



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ4.440.115.2024.MŁ

dot. KU/111/24/DKZP

Warszawa, dnia 29.01.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. w Tarnowie ul. Okrężna 9 33-100 Tarnów
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	Zakup autobusów dla MPK Tarnów z napędem elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	12.06.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	Dz.U. S: 115/2024 nr 351730-2024
Wartość zamówienia:	51 750 000,00 zł (tj. 11 159 992,00 euro)
Środki UE:	Krajowy Plan Odbudowy i Zwiększania Odporności
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe

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. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 56 ust. 4 w zw. z aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp – w zakresie naruszenia sformułowane zostało zalecenie w zakresie odebrania oświadczeń zgodnie z art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 3 ustawy Pzp,
- 3) art. 124 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 pkt 3 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), poprzez wymaganie od wykonawców przedstawienia podmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności finansowej niezgodnie z aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania brzmieniem § 8 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia,
- 4) 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,
- 5) 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 dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do podmiotów krajowych,
- 6) art. 137 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez wskazanie w projekcie umowy na nieaktualny przepis art. 439 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp,

- 7) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujednolicenia zapisów Projektu umowy w zakresie podwykonawstwa,
- 8) art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia całości SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- 9) art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części dokumentacji postępowania,
- 10) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrotu wadium po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą,
- 11) 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 wykonawców w tym zakresie.

UZASADNIENIE

1. W ramach przekazanej dokumentacji postępowania Zamawiający załączył m.in. oświadczenia, o których mowa w art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczące osób, które wykonywały czynności związane z przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania. Przekazane oświadczenia nie odnosiły się, do aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, pismami z dnia 19.11.2024 r. oraz z dnia 03.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o nadesłanie oświadczeń wskazanych w art. 56 ust. 4 w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp złożonych przez wszystkie osoby, o których mowa w art. 56 ust. 1 ustawy Pzp. Oświadczenia powinny odnosić się, do aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp i w przypadku osób, które nie podlegają wyłączeniu z dokonywania czynności, wskazywać, że:

- a) nie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- b) nie pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia oraz nie są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli oraz nie pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- c) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, nie otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu oraz nie były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

d) nie pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Jednocześnie, pismem z dnia 19.11.2024 r., Zamawiający został poproszony o nadesłanie oświadczeń wskazanych w art. 56 ust. 4 w zw. z art. 56 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, złożonych przez p. Annę Reising.

Wraz z pismem z dnia 20.11.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „Przesłanie oświadczenia nie jest możliwe. Pani Prezes Anna Reising, zmagając się z nieuleczalną chorobą zmarła w dniu 06.08.2024r. przed datą złożenia ofert nie sporządziwszy oświadczenia z art. 56 ust. 3 Pzp. Od momentu wszczęcia postępowania p. Prezes znajdowała się w stadium terminalnym choroby nowotworowej, była sporadycznie w pracy, pracę wykonywała zdalnie na chwilę obecną nie ma możliwości odnaleźć przekazanego druku oświadczenia do podpisu.”.

Ponadto, Zamawiający uzupełnił część dokumentacji dotyczącej oświadczeń wskazanych w art. 56 ust. 4 w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp. Z tym, że uzupełnione oświadczenia dotyczące: p. Tomasza Siedleckiego, p. Anny Dynek oraz p. Magdaleny Skiby, tj. osób które wykonywały jako inne osoby czynności związane z przeprowadzeniem postępowania, nie odnosiły się, do aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, pismem z dnia 20.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o nadesłanie oświadczeń wskazanych w art. 56 ust. 4 w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp złożonych przez p. Tomasza Siedleckiego, p. Annę Dynek, p. Magdalenę Skibę. Oświadczenia powinny odnosić się, do aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp i w przypadku osób, które nie podlegają wyłączeniu z dokonywania czynności, wskazywać, że:

- a) nie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- b) nie pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia oraz nie są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli oraz nie pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- c) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, nie otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu oraz nie były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- d) nie pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Wraz z pismem z dnia 30.12.2024 r. Zamawiający nadesłał m.in. oświadczenia, o których mowa w art. 56 ust. 4 w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp złożone przez ww. osoby oraz dodatkowo złożone przez p. Roberta Pacana, przy czym oświadczenia te nie odnosiły się, do aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 56 ust. 4 ustawy Pzp, osoby, o których mowa w ust. 1 i 3, składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w ust. 2 lub 3. Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

Natomiast zgodnie z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, konflikt interesów występuje wówczas, gdy osoby wymienione w ust. 1:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Z kolei art. 56 ust. 1 ustawy Pzp, określa kategorię osób po stronie zamawiającego, podlegających wyłączeniu z dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na wystąpienie po ich stronie konfliktu interesów. Należą do nich 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.

Czynnościami związanymi z przeprowadzeniem postępowania w świetle zamieszczonej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, są czynności wykonywane od momentu wszczęcia postępowania do jego zakończenia zawarciem umowy w sprawie zamówienia

publicznego albo jego unieważnieniem, z tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Należą do nich w szczególności czynności, takie jak: udzielanie wyjaśnień treści dokumentów zamówienia, badanie wniosków lub ofert, negocjacje, ocena podmiotowa wykonawców, odrzucenie wniosków lub ofert, wybór najkorzystniejszej oferty czy też unieważnienie postępowania. Wyłączenie z uwagi na konflikt interesów nie dotyczy osób wykonujących czynności przed wszczęciem postępowania, związanych z jego przygotowaniem, jeżeli osoby te następnie nie wykonują żadnych czynności po wszczęciu postępowania. Czynnościami takimi są w szczególności: ustalanie wartości szacunkowej zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, ustalenie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert.

Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że każda osoba wykonująca czynności związane z przeprowadzeniem postępowania zobligowana jest do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 56 ust. 4 ustawy Pzp, niezależnie od tego, czy czynności przez nią podjęte zostały wykonane przed czy po otwarciu ofert (tj. po ostatecznym ujawnieniu się wykonawców biorących udział w postępowaniu).

Zaniechanie złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 56 ust. 4 w zw. z aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp przez ww. osoby, stanowi naruszenie art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie uwzględnić należy wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące braku możliwości złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp przez p. Annę Reising.

Zalecenie:

Zgodnie z art. 56 ust. 5 ustawy Pzp oświadczenie o istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 2, składa się niezwłocznie po powzięciu wiadomości o ich istnieniu, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu zaleca odebranie od nw. osób, tj.:

- p. Roberta Pacana,
- p. Tomasza Siedleckiego,
- p. Anny Dynek,
- p. Magdaleny Skiby,

oświadczeń zgodnie z art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z aktualnym na dzień wszczęcia (zgodnie z art. 130 ust. 1 ustawy Pzp, momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej), przedmiotowego postępowania art. 56 ust. 2 ustawy Pzp nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarciem umowy.

Zgodnie z art. 616 ust. 5 ustawy Pzp, Kierownik zamawiającego, na wniosek Prezesa Urzędu, pisemnie informuje o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych.

2. W ramach przekazanej dokumentacji postępowania Zamawiający nie załączył oświadczenia, o których mowa w art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczącego p. Anny Reising.

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 19.11.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o nadesłanie oświadczeń wskazanych w art. 56 ust. 4 w zw. z art. 56 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, złożonych przez p. Annę Reising.

