



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/105/24/DKZP

DKZP.WKZ6.440.109.2024.IKo

Warszawa, dnia 30.01.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Spółka z o.o. ul. Głogowska 131/133 60 - 244 Poznań
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	Dostawa niskopodłogowych autobusów miejskich standardowych o napędzie elektrycznym zasilanych wodorem z prawem opcji
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	26.04.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2024/S 84-252612
Wartość zamówienia:	96 000 000,00 zł (tj. 20 702 594,00 euro) – całkowita łączna wartość szacunkowa zamówienia;

29 700 000,00 zł (tj. 6 404 865,11 euro) –
wartość szacunkowa kontrolowanego
postępowania, w tym:

16 500 000,00 zł (tj. 3 558 258,39 euro) –
wartość szacunkowa zamówienia podstawowego;

13 200 000,00 zł (tj. 2 846 606,72 euro) –
wartość szacunkowa prawa opcji

Środki UE:

zamówienie przewidziane do współfinansowania
ze środków w ramach Krajowego Planu
Odbudowy

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

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

1. art. 128 st. 1 ustawy Pzp, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, tj. skierowanie do wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wezwania do uzupełnienia treści Formularza ofertowego w zakresie tabeli w pkt 15 w pozycjach 7 i 14 poprzez wskazanie nazw dokumentów, czego dotyczą, daty ich wydania oraz jednostki wydającej dokumenty;
2. art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrotu wadium wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. w ustawowym terminie, tj. 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą;
3. art. 88 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Dz. Urz. UE Dz. U. S: 123/2024, pod nr 378405-2024 w dniu 26.06.2024 r. omyłkowo publikując inną, wcześniejszą modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu;
4. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), poprzez uznanie dokumentów/informacji Solaris Bus&Coach Sp. z o.o, dokumentów/informacji Daimler Buses Polska Sp. z o.o. oraz dokumentów/informacji PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo braku wykazania przez tych wykonawców, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
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 wyniku braku zamieszczenia w ogłoszeniu wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu wykazania spełnienia poszczególnych warunków;

6. art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 pkt 1 oraz § 4 ust. 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 ze zm.), poprzez opisanie dokumentów z rozdz. VII ust. 7 pkt 7.1 SWZ oraz rozdz. VII ust. 8 SWZ w sposób nieprawidłowy i niepełny, tj. nieuwzględniający zmian wprowadzonych przez 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.

Uzasadnienie

1. Zgodnie z dokumentacją przekazaną do kontroli uprzedniej, zamawiający pismem z dnia 26.08.2024 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. m.in. „do uzupełnienia niekompletnego dokumentu przez złożenie wymaganej poniżej informacji:

1. Załącznik nr 2 do SWZ - w ust. 16 formularza, w pkt 7, 8, 10 i 16 Wykonawca nie zamieścił nazw dokumentów, daty ich wydania oraz jednostki wydającej dokumenty. Prosimy o uzupełnienie poniższych informacji.

Prosimy o uzupełnienie poniższych informacji.

7.	Wytrzymałość konstrukcji nośnej zgodnie z Regulaminem nr 66 EKG ONZ - wraz ze wskazaniem przez Wykonawcę dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu, tj.. podaniem jego nazwy czego dotyczy, daty wydania oraz podmiotu wydającego	
14.	Spełnienie wymogów Regulaminu nr 29 EKG ONZ w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego - wraz z potwierdzeniem przez Wykonawcę spełnienia wymogu, tj. podaniem jego nazwy , czego dotyczy, daty wydania oraz podmiotu wydającego	

(...). Prosimy o przesłanie uzupełnienia (...) nie później niż do dnia 30.08.2024 r. do godz. 11.00"

Wykonawca PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. nie udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 13.01.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie: zamawiający pismem z dnia 26.08.2024 r. wezwał wykonawcę PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. do uzupełnienia treści oferty, tj.: „*Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp niniejszym wzywam Państwa do uzupełnienia niekompletnego dokumentu poprzez złożenie wymaganej poniżej informacji:*

Załącznik nr 2 do SWZ - w ust. 16 formularza, w pkt 7, 8, 10 i 16 Wykonawca nie zamieścił nazw dokumentów, daty ich wydania oraz jednostki wydającej dokumenty. Prosimy o uzupełnienie poniższych informacji". W nawiązaniu do powyższego wezwania zamawiający przekazał wykonawcy tabelaryczne zestawienie będące fragmentem załącznika nr 2 do SWZ zawierające do uzupełnienia pozycje nr 7 i 14. W związku z powyższym poproszono o wyjaśnienie powyższej rozbieżności oraz wskazanie, jak była treść faktycznego żądania zamawiającego co do informacji jakie miał przedstawić wykonawca w przekazywanym uzupełnieniu.

W wyjaśnieniach przekazanych w dniu 13.01.2025 r. zamawiający wskazał, że „*przekazane Wykonawcy tabelaryczne zestawienie będące fragmentem załącznika nr 2 do SWZ, zawierające pozycje do uzupełnienia w zakresie pkt 7 i 14 było treścią faktycznego żądania dot. informacji w zakresie nazw dokumentów, daty ich wydania oraz jednostki wydającej dokumenty jakie Wykonawca miał przedstawić w przekazywanym uzupełnieniu.*

Rozbieżność dot. wskazania w piśmie uzupełnienia dokumentu w ust. 16 formularza w pkt 8, 10 i 16, stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ wynikała z omyłkowego ich przywołania, polegającego na przekopiowaniu treści zdania z innego pisma."

