastrzeżenia musi poprzeć uzasadnienie zastrzeżenia informacji, wykazać, że mając one wartość gospodarczą spełniając ustawowe przesłanki. Wykazanie, o którym mowa może być dokonane stosownymi argumentami, do których należą dowody, ewentualnie uzasadniona argumentacja na tę okoliczność. Z kolei zamawiający powinien z należyłą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców”.

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 (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), 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

któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. informacji prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim informacji i materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie nie porusza żadnych szczegółowych kwestii, które potwierdzałyby, że ich ujawnienie mogłoby doprowadzić do utraty przez wykonawcę wartości gospodarczej dotyczącej dostarczanych autobusów.

Odnosząc się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników:

4.c Rysunek rzutów bocznych autobusów oraz

4.d Rysunek techniczny wnętrza autobusów,

Stwierdzić należy, że na stronie internetowej wykonawcy znajduje się Specyfikacja techniczna autobusu NesoBus 12 wraz z grafiką przedstawiającą widok przedmiotowego autobusu, parametry tam przedstawione takie jak np. długość 12 000 mm, szerokość 2 550 mm czy wysokość 3 400 mm, pokrywają się z wymaganiami Zamawiającego.

Ponadto z powszechnie dostępnych informacji, wynika że autobus „Neso Bus 12” testowany był w Szczecinie począwszy od 10 lipca 2023 roku i kursował na liniach 68, 80 oraz 87. Tym samym parametry techniczne zawierające się w powyższych rysunkach mogły zostać pozyskane przez konkurencję przed wszczęciem przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników:

4.e Szczegółowy opis techniczny oferowanych autobusów – Załącznik nr 9,

4.f Szczegółowy opis techniczny oferowanych systemów informatycznych – Załącznik nr 19, stwierdzić należy, że stanowią one wypełniony formularz/wzór sporządzony przez Zamawiającego. Wymagał on zasadniczo jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez Zamawiającego, stanowiących jawny opis przedmiotu zamówienia. Dane te nie pochodziły zatem od wykonawców, nie stanowiły ich unikalnego know-how i nie ujawniają procesu technologicznego stosowanego w przedsiębiorstwie wykonawcy. 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. Natomiast wskazane przez Zamawiającego poszczególne punkty tabel ujętych w ww. załącznikach, które wykonawca naniósł samodzielnie, nie zawierają informacji, których pozyskanie przez konkurencję (z powszechnie istniejących źródeł) byłoby problematyczne, a ich rozpowszechnianie i upublicznienie mogłoby zagrażać pozycji wykonawcy na rynku.

Odnosząc się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika 4.j.1 Polityka Jakości-sig, stwierdzić należy, że załącznik ten zawiera w swojej treści jedynie ogólnie używane zwroty, takie jak przykładowo:

- „W procesie produkcji przestrzegamy wymagań prawnych oraz szanujemy środowisko naturalne, kładąc szczególny nacisk na rozwój proekologicznych procesów z minimalnym zużyciem energii.”
- „Dzięki zaawansowanym technikom pomiarowym, zapewniamy najwyższą możliwą jakość wyrobu końcowego.”
- „Pracownikom zapewniamy bezpieczne i higieniczne warunki pracy oraz możliwość ciągłego doskonalenia umiejętności i rozwoju osobistego.”
- „Jako największy kapitał firmy, każdy pracownik jest darzony szacunkiem i zaufaniem a równouprawnienie jest normą.”

Z uwagi na powyższe, wskazać należy, że zapisy te nie stawiają jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacji, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem działalności.

Podsumowując, Zamawiający poprzez uznanie wymienionych wyżej dokumentów/informacji wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

Stwierdzone 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 Pzp działań lub zaniechań Zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.