Pismem z dnia 20.11.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Przesłanie oświadczenia nie jest możliwe. Pani Prezes Anna Reising, zmagając się z nieuleczalną chorobą zmarła w dniu 06.08.2024 r. przed datą złożenia ofert nie sporządziwszy oświadczenia z art. 56 ust. 3 Pzp. Od momentu wszczęcia postępowania p. Prezes znajdowała się w stadium terminalnym choroby nowotworowej, bywała sporadycznie w pracy, pracę wykonywała zdalnie na chwilę obecną nie ma możliwości odnalezienia przekazanego druku oświadczenia do podpisu.”

Zgodnie z art. 56 ust. 4 ustawy Pzp, osoby, o których mowa w ust. 1 i 3, składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w ust. 2 lub 3. Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

Jednocześnie, 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 2022 r. poz. 1138, z późn. zm.10)), zwanej dalej „Kodeksem karnym”, o ile nie nastąpiło zatarcie skazania.

Następnie zgodnie z art. 56 ust. 6 ustawy Pzp, oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 3, składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 130 ust. 1 ustawy Pzp, momentem wszczęcia postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia, odnoszące się do daty złożenia ofert stoją w sprzeczności z art. 56 ust. 6 ustawy Pzp, który wskazuje, że ww. oświadczenie składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania. Tym samym stwierdzić należy, że zaniechanie złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 3 stanowi naruszenie art. 56 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Z przekazanej dokumentacji postępowania wynika, iż zgodnie z Rozdziałem X.1.2d) SWZ, Zamawiający żądał na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności finansowej, informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 03.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o udzielenie wyjaśnień na jakiej podstawie Zamawiający żądał od wykonawców w Rozdziale X.1.2.d) SWZ, na potwierdzenie warunku zdolności finansowej, informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z aktualną na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania treścią § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju 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), dalej jako: "rozporządzenie", w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Pismem z dnia 06.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „Zamawiający wyjaśnia, iż użycie sformułowania „przed terminem składania ofert”, zamiast „przed jej złożeniem”, stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że w przypadku wątpliwości, zastosowanie miałoby 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, tym samym omyłka nie miała wpływu na przebieg i wynik postępowania. W SWZ w rozdziale X w ust.1 Zamawiający wskazał iż wezwany Wykonawca którego oferta zostanie najwyżej oceniona ma złożyć aktualne na dzień złożenia podmiotowe środki dowodowe. (...)”

Zgodnie z art. 124 pkt 2) ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Należy zauważyć, że opis powyższego dokumentu wskazany w SWZ nie uwzględnia aktualnej na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania treści 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej również jako „rozporządzenie”. W dniu 7 września 2023 r. zostało ogłoszone w Dzienniku Ustaw pod poz. 1824 rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 3 sierpnia 2023 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które weszło w życie z dniem 22 września 2023 r., a tym samym miało zastosowanie do postępowań wszczętych po tej dacie, w tym postępowania objętego niniejszą kontrolą, które zostało wszczęte w dniu 12.06.2024 r.

Zgodnie z aktualną na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania treścią § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia (jak to zostało wskazane w piśmie z dnia 03.12.2024 r.), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający wymagając od wykonawców przedstawienia podmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności finansowej niezgodnie z aktualnym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania brzmieniem § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, dopuścił się naruszenie art. 124 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji opis warunków udziału w postępowaniu. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera natomiast wykazu podmiotowych

środków dowodowych wymaganych w celu wykazania spełnienia poszczególnych warunków. Zamawiający nie dokonał też zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w celu uzupełnienia brakujących informacji.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 03.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o udzielenie wyjaśnień, dlaczego Zamawiający zaniechał wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jedynie w przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania się doświadczeniem w dostawach Zamawiający wskazał: „Z załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie (załącznik nr 8a do SWZ).”

Pismem z dnia 06.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6. informacje ogólne - zawarł zapis: 6. 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 wskazanych w rozdziale X SWZ i omyłkowo nie wskazał w pkt 5.1.9. kryteria kwalifikacji wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. W miejscu zdolność techniczna i zawodowa Zamawiający wskazał wymagane dokumenty. Ogłoszenie wraz z SWZ ukazało się na stronie prowadzonego postępowania w tym samym dniu. Każdy zainteresowany Wykonawca miał możliwość zapoznania się z warunkami udziału w postępowaniu. Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania z powodu braku wymaganych dokumentów. (...)”

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 wykonawczego (UE) 2019/1780 ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w Tabeli 2 opisującej pola w standardowych formularzach i ogłoszeniach, w polu BG-702 należy zawrzeć „informacje na temat kryteriów (lub kryterium) kwalifikacji. Należy wymienić wszystkie kryteria. Informacje te mogą się różnić w zależności od części zamówienia”. W dalszym polu BT-750 określa się „Krótki opis kryterium (lub kryteriów) kwalifikacji, w tym wymogi minimalne, wymagane informacje (np. oświadczenia własne, dokumenty) oraz sposób, w jaki kryterium lub kryteria zostaną wykorzystane do wyboru kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do drugiego etapu procedury (jeżeli określono maksymalną liczbę kandydatów)”.

Dodatkowo, w Instrukcji wypełniania ogłoszenia o zamówieniu przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych, opisano, że we wzorze ogłoszenia w zakładce Warunki przetargu, w polu BT-750 (LOT): „Wskazuje się opis warunków udziału w postępowaniu, wymagane dokumenty składane na potwierdzenie ich spełniania oraz sposób, w jaki kryterium lub kryteria zostaną wykorzystane do wyboru kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do drugiego etapu procedury (jeżeli określono maksymalną liczbę kandydatów)”.

Jak wynika z powyższego, rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. nakłada obligatoryjny obowiązek podawania w ogłoszeniu o zamówieniu podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia każdego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający musi zatem dopilnować zawarcia w treści ogłoszenia kompletnej listy podmiotowych środków dowodowych. Jak wskazano wyżej, w kontrolowanym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera natomiast wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu wykazania spełnienia postawionych warunków.

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 5.1.9 Kryteria kwalifikacji poprzez podanie podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu.

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.

5. Z przekazanej dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający wskazał w pkt 2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, na dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu tylko do podmiotów zagranicznych.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 03.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o udzielenie wyjaśnień, zaniechania wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do podmiotów krajowych.

Pismem z dnia 06.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „Informacje dotyczące podstaw wykluczenia Zamawiający zawarł w pkt 2.1.2 i pkt 2.1.6 Ogłoszenia o zamówienia. Z uwagi na brak możliwości umieszczenia pełnej informacji w pkt 2.1.2. informację dotyczącą podstaw do wykluczenia z postępowania Zamawiający zawarł w pkt. 2.1.6.

Zamawiający w pkt.5.1.6. Ogłoszenia o zamówieniu umieścił zapis:

6. 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 wskazanych w rozdziale X SWZ.

W związku z powyższym, z uwagi na ograniczoną liczbę znaków w formularzu, a tym samym brakiem możliwości umieszczenia pełnej informacji w pkt 2.1.2. oraz w pkt. 2.1.6. Zamawiający uznał taką formę za wystarczającą. (...)”

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, 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.

Zamawiający zaniechał zatem wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych od wykonawców krajowych w celu wykazania braku podstaw do

wykluczenia. Zamawiający nie dokonał też zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w celu uzupełnienia brakujących informacji.

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 pominiętych podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia od wykonawców krajowych.

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.

6. Z przekazanej dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający w § 11 ust. 3 załączonego do SWZ projektu umowy, wskazał, że: *„W przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wysokości wynagrodzenia umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, których Wykonawca jest lub był stroną w dacie, od której nastąpiła bądź nastąpi zmiana wysokości kosztów wykonania umowy uzasadniająca zmianę wysokości wynagrodzenia.”*

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 03.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o udzielenie wyjaśnień, dlaczego Zamawiający zaniechał wskazania w § 11 ust. 3 projektu umowy informacji o dostawach.