W tym miejscu należy wskazać treść art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia informacji zawartych w pkt 15 Formularza oferty, tj. podlegających ocenie parametrów pojazdów zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ – „Parametry do oceny ofert 4, Właściwości techniczno – eksploatacyjne”. Należy zauważyć, że informacje i oświadczenia zawarte w tabeli stanowiącej treść Załącznika nr 2 do SWZ są merytoryczną treścią oferty. Ponadto tabela zawiera wykaz wybranych parametrów pojazdów, które są oceniane i punktowane w ramach

kryterium oceny ofert – właściwości techniczno–eksploatacyjne – 10%. Powyższe oznacza, że Załącznik nr 2 do SWZ jako dokument stanowiący treść Formularza oferty i wpływający na ocenę oferty nie podlega uzupełnieniu.

Z powyższych względów skierowanie do wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wezwania do uzupełnienia treści Formularza ofertowego w zakresie tabeli w pkt 15 w pozycjach 7 i 14 poprzez wskazanie nazw dokumentów, czego dotyczą, daty ich wydania oraz jednostki wydającej dokumenty, stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie.

Z uwagi na fakt, że oferta PAK – PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. nie podlegała ocenie oraz została odrzucona na podstawie innych przesłanek, stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania wymagał, aby wykonawcy wnieśli wadium w wysokości 290 000,00 zł. Termin związania ofertą wyznaczony został do dnia 15.10.2024 r.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, tj. Daimler Buses Polska Sp. z o.o., Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. wnieśli wadium w formie odpowiednio: gwarancji wadialnej i gwarancji ubezpieczeniowej z ostatecznym terminem ważności gwarancji do dnia 15.10.2024 r., tj. zgodnie z terminem związania ofertą określonym przez zamawiającego. Natomiast wykonawca PAK – PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. złożył wadium w formie pieniężnej.

W toku prowadzonej kontroli, Departament Kontroli zamówień Publicznych pismem z dnia 06.11.2024 r. zwrócił się zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie m.in. czy zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcom w ustawowym terminie oraz przekazanie dokumentacji potwierdzającej powyższą czynność.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiający, w piśmie z dnia 13.11.2024 r., wyjaśnił, że „przekazał Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z jednoczesną informacją o odrzuceniu dwóch ofert w dniu 07.10.2024 r. Do dnia 17.10.2024 r. Wykonawcom przysługiwał czas na złożenie ewentualnych odwołań od czynności Zamawiającego i do terminu związania ofertą, który upływał w dniu 15.10.2024 r. Zamawiający nie zwracał wadium Wykonawcom ani nie otrzymał żadnego wniosku od Wykonawców o jego zwrot. Tak więc, zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie dokonał zwrotu wadium Wykonawcom w ustawowo przewidzianym terminie. Jednocześnie dokonał zwrotu wadium Wykonawcom w dniu 13.11.2024 r., w związku z czym przekazuje dokumentację potwierdzającą tę czynność”.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zwrot wadium w powyższym przypadku nie wymaga żadnego działania ze strony wykonawcy i powinien nastąpić w terminie określonym w powyższym przepisie.

Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

W związku z powyższym, z uwagi iż przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stwierdzić należy, iż zaniechanie zwrotu wadium wniesionego przez wykonawcę PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. W toku przeprowadzonej kontroli ustalono, iż z analizy dokumentacji postępowania przekazanej do kontroli oraz informacji zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wynika, iż Zamawiający sześciokrotnie modyfikował treść ogłoszenia.

Pismem z dnia 06.12.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych poprosił Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień i ewentualne uzupełnienie dokumentacji m.in. w zakresie obejmującym sprostowanie/ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 25.06.2024 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE Dz.U. S: 123/2024, pod nr 378405-2024 w dniu 26.06.2024 r., w odniesieniu do którego poproszono o uzupełnienie dokumentacji przekazanej do kontroli o powyższą modyfikację oraz dokumenty potwierdzające jej przekazanie do Dz. Urz. UE, zamieszczenie na platformie oraz stronie internetowej prowadzonego postępowania, gdyż z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania wynika, iż informacja o powyższej modyfikacji nie została opublikowana na stronie oraz platformie prowadzonego postępowania.

Zamawiający w piśmie z dnia 11.12.2024 r. wyjaśnił, *„iż w dniu 26.06.2024 r. po publikacji zmiany ogłoszenia w DUUE zamieścił na platformie oraz stronie internetowej prowadzonego postępowania poprawną treść zmiany SWZ oraz omyłkowo opublikowaną już wcześniej (w dniu 20.06.2024 r.) zmianę ogłoszenia S 119/2024 365193-2024, zamiast zmiany opublikowanej w dniu 26.06.2024 r. - Dz.U. S: 123/2024, pod nr: 378405-2024. Zamawiający jednocześnie wyjaśnia, że w dniu 26.06.2024 opublikował na platformie i stronie internetowej prowadzonego postępowania zmianę*

treści SWZ, która uwzględniała zmiany wynikające ze zmiany ogłoszenia opublikowanej w DUUE, tj. terminów składania i otwarcia ofert oraz terminu związania ofertą."

W uzupełnieniu do powyższych wyjaśnień zamawiający przekazał dokumentację obejmującą: powyższą modyfikację, dokumenty potwierdzające jej przekazanie do Dz. Urz. UE, e-mail potwierdzający opublikowanie zmiany ogłoszenia w Dz. Urz. UE z dnia 26.06.2024 r. z godz. 09:33, zaktualizowany Protokół postępowania (druku ZP-PN) oraz zmianę treści SWZ uwzględniającą zmianę terminów.

Mając na uwadze powyższe zauważyć należy, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Natomiast zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Jak wynika z treści udzielonych wyjaśnień oraz przekazanej dokumentacji, Zamawiający w ramach przedmiotowej procedury zaniechał udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Dz. Urz. UE Dz.U. S: 123/2024, pod nr 378405-2024 w dniu 26.06.2024 r. omyłkowo publikując inną, wcześniejszą modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu. Nie dokonując powyższej czynności Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 88 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miały wpływu na wynik postępowania.

4. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. w piśmie „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” poinformował, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących załącznikach składanych wraz z ofertą:

- a) Wymagania techniczne dla autobusu – wypełniony zał. nr 4 do SWZ,
- b) Wymagania techniczne dla systemu monitoringu – wypełniony zał. nr 5 do SWZ,
- c) Wymagania techniczne dla elektronicznych tablic informacji pasażerskiej – wypełniony zał. nr 6 do SWZ,
- d) Wymagania techniczne dla systemu zliczania pasażerów – wypełniony zał. nr 7 do SWZ,
- e) Rysunek zewnętrzny we wszystkich rzutach,
- f) Schemat zawracania,
- g) Rozkład siedzeń wraz z zaznaczonym przebiegiem niskiej podłogi,
- h) Zestawienie zespołów i podzespołów stosowanych w pojeździe,
- i) Wykaz materiałów stosowanych w budowie nadwozia i podwozia wraz z podaniem norm,
- j) Technologia wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego,

- k) Ogólny opis technologii poszczególnych obsług oraz wielkość przebiegów międzyobsługowych,
- l) Świadectwo homologacji typu pojazdu,
- m) Informacje zawarte w formularzu ofertowym w punkcie 15 – podlegające ocenie parametry oferty (z wyłączeniem okresu gwarancji),
- n) załączniki do niniejszego pisma, tj. dokumenty stanowiące dowody na podjęcie działań opisanych w piśmie: Dowód 1 - regulamin pracy w brzmieniu nadanym uchwałą zarządu Solaris Bus & Coach S.A. z dnia 29.01.2019 r., Dowód 2 - załącznik nr 7 do regulaminu pracy – regulamin monitoringu wizyjnego i elektronicznego, Dowód 3 - procedura XII-00-00, edycja 8 z dnia 22.05.2019 „Karta Procesu - IT i bezpieczeństwo informacji”, Dowód 4 - procedura nr XII-01-00, edycja 1 z dnia 17.11.2009 „Administrowanie systemem informatycznym”, Dowód 5 - procedura nr XII-02-00, edycja 3 z dnia 3.09.2015, „Użytkowanie systemów i sprzętu teleinformatycznego w Solaris”, Dowód 6 - wzór porozumienia o zachowaniu poufności.

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

a) Informacje zawarte w formularzu ofertowym w punkcie 15 – podlegające ocenie parametry oferty (z wyłączeniem okresu gwarancji), Wymagania techniczne dla autobusu wg załącznika nr 4 do SWZ, Wymagania techniczne dla systemu monitoringu wg załącznika nr 5 do SWZ, Wymagania techniczne dla elektronicznych tablic informacji pasażerskiej wg załącznika nr 6 do SWZ, Wymagania techniczne dla autobusu zliczania pasażerów wg załącznika nr 7 do SWZ, Świadectwo homologacji typu pojazdu, Zestawienie zespołów i podzespołów stosowanych w pojeździe.

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, bazują 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 wymogi 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 konkurowanie 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.

b) Wykaz materiałów stosowanych w budowie nadwozia i podwozia z podaniem ich norm, Technologia wykonywania zabezpieczenia antykorozyjnego

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 oferowania 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 zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy.

c) Rysunek zewnętrzny we wszystkich rzutach, Rysunek ze średnicą zawracania

Na rysunku zewnętrznym zawarte jest rozmieszczenie okien i szyb otwieranych w autobusie, informacja o wymiarach rozstawu osi, przekrojów poprzecznych i podłużnych, średnicach i kątach zawracania a także o rozmieszczeniu wyjść awaryjnych w pojeździe, które będzie jawne po wyprodukowaniu pojazdu, jednakże na etapie toczącego się postępowania przetargowego ważne jest dla Wykonawcy zachowanie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa szczególnie, biorąc pod uwagę przyszłe postępowania na autobusy wodorowe. Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala Wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich. 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. Rysunek zewnętrzny przedstawiający wymiary zewnętrzne wraz z rysunkiem technicznym rozmieszczenia siedzeń jest źródłem pokazującym jakie rozwiązania są oferowane przez Wykonawcę. Ujawnienie informacji dotyczących danych technicznych oferowanego pojazdu umożliwiłoby bowiem pozostałym oferentom na modyfikację ofert w przyszłych postępowaniach, w celu osłabienia pozycji Wykonawcy. W konsekwencji utajnienie ww. danych na etapie toczącego, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania przetargowego, jest kluczowe dla zachowania konkurencyjności oferty w innych przyszłych postępowaniach przetargowych.

d) Rozkład siedzeń wraz z zaznaczeniem niskiej podłogi

Rysunek rozmieszczenia siedzeń w autobusie pokazuje rozplanowanie przestrzeni pasażerskiej w tym, rozmieszczenie zatok dla wózka inwalidzkiego i dziecięcego całkowitą liczbę siedzeń. Na przekroju rozmieszczenia siedzeń widać sposób zabudowania podłogi i podestów. Powyższe dane pokazują jakie rozwiązania techniczne stosowane są przez Wykonawcę, bazując na analizach wykonanych w oparciu o gromadzone latami know-how Wykonawcy, w szczególności w autobusach wodorowych.

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

Co ważne, Wykonawca optymalizuje poszczególne parametry, w celu zaprojektowania pojazdu, który spełniając niepowtarzalne wymogi SWZ oraz kryteria oceny ofert (liczba wszystkich miejsc pasażerskich oraz miejsc dostępnych z niskiej podłogi – bardzo często stanowi kryterium oceny ofert), umożliwia wygraną w danym, konkretnym postępowaniu.

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

e) Wielkość przebiegów międzyobsługowych oraz ogólny opis technologii poszczególnych obsłóg Wykonawca uczestniczy w licznych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W każdym z nich warunki gwarancji i serwisu oferowanych pojazdów są indywidualnie dopasowywane do potrzeb zamawiających, a ich ostateczny kształt jest wypadkową tych potrzeb oraz takich czynników jak: udzielenie ewentualnej autoryzacji, stan istniejącej infrastruktury czy parametry techniczne oferowanych pojazdów. Posiadając powyższe informacje można stwierdzić, jakie środki są wykorzystywane i niezbędne do prawidłowego serwisowania pojazdów zaoferowanych w danym przetargu.