Pismem z dnia 06.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: *„Zamawiający wyjaśnia, iż omyłkowo nie została wskazana w §11 ust. 3 Umowy informacja o „dostawach”. Zamawiający jednocześnie zwraca uwagę, iż przepis art. 439 ust. 5 Pzp. nakazuje, aby wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zwaloryzowane w oparciu o postanowienia art. 439 ust. 1–3 Pzp., dokonał zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przy czym okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy. Tym samym przepis ten stanowi ustawową dyspozycję kierowaną do Wykonawcy, stanowi ius cogens i omyłkowe ominięcie „dostaw” w Umowie nie powoduje, że Wykonawca z obowiązku waloryzacji*

wynagrodzenia podwykonawców jest zwolniony. Tym samym omyłka ta pozostaje irrelevantna dla zakresu obowiązków wykonawcy.

Nadmieniam, że w §11 ust. 1 Umowy Zamawiający odnosi się do całego przedmiotu umowy.”.

Zgodnie z aktualną na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania treścią art. 439 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp, wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi.

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Za uzasadniony przypadek do dokonania zmian SWZ, w rozumieniu ww. przepisu, uznać należy okoliczność polegającą na wskazaniu w projekcie umowy nieaktualnej na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania treści art. 439 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający wskazując w projekcie umowy na nieaktualny przepis, o którym mowa powyżej, naruszył art. 137 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

7. Z przekazanej dokumentacji postępowania wynika, iż zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie do treści SWZ w piśmie z dnia 16.07.2024 r., tj.

„Pytanie 27.

Zamawiający we wzorze umowy par. 4 ust. 1 pisze: „Do zawarcia przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą jest wymagana pisemna zgoda Zamawiającego, pod rygorem nieważności” Prosimy o potwierdzenie, że konieczność zawarcia umów z podwykonawcą, dotyczy jedynie podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych.”

Zamawiający odpowiedział:

„Odp. na pytanie 27

Zamawiający potwierdza, że konieczność zawarcia umów z podwykonawcą, dotyczy jedynie podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych.”

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 20.12.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o udzielenie wyjaśnień, tj. zaniechania dokonania zmiany zapisów Projektu umowy, poprzez niedostosowanie (nieujednolicenie) pozostałych zapisów § 4 do ww. udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 27, w zakresie podwykonawstwa dotyczącego dostaw.

W jakim celu Zamawiający wskazał w § 4 Projektu umowy wymagania dotyczące podwykonawstwa w zakresie dostaw, skoro konieczność zawarcia umów z podwykonawcą, dotyczy jedynie podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych.

Pismem z dnia 30.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Zamawiający nie dokonał ujednolicenia treści Projektu umowy w sposób wynikający z udzielonej odpowiedzi w zakresie dot. dostaw. Tym niemniej nie może budzić wątpliwości, że w drodze interpretacji wynikającej z odpowiedzi na pyt. 27 tekstu umowy konieczność zawarcia umów z podwykonawcą, dotyczy jedynie podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych.

Nie ujednolicenie zapisów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania jak też bez wpływu na zakres zobowiązania wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa.”

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Za uzasadniony przypadek do dokonania zmian SWZ, w rozumieniu ww. przepisu, uznać należy okoliczność polegającą na udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie 27, o którym mowa powyżej. W następstwie udzielonej odpowiedzi na Zamawiającym spoczywał obowiązek ujednolicenia treści SWZ (w tym przypadku załącznika do SWZ jakim jest Projekt umowy), w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości jakie mogą mieć wykonawcy w celu sporządzenia prawidłowej oferty.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający wskazując w odpowiedziach do treści SWZ na konieczność zawarcia umów z podwykonawcą, jedynie w przypadku podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych bez ujednolicenia pozostałych zapisów § 4 Projektu umowy, w tym zakresie, tj. pozostawiając zapisy dotyczące podwykonawstwa w zakresie dostaw, naruszył art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

8. Z nadesłanej do kontroli uprzedniej dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 351730-2024, Numer wydania Dz.U. S: 115/2024 z dnia 14.06.2024 r. Specyfikacja Warunków Zamówienia, dalej jako: „SWZ”, została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania, pod adresem: https://platformazakupowa.pl/pn/mpk_tarnow od dnia 14.06.2024 r. [pkt 9 protokołu postępowania (druku ZP-PN)]. Natomiast, stanowiący pierwotną część SWZ Program Funkcjonalno-użytkowy / PFU z załącznikami (wskazany jako integralny element SWZ w spisie na stronie nr 46), został uzupełniony w dniu 18.06.2024 r. o brakujący załącznik nr 2.3 –

Warunki techniczne zasilania w energię elektryczną. Powyższe oznacza, że kompletny Program Funkcjonalno-użytkowy / PFU z załącznikami został udostępniony w terminie późniejszym.

Zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

Z treści powyższego przepisu wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia całości SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tym samym, udostępnienie kompletnego Programu Funkcjonalno-użytkowego / PFU z załącznikami stanowiącego część SWZ, 4 dni później niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. w dniu 14.06.2024 r., stanowi naruszenie art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie powyższego przepisu nie miało wpływu na wynik postępowania.

9. Z nadesłanej do kontroli uprzedniej dokumentacji wynika, że nw. wykonawca:

1. ARTHUR BUS Sp. z o.o. w dniu 23.08.2024 r. złożył wniosek o udostępnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym m.in. ofert oraz wszystkich załączników nie podlegających zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, (Zamawiający odpowiedział na wniosek w dniu 26.08.2024 r.).
2. AUTOSAN w dniu 19.09.2024 r. złożył wniosek o udostępnienie złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, (Zamawiający odpowiedział na wniosek w dniu 23.09.2024 r.).
3. ELEKTROTIM S.A. w dniu 21.10.2024 r. złożył wniosek o udostępnienie m.in. złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert oraz kompletnej korespondencji, (Zamawiający odpowiedział na wniosek w dniu 25.10.2024 r.).

Pismem z dnia 27.08.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. o odtajnieniu części załączników do oferty, które wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

- Dane zawarte w załączniku nr 1 do oferty dotyczące zużycia energii,
- Dane zawarte w załączniku nr 7 do oferty.

Pismem z dnia 02.09.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Irizar e-mobility S.L. o odtajnieniu wszystkich załączników do oferty, które wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 20.12.2024 r., Zamawiający został poproszony o udzielenie m.in. wyjaśnień, tj.:

- wskazanie, które z odtajnionych dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający przekazał każdej z firm, które składały wnioski o udostępnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania, tj.: ARTHUR BUS Sp. z o.o., AUTOSAN, ELEKTROTIM S.A. Poproszono o nadesłanie potwierdzeń przekazania tych dokumentów każdej z ww. firm;
- czy dokumentację którą Zamawiający odtajnił, a później anulował czynność odtajnienia, Zamawiający przekazał firmom, które składały wnioski o udostępnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania, tj.: ARTHUR BUS Sp. z o.o., AUTOSAN, ELEKTROTIM S.A.