Dane przekazane Zamawiającemu w wielu przypadkach wskazują jednoznacznie na poddostawcę danego komponentu w autobusie. To z kolei pozwala na wywnioskowanie listy poddostawców i oszacowanie wartości poszczególnych podzespołów, a co za tym idzie szacunkowej wartości autobusu oferowanego przez producenta. Powyższe dane mogą pozwolić konkurentom na osiągnięcie przewagi w nadchodzących postępowaniach przetargowych, a tym samym narazić Wykonawcę na szkodę.

Odpowiednie dopasowanie warunków gwarancji i serwisu do poszczególnych procedur zamówieniowych pozwala nie tylko na optymalne zaspokojenie potrzeb Zamawiającego, ale również na odpowiednią ochronę interesów Wykonawcy. Umiejętność ta stanowi zatem niewątpliwie wartość gospodarczą i jako taka zasługuje na ochronę.

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 10.09.2024 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 „Zastrzeżenie

informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa" z oświadczeniem o zastrzeżeniu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących załącznikach złożonych wraz z pismem z dnia 10.09.2024 r.:

- a) Regulamin 118 EKG ONZ,
- b) Regulamin 66 EKG ONZ,
- c) Regulamin 93 EKG ONZ,
- d) Regulamin 29 EKG ONZ,
- e) Raport SORT-2,
- f) Załączniki do pisma.

W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa przekazany wraz z pismem z dnia 10.09.2024 r. wykonawca opisał m. in. charakter zastrzeżonych informacji:

a) Regulamin 118 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 zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy.

b) Regulamin 66 EKG ONZ, Regulamin 29 EKG ONZ, Regulamin 93 EKG ONZ

Parametry techniczne oferowanego autobusu 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 homologację zgodne z Regulaminem 66 EKG ONZ, Regulaminem 29 EKG ONZ, Regulaminem 93 EKG ONZ podkreślamy, że w ww. 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.

c) Raport SORT-2

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 konkutowanie w procedurach publicznych, a co za tym idzie zdobywanie kontraktów. Dla większości firm, informacja o sposobie kalkulowania ofert jest jednym z najcenniejszych składników know-how. 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 wodoru 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 wodoru 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.

Drugi z wykonawców uczestniczących w postępowaniu – Daimler Buses Polska Sp. z o.o., również zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wraz z ofertą złożone zostało pismo z dnia 17.07.2024 r. z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do następujących dokumentów oznaczonych nr:

06. Formularz Ofertowy z danymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa – Załącznik nr 2 do SWZ,
07. Wymagania techniczne autobusów – Załącznik nr 4 do SWZ,
08. Wymagania techniczne systemu monitoringu – Załącznik nr 5 do SWZ,
09. Wymagania techniczne elektronicznych tablic informacji pasażerskiej – Załącznik nr 6 do SWZ,
10. Wymagania techniczne systemu zliczania pasażerów – Załącznik nr 7 do SWZ,
11. oświadczenie stanowiące załącznik do oferty o posiadaniu:
 - dokumentu odnoszącego się do palności materiałów użytych wewnątrz konstrukcji autobusów, dla oferowanej marki i typu autobusów, wystawiony przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie (zgodnie z Rozdziałem XV SWZ);
 - dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej, wystawiony przez uprawnioną jednostkę (zgodnie z Rozdziałem XV SWZ);
 - dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu w zakresie zaoferowania pojazdu wyposażonego w urządzenie zabezpieczające przed wjechaniem pod jego przód, wystawiony przez uprawnioną jednostkę (zgodnie z Rozdziałem XV SWZ);
 - dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu homologacji pojazdu w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego wystawiony przez uprawnioną jednostkę (zgodnie z Rozdziałem XV SWZ);
 - dokumentu potwierdzającego wielkość zużycia wodoru [kg/100km] dla zaoferowanego typu pojazdu;
12. wymiary zewnętrzne z uwzględnieniem zabudowy elementów na dachu (np. urządzenia wentylacyjne, klimatyzacyjne, lusterka) oraz określenie średnicy zawracania, rozstawy osi i rozstawy kół, wielkości prześwitu podłużnego i poprzecznego pomiędzy jezdnią i najniższymi położonymi elementami podwozia, kąty nachylenia z przodu oraz z tyłu, masę - własną i całkowitą oraz maksymalne naciski na osie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, rozmieszczenie okien otwieranych i stałych z zaznaczeniem wyjść bezpieczeństwa (wszystkie ww. wymiary muszą być dodatkowo przedstawione na rysunkach schematycznych określonych w ppkt. 16.6.2.3.),
13. zestawienie zespołów i podzespołów stosowanych w pojeździe, z podaniem typu i nazwy producenta – (tabelaryczne zestawienie wykazu typów oraz producentów głównych podzespołów zastosowanych w oferowanych autobusach, takich jak: elektryczny układ napędowy, baterie trakcyjne, osie, układ kierowniczy, drzwi wejściowe, system przeciwpożarowy),
14. schematy przedstawiające gabaryty zewnętrzne we wszystkich rzutach oraz rzuty z rozplanowaniem wnętrza oferowanych autobusów, zaznaczony przebieg niskiej podłogi oraz wyliczona powierzchnia niskiej podłogi wraz z podaniem ilości siedzeń z dostępem bezpośrednim z poziomu niskiej podłogi,
15. wykaz materiałów stosowanych w budowie nadwozia i podwozia z podaniem ich norm,

16. dokładną technologię wykonywania zabezpieczenia antykorozyjnego,
17. wielkość przebiegów międzyobsługowych oraz ogólny opis technologii poszczególnych obslug,
18. Aktualne świadectwo homologacji typu (...).