Pismem z dnia 30.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Do firmy ARTHUR BUS Sp. z o.o., oraz AUTOSAN, nie zostały przesłane dokumenty Odtajnione firmy Solaris tj; Załącznik nr 1 i Załącznik nr 7 oraz odtajnione dokumenty firmy Irizar , ze względu na fakt że wnioski o udostępnienie dokumentacji przetargowej od powyższych podmiotów wpłynęły oraz zostały zrealizowane przed postanowieniem o odtajnieniu. Do firmy ELEKTROTIM S.A. przesłane został kpl dokumentów, odtajnione również. (...).

Dokumenty te nie zostały przekazane firmom, które składały wnioski o udostępnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania, tj.: ARTHUR BUS Sp. z o.o., AUTOSAN, ELEKTROTIM S.A., gdyż Zamawiający oczekiwał na odpowiedź od firmy Solaris. Z chwilą odwołania się firmy Solaris od tej decyzji Zamawiający po dokonaniu powtórnej analizy anulował czynności odtajnienia. (...).”

Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

- 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
 - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, w pierwszej kolejności nie można się zgodzić z twierdzeniem, że wniosek o udostępnienie dokumentacji przetargowej od firmy AUTOSAN wpłynął oraz został zrealizowany przed postanowieniem o odtajnieniu. Z wyżej przytoczonych informacji wynika, że firma AUTOSAN złożyła wniosek o udostępnienie złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert w dniu 19.09.2024 r., tymczasem:

- pismem z dnia 27.08.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. o odtajnieniu części załączników do oferty,

- pismem z dnia 02.09.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Irizar e-mobility S.L. o odtajnieniu wszystkich załączników do oferty.

Niezależnie od powyższego, nie można zgodzić się z uzasadnieniem nie przesłania dokumentów odtajnionych z uwagi na to, że *„wnioski o udostępnienie dokumentacji przetargowej od powyższych podmiotów wpłynęły oraz zostały zrealizowane przed postanowieniem o odtajnieniu”*. Należy podkreślić, że nie ma tutaj znaczenia, moment wpływu wniosku do Zamawiającego, tj. przed dokonaniem czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przepis art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, reguluje zakres czynności do jakich zobowiązany jest Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, po złożeniu wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania, Zamawiający zobowiązany jest udostępnić dokumentację zgodnie z przepisami ustawy Pzp, czyli w tym przypadku po dokonaniu czynności odtajnienia części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeśli udostępnienie dokumentacji jest uzależnione od etapu postępowania, Zamawiający powinien udostępnić ją samodzielnie w częściach, nie czekając, aż podmiot, ponownie złoży wniosek o jej udostępnienie. Tym samym, jeżeli w toku postępowania Zamawiający dokonuje oceny zasadności objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, skutkiem której jest odtajnienie części informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, Zamawiający zobowiązany jest udostępnić odtajnione dokumenty/informacje wszystkim podmiotom, które wniosowały o wgląd do dokumentacji postępowania, bez względu na moment złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania.

Reasumując, zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części dokumentacji postępowania w ww. zakresie, stanowi naruszenie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

10. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 06.12.2024 r. Obie złożone w postępowaniu oferty były zabezpieczone wadium w formie gwarancji przetargowej. Jedna z ofert została odrzucona.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 20.12.2024 r., Zamawiający został poproszony o udzielenie m.in. wyjaśnień, czy wykonawca Irizar e-mobility S.L. zwracał się do Zamawiającego o zwrot wadium. Jeśli tak poproszono o nadesłanie kompletnej dokumentacji w tym zakresie.

Wraz z pismem z dnia 30.12.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: *„Wykonawca Irizar e-mobility S.L. nie zwracał się do Zamawiającego o zwrot wadium. Tym niemniej dokument gwarancji ubezpieczeniowej został zwrócony wykonawcy za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 23.12.2024 r.”*

Z nadesłanej dokumentacji wynika, że Zamawiający w dniu 23.12.2024 r. odesłał gwarancję przetargową, wykonawcy Irizar e-mobility S.L., drogą elektroniczną na adres: mirizar@irizar-emobility.com.

Następnie, w toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 13.01.2025 r., Zamawiający został poproszony o udzielenie m.in. wyjaśnień, czy zwrócił wadium w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o nadesłanie kompletnej dokumentacji w tym zakresie.

Wraz z pismem z dnia 14.01.2025 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „W dacie zadania pytania tj. 13.01.2025 r. gwarancja nie zabezpieczała już oferty Irizar e-mobility S.L., niezależnie od jej zwrotu - oświadczenie Zamawiającego z dnia 30.12.2024 r. (przesłanego za poprzednim pismem Zamawiającego z dnia 30.12.2024 r.), gdyż niezależnie od wydanego przez Zamawiającego oświadczenia gwarancja wadialna nr TH-691077, wydana przez ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A., z numerem identyfikacji podatkowej A70302039 i siedzibą pod adresem cl. Cantón Claudino Pita, 2, 15300 Betanzos, A Coruña, Hiszpania, wygasta z dniem 30.12.2024 r.

Ponad to złożone wadium w formie gwarancji bankowej było nieprawidłowe i nie zabezpieczało w sposób należyty postępowania. (...).

Tym samym sprawa dot. ww. gwarancji niezależnie od braku wpływu związanych z nią czynności Zamawiającego na wynik postępowania stała się bezprzedmiotowa wobec wskazanej expiracji ww. gwarancji z obrotu prawnego.

Zamawiający nie dokonał zwrotu wadium wykonawcy Solaris Bus & Coach, ponieważ nie została zawarta umowa. Wykonawca z własnej inicjatywy dokonał przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium w formie gwarancji. (...).”

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Następnie zgodnie z art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Z przekazanych wyjaśnień oraz nadesłanej dokumentacji wynika, że Zamawiający zaniechał zwrotu wadium w przypadku wszystkich wykonawców, którzyłożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W przypadku wykonawcy Irizar e-mobility S.L., Zamawiający uzasadnił zaniechanie zwrotu wadium m.in. tym, że: „(...) gwarancja nie zabezpieczała już oferty Irizar e-mobility S.L., (...), wygasta z dniem

30.12.2024 r. (...). Ponad to złożone wadium w formie gwarancji bankowej było nieprawidłowe i nie zabezpieczało w sposób należyty postępowania”.

Z powyższym uzasadnieniem nie można się zgodzić, bowiem przepis art. 98 ust. 1 ustawy Pzp nie uzależnia zwrotu wadium od jego należytego wniesienia czy też wygaśnięcia, a jedynie wskazuje na 7 dniowy termin w jakim Zamawiający dokonuje zwrotu wadium zależnie od momentu zaistnienia określonych zdarzeń, tj.:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Podkreślić należy, że Zamawiający dokonuje zwrotu wadium od momentu, w którym zaistnieje jedna z ww. przesłanek zwrotu wadium, zależnie od tego która z nich zaistnieje pierwsza.

Ponadto wskazać należy, że w sytuacji zabezpieczenia oferty wadium w formie gwarancji przetargowej, zwrot wadium powinien polegać na złożeniu gwarantowi, w określonym przez art. 98 ust. 1 ustawy Pzp terminie oświadczenia o zwolnieniu wadium, a nie jak to zrobił Zamawiający w przypadku Irizar e-mobility S.L., na adres wykonawcy i po terminie wskazanym w tym przepisie.

W przypadku wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., Zamawiający uzasadnił zaniechanie zwrotu wadium m.in. tym, że: *„(...) nie została zawarta umowa. Wykonawca z własnej inicjatywy dokonał przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium w formie gwarancji.”*

W pierwszej kolejności, stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu upłynął określony przez Zamawiającego termin związania ofertą. Tym samym zaistniała pierwsza z przesłanek zwrotu wadium, określona w art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i w przedmiotowym postępowaniu jest to moment przed terminem podpisania umowy. Z uwagi na powyższe nie można się zgodzić z Zamawiającym, że zwrotu wadium nie można było dokonać przed zawarciem umowy.

Ponadto wskazać należy, że przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium można dokonać tylko i wyłącznie w oparciu o art. 220 ust. 3 ustawy Pzp, tj. w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni.

Zgodnie z powyższym przepisem w przypadku, gdy ze względu na tok postępowania dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, Zamawiający jeszcze przed upływem terminu związania ofertą ma obowiązek zwrócenia się do

wykonawców o wyrażenie przez nich zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez Zamawiającego okres. Przepis jednoznacznie wskazuje na Zamawiającego jako podmiot posiadający inicjatywę do przedłużenia terminu związania ofertą. Odmienne niż w art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, inicjatywy pozbawiony został wykonawca, aktualnie może on jedynie odnieść się do wezwania Zamawiającego, jeśli zostało wystosowane zgodnie z art. 220 ustawy Pzp. Wykonawca nie jest upoważniony na gruncie przepisów ustawy Pzp do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający występuje o takie przedłużenie terminu związania ofertą tylko raz, a żądany okres przedłużenia związania ofertą nie może przekroczyć 60 dni.

Reasumując, z przedstawionych przez Zamawiającego wyjaśnień oraz nadesłanej dokumentacji wynika, że w przedmiotowym postępowaniu zaniechano zwrotu wadium po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, co stanowi naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

11. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. powołując się na art. 18 ust. 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.) zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł informacje zawarte m.in. w załącznikach do oferty nr:

- 14. Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu,
- 15. Raport SORT-2,
- 16. Homologacja – reg. 118.02 EKG ONZ,
- 17. Homologacja – reg. 107 EKG ONZ,
- 18. Homologacja – reg. 93 EKG ONZ,
- 19. Homologacja – reg. 66 EKG ONZ.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych wraz z ofertą Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. przedstawił m. in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji. Zgodnie z wyjaśnieniami:

„a) Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu

Informacje zawarte w w/w dokumencie zawierają szczegółowe dane techniczne m.in.: o masach i wymiarach pojazdu, naciskach na osie, parametrach ekologicznych, przekroje konstrukcji pojazdów, rysunki kabiny kierowcy itp., które ujawniają stosowane i wypracowane przez lata rozwiązania techniczne stosowane przez Wykonawcę.

Udostępnienie ww. danych mogłoby posłużyć konkurencji do skopiowania rozwiązań Wykonawcy, a co za tym idzie do przygotowania własnego wariantu pojazdu o potencjalnie lepszych parametrach technicznych. Brak zachowania informacji w poufności spowodowałoby szkodę majątkową po stronie

Wykonawcy, który przeznaczył znaczne środki finansowe na badania i rozwój w celu uzyskania pozycji lidera na rynku.

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, uniemożliwi efektywne konkutowanie w procedurach publicznych, a co za tym idzie zdobywanie kontraktów.

b) Homologacja – reg. 118.02 EKG ONZ

Informacje zawarte w homologacji palności stanowią zbiór wiedzy odnośnie materiałów stosowanych do budowy wnętrza autobusów, w szczególności zawierają dane dotyczące materiałów używanych dla budowy sufitu, tylnych i bocznych ścian, podłogi, półek bagażowych, wyłożenie komory silnika, przewody, w tym szczegóły dotyczące ich grubości, a także zawierają rysunki techniczne pojazdów oraz dokumentację fotograficzną zabudowy.

Dobór tych materiałów jest wynikiem wieloletnich doświadczeń i znacznych nakładów pracy nad oferowanymi produktami i stanowi podlegającą należytej ochronie własność Wykonawcy. Wartość gospodarcza ww. danych przejawia się w możliwości ofertowania pojazdów jak najbardziej optymalnych w zestawieniu cena – jakość. Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, ujawniałoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy, rodzaj materiałów wykorzystanych do produkcji autobusu, a nawet bazę dostawców czy pracochłonność procesów, powodując możliwość zacerpnienia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy.

c) Homologacja – reg. 107 EKG ONZ, Homologacja – reg. 93 EKG ONZ, Homologacja – reg. 66 EKG ONZ, Homologacja – reg. 29 EKG ONZ, dane zawarte w załączniku nr 7 do oferty

Parametry techniczne oferowanych autobusów zawarte w ww. załącznikach, zawierają informacje w zakresie danych technicznych oferowanego pojazdu, w szczególności takie jak, wymiary oferowanych pojazdów, pojemność pasażerska, dane techniczne oferowanych rozwiązań (baterii, silników), materiały wchodzące w skład budowy nadwozia i podwozia.

Podobnie w zakresie informacji zawartych w certyfikatach i raportach technicznych składających się na w/w homologacje, podkreślamy, że w tych dokumentach zawarte są szczegółowe informacje techniczne m.in.: o położeniu środka ciężkości, masach i wymiarach pojazdu, przekroje konstrukcji pojazdów, które ujawniają stosowane i wypracowane przez lata rozwiązania techniczne.

Udostępnienie ww. danych mogłoby posłużyć konkurencji do skopiowania rozwiązań Wykonawcy, a co za tym idzie do przygotowania własnego wariantu pojazdu o potencjalnie lepszych parametrach technicznych. Brak zachowania informacji w poufności spowodowałoby szkodę majątkową po stronie Wykonawcy, który przeznaczył znaczne środki finansowe na badania i rozwój w celu uzyskania pozycji lidera na rynku.

d) Raport SORT-2, dane zawarte w załączniku nr 1 do oferty dotyczące zużycia energii

Raport z testu SORT- 2 zawiera informację o zużyciu energii elektrycznej przez pojazd. Tak uzyskany wynik powstaje w oparciu o badanie przeprowadzane w warunkach testowych, zgodnie z procedurą. Zarówno informacja o wyniku testu SORT- 2, jak i sam raport sporządzany po przeprowadzeniu testu, posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą.

Po pierwsze, Wykonawca znając dokładny wynik testu SORT-2, a także oferowane parametry autobusów, jest w stanie w optymalny sposób sporządzić ofertę w postępowaniu, w szczególności skalkulować cenę, ustalić marżę bądź zaproponować inne parametry, takie jak długość gwarancji, warunki serwisu, itp. wiedza na temat wyników SORT-2 i innych kryteriów, które składają się na kryteria oceny ofert w danym postępowaniu, pozwala przygotować Wykonawcy ofertę zgodnie z przyjętym modelem biznesowym.

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, uniemożliwi efektywne konkurowanie 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. Powyższe mogłoby skutkować nie tylko przegraną Wykonawcy w danym postępowaniu, narażając go na szkodę majątkową, ale wręcz wyeliminowaniem go jako skutecznego oferenta z rynku. Warto zauważyć, że taki stan wpłynąłby w sposób niekorzystny na poziom konkurencji, co odbiłoby się także na podmiotach zamawiających.

Po drugie, informacja o wynikach zużycia energii elektrycznej jest dla Wykonawcy istotnym źródłem wiedzy technicznej pozwalającym na wyprodukowanie pojazdu o pożądanym parametrach. Posiadanie tego typu danych (wymagających przeprowadzenia kosztownego i długotrwałego testu) stanowi dla Wykonawcy źródło przewagi konkurencyjnej, dające możliwość oferowania pojazdów o parametrach i kompletacji najoptymalniej dobranych do wymogów zamawiających. W dalszej kolejności należy wskazać, że informacja o wyniku testu SORT – 2, nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk. Nie sposób bowiem przyjąć, że wartość tę można odtworzyć poprzez zwykłe zmierzenie zużycia energii elektrycznej podczas eksploatacji pojazdu w normalnym ruchu miejskim. Podobnie wartość ta nie może być w żaden inny sposób uzyskana przez konkurencję wykonawcy”.