W piśmie z dnia 16.07.2024 r. wykonawca uzasadnił zastrzeżenie powyższych informacji wskazując m. in.:

„5. Utajnione przez Wykonawcę informacje odnoszą się do procesu produkcyjnego (część z nich została sporządzona na potrzeby Postępowania). Wśród nich znajdują się rysunki, opisy techniczne, zestawienia odpowiednich systemów, opisy technologii oferowanych przez Wykonawcę elementów autobusów o istotnym stopniu szczegółowości, prezentujący rozwiązania techniczne będące efektem długoletniej działalności Wykonawcy na rynku motoryzacyjnym, co przekłada się na ich indywidualny i niepowtarzalny charakter. Oczywiście jest zatem, że w uzasadnionym interesie Wykonawcy pozostaje, aby dokumenty, które w istocie obrazują know-how i wiedzę Wykonawcy, pozostały niejawnie i wgląd do nich miał jedynie Zamawiający. Dokumentom tym przypisać należy techniczną oraz technologiczną wartość i jako takie stanowią aspekt podlegający wyjątkowo ścisłej i konsekwentnej ochronie (co jest zresztą właściwe dla większości koncernów motoryzacyjnych). Dokumenty te mają charakter niepowtarzalny i indywidualny.

6. Równie doniosłe znaczenie o charakterze technicznym posiadają wszelkie dokumenty homologacyjne. Stanowią one efekt wdrożenia przez Wykonawcę autorskich, chronionych prawnie rozwiązań technicznych i technologicznych, a ich upublicznienie mogłoby narazić Wykonawcę na znaczną szkodę w przypadku wejście w ich posiadanie przez konkurencyjnych wykonawców. Jako zatem skutek wdrożenia przez Wykonawcę właściwych jemu rozwiązań nie mogą być od tych rozwiązań odseparowane i traktować je należy jako nieodłączny element know-how w zakresie procesu produkcyjnego.

7. Bezsporne jest zatem, że Wykonawca dąży do utajnienia informacji, które odnoszą się do kwestii o charakterze technicznym. Wartość tego typu informacji jest niewątpliwa. O ile bowiem w przypadku zastrzegania takich informacji jak oferty podwykonawców czy wykazy osób można rozważać czy oraz jaka jest faktyczna ich wartość, tak w przypadku danych technicznych jest ona niezaprzeczalna. Okolicznością powszechnie znaną jest bowiem to, że wykonawcy, szczególnie ci działający na rynku dostaw tak skomplikowanych pod względem technicznym jak rynek dostaw autobusów, rywalizują ze sobą w głównej mierze właśnie poprzez umiejętność wdrażania i korzystania z rozwiązań technicznych niedostępnych innym podmiotom.

8. Zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wymagają niewątpliwie dokumenty, których przygotowanie i wyniki wymagały od wykonawcy podjęcia konkretnych działań umożliwiających w dalszej kolejności zaoferowanie Zamawiającemu produktu zgodnego z wszelkimi wymogami. Nie może ulegać żadnym wątpliwościom, że tego rodzaju dokumenty mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa – informacje zawarte w wymaganiach technicznych oferowanych autobusów czy systemów mają bowiem charakter techniczny. Wszystkie z wymienionych dokumentów przedstawiają informacje techniczne (wymiarowe), jak i informacje o szczegółowych obliczeniach

parametrów oferowanych pojazdów, zastosowanego zawieszenia, liczby miejsc dostępnych oraz innych danych uwzględniające szczególne wymagania Zamawiającego i postawionych przez niego warunków. Ich ujawnienie istotnie umożliwiłoby konkurentom uzyskanie pełnej wiedzy na temat zaproponowanych rozwiązań technicznych Wykonawcy. Z kolei informacje zawarte w dokumentach homologacyjnych przedstawiają dokładne wyniki przeprowadzonych pomiarów i badań i mogą stanowić cenne źródło informacji na temat funkcjonalności rozwiązań stosowanych przez Daimler Buses. Są to więc informacje nie tylko techniczne, ale przede wszystkim unikalne dla konstrukcji oferowanych pojazdów przez Daimler Buses. Informacje te, dotyczące wszystkich danych oferowanego pojazdu, dotychczas nie były nigdzie publikowane, a oferowane pojazdy nie były wcześniej oferowane w innym postępowaniu. Daimler Buses podkreśla, że utajnione informacje istotnie dotyczą rozwiązań technologicznych, zaproponowanej koncepcji technicznej opracowanej dla potrzeb tego konkretnego postępowania w odniesieniu do konkretnych wymogów i warunków postawionych przez Zamawiającego. Stanowią więc wartość gospodarczą, w tym także jako pojedyncze dane, podzbiory i jako jeden zbiór powiązanych z sobą danych i jako takie mogą przedstawiać samodzielną wartość handlową w relacjach z innymi producentami. Dokumenty dotyczą informacji o walorach technicznych, decydujących o przewadze konkurencyjnej oferowanych produktów (w szczególności, iż część zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji jest elementem kryterium oceny ofert. Jeśli zatem konkurencyjni wykonawcy poznali by metody uzyskania parametrów, które wypracowane zostały przez lata przez Daimler Buses, wówczas z łatwością konkurencyjni wykonawcy mogliby przejąć rozwiązania Daimler Buses, wykorzystać je w innych przetargach i pozbawić Daimler Buses szansy na dalsze, skuteczne uczestnictwo w konkurencyjnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego). Do analogicznych wniosków należy dojść w zakresie informacji, które przedstawione zostały w Formularzu Oferty. Ujawnienie informacji wskazanych w Formularzu oferty jest przede wszystkim konsekwencją okoliczności, zawarcia tam informacji, które znajdują się w utajnionych dokumentach. Przedstawione informacje, jak już zostało wykazane, dotyczą indywidualnie wypracowanych przez Daimler Buses rozwiązań technologicznych, które pozwoliły Daimler Buses przedstawić Zamawiającemu przedmiot umowy o konkretnych parametrach spełniających oczekiwania Zamawiającego. Nie inaczej jest w zakresie informacji dotyczących warunków gwarancji i serwisu (w szczególności rabatu) czy gotowości technicznej. Zaoferowane przez Daimler Buses wartości w tej części formularza oferty to efekt wieloletniej działalności i doświadczenia Daimler Buses na rynku motoryzacyjnym, który pozwolił Daimler Buses wypracować odpowiednie wartości rabatów oraz gotowości technicznej, które pozwalają w sposób konkurencyjny przyczynić się do korzystniejszego upozycjonowania Daimler Buses w przetargu. Tym samym, wszystkie przedstawione parametry i wartości mają dla Daimler Buses niekwestionowaną wartość gospodarczą.