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

Ponadto, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. pismem z dnia 19.09.2024 r. przekazał Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wraz z dokumentami Solaris złożył pismo z oświadczeniem o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone zostały informacje

zawarte m.in. w Załączniku nr 16. Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu – załącznik nr 2b do SWZ.

W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa przekazany wraz z pismem z dnia 19.09.2024 r. wykonawca opisał m. in. charakter zastrzeżonych informacji:

„Parametry techniczne oferowanego autobusu opisane w wyżej wymienionych dokumentach zawierają informacje w zakresie danych technicznych oferowanego pojazdu i oferowanych rozwiązań. Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, ujawniłoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy, parametry komponentów wykorzystanych do produkcji autobusu. Informacje te nie są jawne i mają unikalny charakter, bazując bowiem na analizach wykonanych w oparciu o gromadzone latami know-how Wykonawcy. Co ważne, Wykonawca, przedstawiając ww. informacje, optymalizuje poszczególne parametry, w celu zaprojektowania pojazdu, który spełniając niepowtarzalne wymagania SWZ oraz kryteria oceny ofert, umożliwia wygraną w danym, konkretnym postępowaniu. Wypracowanie takich, a nie innych parametrów jest zadaniem pracochłonnym i skomplikowanym, wymagającym wykorzystania gromadzonej przez wiele lat wiedzy i doświadczenia. Pełni także rolę strategiczną - umożliwiając zdobycie przewagi konkurencyjnej nie tylko w toczącym się postępowaniu, a także w podobnych postępowaniach toczących się równolegle i w przyszłości.

Informacja o producentach komponentów zawarta w ofercie posłużyć może konkurencji do skopiowania rozwiązań Wykonawcy, a co za tym idzie do przygotowania własnego wariantu pojazdu o potencjalnie lepszych parametrach technicznych, lepszych zasięgach.

Podkreślenia wymaga, że wartość gospodarczą dla Wykonawcy ma dokumentacja jako całość, a więc kompletne rozwiązanie oferowane konkretnemu Zamawiającemu. Liczba miejsc pasażerskich siedzących czy też dostępnych z niskiej podłogi będzie jawna po wyprodukowaniu pojazdu, jednakże na etapie toczącego się postępowania przetargowego ważne jest dla Wykonawcy zachowanie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Umożliwienie konkurentom poznania strategii ofertowej Wykonawcy, uniemożliwi efektywne konkutowanie w procedurach publicznych, a co za tym idzie zdobywanie kontraktów. Informacje zawarte w homologacji typu pojazdu pokazują masy pojazdu, rozkłady mas na osie, stosowane komponenty i rozwiązania dlatego ważnym dla wykonawcy jest zachowanie tych informacji jak i całego dokumentu w tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo ujawnienie informacji dotyczących danych technicznych oferowanego pojazdu umożliwiłoby pozostałym oferentom modyfikację ofert w przyszłych postępowaniach, w celu osłabienia pozycji Wykonawcy.”

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 20.12.2024 r. Zamawiający został poproszony m.in. o:

- Udzielenie wyjaśnień wraz ze szczegółowym uzasadnieniem zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego dokumentu pn. „Załącznik nr 2b do SWZ_Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu” zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa i złożonego przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., przy jednoczesnym odtajnieniu tego dokumentu, również zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa i złożonego przez wykonawcę Irizar e-mobility S.L. Czym Zamawiający się kierował rozpatrując prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tego samego dokumentu, tj. uznając że w przypadku wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzeżenie tajemnicy było poprawne, a w przypadku wykonawcy Irizar e-mobility S.L. już nie;
- Udzielenie wyjaśnień, wraz ze szczegółowym uzasadnieniem zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i złożonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., tj.:
 - Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu,
 - Raport SORT-2,
 - Homologacja – reg. 118.02 EKG ONZ,
 - Homologacja – reg. 107 EKG ONZ,
 - Homologacja – reg. 93 EKG ONZ,
 - Homologacja – reg. 66 EKG ONZ,
 - Homologacja – reg. 29 EKG ONZ,
 - Załączniki do pisma złożonego wraz z ofertą „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”.

W odpowiedzi na wezwanie, Zamawiający w piśmie z dnia 30.12.2024 r., wyjaśnił m.in.:

„Na wstępie zwracamy uwagę że nie jest to „ten sam dokument” ale dwa odrębne dokumenty pochodzące od dwóch odrębnych wykonawców. Oceniając skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający kierował się w tym zakresie regulacjami art. 18 ust. 3 Pzp, w szczególności oceniając sposób zastrzeżenia, badając zgodnie z dostępnym orzecnictwem KIO skuteczność wykazania przez obu wykonawców iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Irizar e-mobility S.L. wymogom skutecznego zastrzeżenia tajemnicy nie sprostał wobec wszystkich zastrzeganych dokumentów, gdyż nie złożył uzasadnienia do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wraz z przedłożeniem dowodów, potwierdzających, że wskazane informacje objęte są poufnością, a krąg osób mających dostęp do tych informacji, został ograniczony, a jedynie wskazał, jakie dokumentu uznaje za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał spełnienia żadnej z przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 uznk. (...). Jak wynika z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż z przekazaniem takich informacji. To na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Wykonawca powinien uczynić to jednocześnie z samym zastrzeżeniem.

Tym samym, dla prawidłowego zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

Informacja, objęta zastrzeżeniem:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny i posiada wartość gospodarczą,*
- b) nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze),*
- c) podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

Analiza zastrzeżenia, jak też odniesienie jego treści wraz z załącznikami do wskazanych wymagań ustawy Pzp doprowadziło Zamawiającego do wniosku, że wskazane dokumenty spełniają przywołane wymagania i stanowią skutecznie zastrzoną tajemnicę wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o.

Dowód załącznik:

- stanowisko w sprawie tajemnicy_27.08.pdf”.

Analizując treść powyższego pisma z dnia 27.08.2024 r. pt. „Stanowisko w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” stwierdzić należy, że nie zawiera ono szczegółowego uzasadnienia zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów w oparciu o materiał dowodowy.

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

W pierwszej kolejności należy odnieść się do dokumentów zastrzeżonych przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. złożonych wraz z ofertą w załącznikach nr:

14. Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu,
15. Raport SORT-2,
16. Homologacja – reg. 118.02 EKG ONZ ,
17. Homologacja – reg. 107 EKG ONZ,
18. Homologacja – reg. 93 EKG ONZ,
19. Homologacja – reg. 66 EKG ONZ.

Należy zauważyć, że wbrew uzasadnieniu Solaris, nie wszystkie zastrzeżone dokumenty (pliki) zawierają informacje techniczne przedsiębiorstwa Solaris.

W odniesieniu do Świadectwa homologacji typu pojazdu, dokumenty pn.:

- Zawiadomienie dotyczące rozszerzenia – homologacji typu całego pojazdu zgodnie z rozporządzeniem (UE) 2018/858 (pliki pdf: 14.02_Tajemnica przedsiębiorstwa_Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu_pl-sig, 14.01_Tajemnica przedsiębiorstwa_Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu_en-sig) – nie zawiera żadnych danych o charakterze technicznym, czy też organizacyjnym Solaris. Wykonawca błędnie zatem objął ten dokument tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż żadna okoliczność wskazana w uzasadnieniu zastrzeżenia nie odnosi się do danych zawartych w tym dokumencie, mających charakter czysto formalno-prawny.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących spełnienia wymagań z Regulaminu 118 EKG ONZ, dokumenty pn.:

- *Komunikat dotyczący rozszerzenia homologacji typu pojazdu zgodnie z Regulaminem nr 118* (pliki pdf: 16.01_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 118_pl-sig oraz 16.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 118_en-sig) - zawiera jedynie informacje formalne bez żadnych danych technicznych.
- Raport techniczny nr 120186-20-TAC (pliki 16.05_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 118_TR_pl-sig, 16.04_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 118_TR_en-sig) – zawiera jedynie wyniki badania, bez przytaczania jakichkolwiek danych technicznych.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących spełnienia wymagań z Regulaminu 107 EKG ONZ, dokumenty pn.:

- *Zawiadomienie dotyczące udzielenia homologacji dla typu pojazdu w odniesieniu do regulaminu nr 107* (pliki pdf: 17.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 107 EKG ONZ_pl-sig, 17.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 107 EKG ONZ_en-sig) – zawiera podstawowe dane techniczne, publicznie dostępne. Dokument nie zawiera szczegółowych parametrów technicznych pojazdów, ani ich danych konstrukcyjnych.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących spełnienia wymagań z Regulaminu 66 EKG ONZ, dokument pn.:

- **Komunikat** dotyczący rozszerzenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości jego konstrukcji nośnej zgodnie z regulaminem nr 66 (pliki 19.01_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 66_EKG ONZ_pl-sig, 19.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 66_EKG ONZ_en-sig) – zawiera dane identyfikacyjne modeli pojazdów Solaris poddanych ocenie oraz ich podstawowe dane techniczne, publicznie dostępne. Dokument nie zawiera szczegółowych parametrów technicznych pojazdów, ani ich danych konstrukcyjnych.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących spełnienia wymagań z Regulaminu 93 EKG ONZ, dokument pn.:

- sprawozdanie techniczne nr 121681-22-TAC Badanie przeprowadzone w formie symulacji komputerowej na podstawie Regulaminu EKG nr 93.00 Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów w zakresie zabezpieczeń przed wjechaniem pod przód pojazdu (FUP) (pliki: 18.01_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 93_EKG ONZ_pl-sig, 18.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_Reg 93 EKG ONZ_en-sig) – zawiera dane identyfikacyjne modeli pojazdów Solaris poddanych ocenie oraz ich podstawowe dane techniczne, publicznie dostępne. Dokument nie zawiera szczegółowych parametrów technicznych pojazdów, ani ich danych konstrukcyjnych. Dokument zawiera potwierdzenie zgodności z wymaganiami Regulaminu nr 93.

Solaris niezasadnie wskazuje zatem względem ww. dokumentów, że *Udostępnienie ww. danych mogłoby posłużyć konkurencji do skopiowania rozwiązań Wykonawcy, a co za tym idzie do przygotowania własnego wariantu pojazdu o potencjalnie lepszych parametrach technicznych.* Powyższe dokumenty nie zawierają danych technicznych, bądź zawierają jedynie dane podstawowe, publicznie dostępne. Nie jest zasadne zatem utajnianie tych dokumentów jako informacji technicznych przedsiębiorstwa stanowiących tajemnicę Solaris.

Jednocześnie wykonawca wskazuje na ujawnienie procesu technologicznego stosowanego w przedsiębiorstwie wykonawcy. Nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem, ponieważ w żadnym z ww. dokumentów nie jest opisany ani wyjaśniony proces konstrukcji pojazdu, nie przedstawiono również technologii produkcji autobusu czy też jego kluczowych części. Dokumenty te zawierają wyłącznie oświadczenie co do posiadania lub nie danego parametru, ewentualnie wskazanie konkretnych danych liczbowych, bądź też wskazanie nazwy dokumentu, w którym znajduje się specyfikacja pojazdu.

Ponadto, wykonawca Solaris zastrzegł Raport SORT-2. Zastrzeżony Raport SORT-2 złożony został w celu potwierdzenia parametru technicznego oferowanego pojazdu ocenianego w kryterium Parametry techniczne. W tabeli w rozdz. XVII pkt 2.1.2) SWZ zawarto w pozycji T3 parametr *Zużycie energii elektrycznej w kWh/1km*. Zamawiający żądał wskazania poziomu zużycia energii elektrycznej, potwierdzonego dokumentem z testów zużycia energii elektrycznej w pojazdach elektrycznych, test typu SORT 2. Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu w postaci Raportu

SORT-2 prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim informacji i materiałów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dokument potwierdzający wartość zużycia energii pojazdu nie może być utajniony skutecznie, gdyż tego rodzaju wartość jest wartością wynikową, stanowiącą efekt odpowiedniego doboru konstrukcji pojazdu. Nie ujawnia ona zatem ani jak został skonstruowany i wykonany pojazd, ani jakie technologie zostały wykorzystane do wytworzenia i do budowy pojazdu, w szczególności o jakich charakterystykach sprawności energetycznej, ani jakie zastosowano algorytmy sterowania pojazdem. Nie można na podstawie znajomości samego parametru wartości zużycia energii dla danego odcinka referencyjnego, odtworzyć szczegółów konstrukcyjnych danego pojazdu. Tym samym, wykonawca nie może ponieść szkody w wyniku ujawnienia takiego parametru - taka informacja nie posiada cech chronionych przez przepisy ustawy Pzp, ani uznk.

Podobną ocenę zastrzeżenia parametru zużycia energii, stanowiącego element kryteriów oceny ofert, przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku KIO 2421/17 z dnia 13.12.2017 r., Izba oceniała zastrzeżenie szeregu parametrów technicznych pojazdów szynowych, w tym masę pojazdu oraz wartości zużycia energii elektrycznej. W wyroku KIO stwierdziła brak podstaw do zastrzegania takiej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu KIO wskazała, że *„W ocenie Izby każdy z tych parametrów jest parametrem końcowym nie odkrywającym technologii, czyli chronionego prawem know-how producenta”*. Ponadto, Izba wskazała: *„Izba w tym zakresie podziela pogląd odwołującego, co do twierdzenia, że jest to informacja techniczna o charakterze podstawowym dla oferty wykonawcy, która nie zdradza procesu technologicznego i produkcyjnego uzyskania takiej a nie innej masy oferowanego pojazdu. Izba uważa, wręcz przeciwnie jak przystępujący, że obowiązkiem producenta jest informacja dla rynku to jest również dla konkurentów o tak podstawowym parametrze technicznym jego oferty jak masa pojazdu i jest to nakaz uczciwej konkurencji zachowania rynkowego. (...) Okoliczność, że wyprzedza się konkurentów, czy też należy poczynić nakłady na prace badawczo rozwojowe w celu nie pozostawiania w tzw. „tyle”, jeżeli chodzi o postęp techniczny, nie może być miernikiem kwalifikacji tego rodzaju wiedzy, tj. o poziomie technicznym konkurencji jako czynu nieuczciwej konkurencji. To tak jakby przekładając na dziedzinę sportu należało by utajniać osiągnięte wyniki mistrzów w poszczególnych dziedzinach sportu, ponieważ konkurencja będzie starała się osiągnąć ten wynik czy też jeszcze lepszy wynik. Takie rozumowanie byłoby zaprzeczeniem samej idei „konkurencji” zgodnie z którą sportowcy czy też producenci, którzy chcieliby być zwycięzcami czy też liderami rynku, nie mieliby prawa znać najlepszych wyników konkurentów w branży. Takie rozumowanie wypacza i podważa istnienie jako takiej konkurencji i hamowałoby rozwój w danej branży producentów. W związku z tym przekładając to na dziedzinę zamówień publicznych należy stosować te same reguły jak opisane powyżej, ponieważ wykonawcy mają co prawo znać parametry techniczne (osiągane wyniki), które decydują o tym, że oferta ich konkurenta jest lepiej oceniona od ich oferty. Nie oznacza to, że kwestionowany jest w tym miejscu występujący w orzecznictwie Izby pogląd, że nie ma zasady skoro nie ma wprost przepisu ustawowego nakazującego aby parametry oceniane w*