9. Zasadność utajniania dokumentów odnoszących się do procesu produkcyjnego została potwierdzona w orzecznictwie sądów powszechnych. W orzeczeniu z dnia 13 lutego 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdza: „Na tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczącą produkcji określonego urządzenia może składać się i zazwyczaj się składa wiedza i doświadczenie, które obejmują cały zespół elementów tworzących proces technologiczno-produkcyjny, w tym rozwiązania konstrukcyjne

urządzenia, dokumentację techniczną, sposób (metodę) produkcji, użyte materiały itp. Tajemnicą przedsiębiorstwa jest w takim przypadku cały proces produkcyjny i okoliczność, że jeden z jego elementów, np. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj tym się zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością. Na proces taki składa 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 i użytych materiałów. Wszystko to razem może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej (t.j. Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503) oraz art. 39 Porozumienia w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143)".

10. Na uwagę zasługuje również, że przedkładane w toku postępowania informacje winny być interpretowane łącznie, przy uwzględnieniu ich kompleksowego charakteru. W wyroku z dnia 1 marca 2010 r. zwraca na to uwagę Izba: „Informacje zawarte w ww. załącznikach należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje powyższe, jako zbiór ściśle powiązanych ze sobą danych stanowią informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia i w tym aspekcie z pewnością przedstawiają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy”. Kompleksowe spojrzenie na zastrzegane przez Wykonawcę informacje pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że mamy tu do czynienia z dokumentami odnoszącymi się do zagadnienia kluczowego z perspektywy każdego wykonawcy ubiegającego się o tak złożone zamówienie, jakim jest dostawa autobusów. Zagadnieniem tym jest proces produkcyjny, który zasługuje bez wątpienia na ochronę. Co istotne, zdecydowana większość informacji, którym Daimler Buses nadaje przymiot tajności, to informacje będące efektem wieloletnich prób i doświadczeń, które w rezultacie pozwoliły Spółce wypracować odpowiednią jakość oferowanych produktów, które spełniają wymagania Zamawiającego.

11. Nie można zatem uciec od jednoznacznego wrażenia, że wszystkie te informacje dotyczą funkcjonowania koncernu, którego częścią jest Wykonawca i podlegają ścisłej ochronie. Dotyczą one funkcjonowania przedsiębiorstwa w warstwie wewnętrznej (organizacyjnej), opisują procesy i regulacje, których celem jest zapewnienie efektywności (w tym ekonomicznej) i prawidłowości funkcjonowania przedsiębiorstwa. Obejmują mechanizmy i zagadnienia nieujawniane do publicznej wiadomości. Są one konsekwencją wieloletniej działalności Wykonawcy (i koncernu, do którego należy) na rynku, stanowią emanację doświadczeń zdobytych w toku tej działalności.

12. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 kwietnia 2021 r. za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana informacja, która „dotyczy sposobów świadczenia usług oraz metod działania, opracowanych na podstawie doświadczeń, wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorstwa”. W innym z orzeczeń Izba stwierdza, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi informacja, której wykorzystanie gwarantuje przedsiębiorcy

zaoszczędzenie wydatków oraz zwiększa zyski. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku.

II. NIEUJAWNIE NIE INFORMACJI DO WIADOMOŚCI PUBLICZNEJ

13. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r. „Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do informacji publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna”. Wykonawca oświadcza, iż wymienione w zaprezentowanej powyżej liście dokumenty nie były i nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, czemu Wykonawca dał wyraz w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla osób mających do nich dostęp (oraz podjął szereg czynności służących ich ochronie, o czym mowa w pkt. III pisma).

14. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników Wykonawcy, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem. Dostęp do informacji zawartych w dokumentach nie są ujawnione nie tylko poza sferę przedsiębiorstwa, ale nie są nawet ujawnione części pracowników Daimler Buses, którzy nie są zaangażowani w procesy produkcyjne czy proces przygotowania oferty. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w przywołanym już wyroku „tajemnica nie traci swojego charakteru, gdy wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji, w tym – kontrahenci przedsiębiorcy”. Na uwagę zasługuje, że nie jest możliwe zapoznanie się z przedmiotowymi informacjami zwykłą, prawnie dozwoloną drogą (wykazanie, iż w taki sposób możliwe jest uzyskanie dostępu do informacji pozbawia je ochrony prawnej).

III. DZIAŁANIA PODJĘTE W CELU ZACHOWANIA POUFNOŚCI INFORMACJI

15. Ostatnią przesłanką warunkującą uznanie danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę działań zmierzających do zachowania jej poufności. Na wstępie zaznaczyć należy, iż ustawodawca w żaden sposób nie precyzuje form, jakie przybrać powinny zmierzające do zachowania poufności działania przedsiębiorcy. Zdaje się więc nie budzić wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorcy w kontekście art. 11 ust. 2 Znk oceniać należy przez pryzmat celu, jaki tej normie przyświeca. Tym natomiast jest uniemożliwienie, aby chroniona informacja dotarła do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

16. W jednym ze swoich wyroków Sąd Najwyższy poddał analizie dyspozycję art. 11 ust. 2 Znk w kontekście spoczywających na przedsiębiorcy obowiązków i stwierdził, iż ani z treści tego przepisu, ani z całokształtu Porozumienia w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (zbiór europejskich standardów w zakresie uczciwej konkurencji, dalej jako „TRIPS”) nie wynika, jakim działaniom ochronnym muszą zostać poddane tajemnice przedsiębiorstwa, aby można było traktować je jako poufne. Sąd Najwyższy wskazuje ponadto: „W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być <odpowiednie> (art. 11 ust. 4 Uznk), <rozsądne w danych okolicznościach> (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku”. Przyjąć więc należy, iż to do przedsiębiorcy należy wybór

takich środków zaradczych, aby zagwarantować, iż informacje, których jawność chce ograniczyć pozostaną niedostępne bez podjęcia specjalnych, ukierunkowanych na ich odtajnienie, działań.

17. Wykonawca oświadcza, że podejmuje stałe i konsekwentne działania mające na celu zachowanie poufności informacji posiadających wartość gospodarczą. Jako członek międzynarodowego koncernu Wykonawca zobowiązany jest do stosowania zbioru zasad wiążących cały koncern, którego istotną część stanowią regulacje dotyczące zachowania poufności, ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i nieudostępniania ich osobom trzecim. Wykonawca przewidział również na szczeblu „krajowym” szereg rozwiązań mających sprzyjać ochronie informacji. Jak wspomniano powyżej dostęp do nich posiada jedynie wąska grupa osób zaangażowanych bezpośrednio w procesy produkcyjne lub ofertowe. Pracownicy ci zostali zobowiązani do nierozpowszechniania wartościowych informacji.

18. Każdego pracownika spółki Daimler Buses Polska Sp. z o.o. obowiązuje umowa dotycząca zachowania poufności. Ponadto, dokumentacja techniczna oferowanych autobusów jest przechowywana tylko w formie elektronicznej i zabezpieczona na serwerze firmowym. System plików oparty jest o bazy danych i dostęp do niego jest możliwy tylko poprzez odpowiednie oprogramowanie. Oprogramowanie umożliwia podgląd i edycję plików dokumentacji technicznej tylko zalogowanym użytkownikom. Każdy użytkownik posiada indywidualny login oraz hasło. Ponadto, zgodnie z polityką firmy dokumentacja techniczna stanowi know-how i jest zawsze opatrzona klauzulą poufności. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż wszelkie informacje tego typu są regularnie zastrzegane w ofertach składanych w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

19. Ponadto wspomnieć należy, iż w przypadku zawierania umów z kontrahentami prywatnymi (a więc w tam, gdzie Wykonawca ma wpływ na kształt umowy), zawierane są klauzule dotyczące poufności i zakazu rozpowszechnienia informacji o charakterze technicznym. Podkreślenia wymaga, że wszelkie wskazane okoliczności dotyczą w takim samym stopniu obu podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie stanowiące przedmiot Postępowania.

20. Wymienione powyżej działania jednoznacznie uniemożliwiają osobom niepożądanym uzyskanie dostępu do informacji posiadających wartość gospodarczą”.

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej pismem z dnia 06.12.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie czy Zamawiający zbadał zasadność zastrzeżenia przez wykonawców zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż zastrzeżonym informacjom przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na wezwanie, zamawiający w piśmie z dnia 10.12.2024 r., wyjaśnił m.in. „(...) Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zastrzeżenia tajemnicy dołączonymi do ofert zbadał zasadność zastrzeżenia informacji przez obu Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznał wskazane zastrzeżenia za zasadne.

Zarówno, Solaris Bus & Coach Sp. z o. o., jak i Daimler Buses Polska Sp. z o. o. wskazali, iż informacje zawarte w dokumentach wskazanych w wyjaśnieniach oraz załączonych do oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: „Uznk”. (...).

W przypadku zastrzeżenia informacji przez Solaris Bus & Coach Sp. z o. o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów wskazanych w lit a) – n) w piśmie będącym częścią oferty zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tego oferenta, jak również wypełnionego przez niego formularza oferty w zakresie pkt 16. – Podlegające ocenie parametry oferty (Załącznik nr 2 SWZ wypełniony przez Wykonawcę) oraz przesłanego na wezwanie Zamawiającego z dnia 26.08.2024 r. wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w którym oferent zastrzegł analogiczny zakres informacji jak w przypadku wypełnionego przez Wykonawcę formularza oferty w pkt. 7, 8, 10, 15 oraz 16, jak również w zakresie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa analogicznie do tych samych wyjaśnień co złożonych pierwotnie przy ofercie Zamawiający uznał uzasadnienie Wykonawcy za wystarczające do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zawarte tam informacje odnoszą się bowiem przede wszystkim do procesu produkcyjnego (część z nich została sporządzona na potrzeby Postępowania) oraz potencjału organizacyjnego Wykonawcy. Wśród zastrzeżonych dokumentów znajdują się rysunki, opisy techniczne, zestawienia odpowiednich systemów, opisy technologii oferowanych przez Wykonawcę elementów autobusów o istotnym stopniu szczegółowości, prezentujący rozwiązania techniczne będące efektem długoletniej działalności Wykonawcy na rynku motoryzacyjnym, co przekłada się na ich indywidualny i niepowtarzalny charakter. Dane zawarte w zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mają również charakter organizacyjny – Wykonawca dla potwierdzenia skuteczności zastrzeżenia podał m.in. dane nt. funkcjonującego systemu zabezpieczeń dokumentów w jego przedsiębiorstwie, wskazał również, z czym należało się zgodzić, że dane zawarte w zastrzeżonych dokumentach wskazują na podsumowanie całokształtu doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym ani działalnością handlową.