ramach kryterium oceny ofert nie mogły być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzielać występujący w orzecznictwie pogląd, w niniejszej sprawie ze względu na rodzaj parametrów ocenianych przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert stwierdza, że nie znajduje podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa również pozostałych parametrów, których odtajnienia domaga się odwołujący z uwagi, że są podstawą do oceny oferty w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Takimi informacjami są pozostałe parametry techniczne wymienione w odwołaniu to jest informacja o systemie utrzymania pojazdu (w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego), informacja o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacja o zastosowaniu sprzężarki suchej oraz o zużyciu energii elektrycznej".

Należy również zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt KIO/KU 39/18. KIO w uchwale oceniała zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli Prezesa UZP dotyczącego postępowania na dostawę 50 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej. Po przeprowadzeniu kontroli Prezes UZP stwierdził naruszenie polegające na zaniechaniu przez zamawiającego odtajnienia m. in. informacji technicznych zawartych w dokumentach świadectw homologacji, wyników testów SORT, rysunków technicznych, opisów technicznych autobusów ze względu na unikalność zastosowanych rozwiązań techniczno - konstrukcyjnych. Izba nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego i w uzasadnieniu wskazała: „Część z informacji ze stron 9-12 oferty miało wskazywać na posiadanie przez oferowane autobusy parametrów wymaganych przez zamawiającego, a ponadto niektóre z nich miały wpływ na pozacenowe kryteria oceny ofert. Należy również zauważyć, że przedłożenie raportu drogowego zużycia paliwa wg testu SORT 2 dla oferowanych autobusów, wykonanego wg wytycznych UITP (International Association of Public Transport) przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą upoważnioną do wykonywania takiego testu celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, jest zgodne z wytycznymi, zawartymi w dokumencie „ZIELONE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE - DOBRA PRAKTYKA” (...). 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. (...) Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi „wykazać”, że taką informację rzeczywiście stanowią. W ocenie składu orzekającego wykonawca w kontrolowanym postępowaniu obowiązkowi wykazania, że informacje ze stron 7-12 oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał”.

Powyższe orzeczenia KIO potwierdzają zasadność stwierdzenia, że w kontrolowanej sprawie Solaris niezasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w raporcie SORT-2.

Jedynie na marginesie należy jeszcze wskazać, iż wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. w przeprowadzonym przez Urząd Miasta Rzeszowa, działającego w imieniu i na rzecz Zarządu

Transportu Miejskiego w Rzeszowie, postępowaniu pn. „Zakup autobusów elektrycznych wraz z wykonaniem infrastruktury do ładowania” zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu dokument i informacje. Zamawiający poinformował wykonawcę o bezpodstawnym objęciu klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” części oferty w zakresie m.in. parametru wysokości zużycia energii elektrycznej wg testu SORT-2 w oferowanym autobusie.

W tym miejscu warto też odwołać się do innych postępowań prowadzonych przez Gminę Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa w imieniu i na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Rzeszowie w przedmiocie „Zakup ekologicznego taboru autobusowego – z podziałem na części”, w których wykonawca brał udział obejmując odpowiednio klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” m.in. takie elementy treści oferty jak poniżej wskazane, w których dokonano skutecznego odtajnienia zastrzeżonych informacji co nie spotkało się ze sprzeciwem ze strony wykonawcy:

- w części 1 zamówienia pn. „Dostawa 10 autobusów zasilanych CNG 12 m” oraz w części 2 zamówienia pn. „Dostawa 2 autobusów zasilanych CNG 18 m” – w zakresie wszystkich parametrów związanych z kosztem zużycia energii oraz emisji CO₂ i zanieczyszczeń (SORT-2, tj. jednostkowe zużycie paliwa (gazu ziemnego typu GR) w teście WHTC, emisja jednostkowa w teście WHTC w tym: emisja tlenków azotu (NO_x), emisja węglowodorów (NMHC), masa cząstek stałych (PM Mass),
- w części 3 zamówienia pn. „Dostawa 2 autobusów elektrycznych 18 m” – w zakresie parametrów technicznych związanych ze zużyciem energii elektrycznej (wielkość zużycia energii elektrycznej wg testu SORT-2),

Powyższe utwierdza zatem w przekonaniu, że jeżeli poprzednio odtajnione dane nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa to brak jest obiektywnych przesłanek, by w prowadzonym postępowaniu dane te nie miały zostać odtajnione. Wobec powyższego, zamawiający poinformował, o zdjęciu klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” z niejawnej części oferty złożonej na realizację przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca w zakresie dokonania powyższej czynności nie przedstawił swojego stanowiska (zgody/sprzeciwu) w ww. sprawie, co uznane zostało za brak uwag i zastrzeżeń do wskazanej powyżej czynności zamawiającego.

Z powyższych okoliczności wynika konieczność stwierdzenia, że informacje zawarte w raporcie SORT-2 były już udostępniane publicznie, wobec czego nie można twierdzić, że dane te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Tego rodzajuu informacjom nie przysługuje ochrona opisana w ustawie znk oraz ustawie Pzp.

Podsumowując, Zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez Solaris następujących informacji/dokumentów złożonych wraz z ofertą:

- Zawiadomienie dotyczące rozszerzenia – homologacji typu całego pojazdu zgodnie z rozporządzeniem (UE) 2018/858,
- Komunikat dotyczący rozszerzenia homologacji typu pojazdu zgodnie z Regulaminem nr 118 ,
- Raport techniczny nr 120186-20-TAC

- Zawiadomienie dotyczące udzielenia homologacji dla typu pojazdu w odniesieniu do regulaminu nr 107,
- Komunikat dotyczący rozszerzenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości jego konstrukcji nośnej zgodnie z regulaminem nr 66,
- sprawozdanie techniczne nr 121681-22-TAC Badanie przeprowadzone w formie symulacji komputerowej na podstawie Regulaminu EKG nr 93.00 Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów w zakresie zabezpieczeń przed wjechaniem pod przód pojazdu (FUP,)
- Raport SORT-2.

Następnie należy odnieść się do dokumentu zastrzeżonego przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. i złożonego wraz z pismem z dnia 19.09.2024 r. jako odpowiedź na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wspomniano wyżej, zastrzeżony został w tym przypadku m.in. Załącznik nr 16. Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu – załącznik nr 2b do SWZ

Odnosząc się do uzasadnienia wykonawcy należy zauważyć, że zastrzeżony dokument w postaci: Załącznika nr 16. Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu – załącznik nr 2b do SWZ - stanowi 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.

Podsumowując, Zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez Solaris Załącznika nr 16. Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu – załącznik nr 2b do SWZ, złożonego wraz z pismem z dnia 19.09.2024 r.

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie wymienionych wyżej dokumentów/informacji Solaris Bus&Coach 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 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 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.