Co warte w tym miejscu podkreślenia obecnie zmianie ulegają przepisy ustawy o elektromobilności – I projekt zmian złożony przez Ministra Klimatu i Środowiska 05.07.2024 nr z wykazu UD52 (<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekty/12386951>) i w niedługim czasie (wg obecnej wersji nowelizacji 01.01.2026 r.) większe miasta w Polsce wykonując zadania w zakresie publicznego transportu zbiorowego będą zobowiązane wyłącznie do zakupu autobusów zeroemisyjnych (a więc zbliżonych co do zasady do tych jakie są przedmiotem tego postępowania), dodatkowo w Polsce realizowany jest obecnie Program Priorytetowy Zielony Transport Publiczny 3.0, gdzie m. in. każdy z organizatorów publicznego transportu zbiorowego może skorzystać z unijnego dofinansowania na zakup m. in. Zeroemisyjnych pojazdów komunikacji miejskiej. Wskazane okoliczności powodują, iż równolegle mogą być uruchamiane procedury zakupowe na analogiczne jak w przypadku tego postępowania zeroemisyjne autobusy, a więc konkurencja między podmiotami produkującymi tego rodzaju środki transportu jest i będzie w najbliższym okresie bardzo wzmożona. Konieczność wydatkowania środków unijnych do czerwca 2026 r. powoduje, że postępowania będą mogły toczyć

się równolegle – co już ma miejsce - oczywiste jest zatem, że w uzasadnionym interesie Wykonawcy pozostaje, aby dokumenty, które w istocie obrazują know-how, wiedzę Wykonawcy, a także zawierają szczegółowe rozwiązania technologiczne sporządzane na potrzeby Zamawiającego odnośnie zamawianych autobusów były przy wyraźnym zastrzeżeniu i uzasadnieniu Wykonawcy chronione zgodnie z ustawą Pzp i Uznk i wgląd do nich miał jedynie Zamawiający lub inne upoważnione podmioty. Gdyby mimo zastrzeżenia oferenta inne podmioty mogły poznać indywidualne rozwiązania techniczne oferowane przez oferenta w tym postępowaniu jak również rozwiązania organizacyjne Wykonawcy mogliby skorzystać na tej wiedzy stwarzając bardziej konkurencyjne oferty w innych postępowaniach, gdzie Solaris Bus & Coach mógłby również startować, a przedmiot zamówienia dotyczyłby podobnych pojazdów. Należy więc uznać, że zastrzeżone przez oferenta informacje mają dla niego wartość gospodarczą.

Zamawiający uznał również poufność wskazanych informacji – nie były one powszechnie znane w domenie publicznej, nie były też wg oświadczenia Wykonawcy znane specjalistom z branży. W odniesieniu do wskazanych w ofercie informacji należy bowiem przyjąć, że zostały ujęte w określonej całości i stanowią przyjęte przez Wykonawcę rozwiązanie techniczne. Nie mogły być więc znane publicznie ponieważ zostały przygotowane jako rozwiązanie w odpowiedzi na konkretne wymagania Zamawiającego wynikające z SWZ.

W zakresie podjęcia przez Wykonawcę należytej staranności przy zastrzeżeniu tajemnicy Zamawiający uznał również, że Wykonawca podjął właściwe środki w tym zakresie, wynika to z uzasadnienia Wykonawcy oraz zaoferowanych na tą okoliczność dowodów, które nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa spełnił również wymagania wskazane w SWZ w tym zakresie w Rozdziale XII pkt 4 ppkt. 4.5.

W przypadku zastrzeżenia informacji przez Daimler Buses Polska Sp. z o. o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów wskazanych w pkt. 6) – 18) w piśmie będącym częścią oferty zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tego oferenta, jak również wypełnionego przez niego formularza oferty w zakresie pkt 16. – Podlegające ocenie parametry oferty (Załącznik nr 2 SWZ wypełniony przez Wykonawcę) Zamawiający uznał uzasadnienie Wykonawcy za wystarczające do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zawarte tam informacje podobnie jak w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Solaris Bus & Coach odnoszą się do procesu produkcyjnego (część z nich została sporządzona na potrzeby Postępowania, vide w szczególności pkt 7 -12 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Daimler Buses Polska Sp. z o. o.) oraz potencjału organizacyjnego Wykonawcy. Wśród zastrzeżonych dokumentów znajdują się rysunki, opisy techniczne, zestawienia odpowiednich systemów, opisy technologii oferowanych przez Wykonawcę elementów autobusów o istotnym stopniu szczegółowości, prezentujący rozwiązania techniczne będące efektem długoletniej działalności Wykonawcy na rynku motoryzacyjnym, co przekłada się na ich indywidualny i niepowtarzalny charakter. Dane zawarte w zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mają również charakter organizacyjny – Wykonawca dla potwierdzenia skuteczności zastrzeżenia oświadczył, że jako członek międzynarodowego koncernu jest zobowiązany do stosowania zbioru zasad, którego istotną część stanowią regulacje dotyczące

zachowania poufności, ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i nieudostępniania ich osobom trzecim, oświadczył również że dostęp do tych informacji posiada jedynie wąska grupa osób zaangażowanych bezpośrednio w procesy produkcyjne lub ofertowe i pracownicy ci zostali zobowiązani do nierozpowszechniania takich informacji, jednocześnie opisał środki techniczne mające na celu zabezpieczenie tej dokumentacji przed rozpowszechnieniem, wskazał również, z czym należało się zgodzić, że dane zawarte w zastrzeżonych dokumentach są niejako podsumowaniem całokształtu doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa w odniesieniu do procesu produkcyjnego autobusów (patrz pkt 10 uzasadnienia). Podobnie jak w przypadku uzasadnienia dla utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Solaris Bus & Coach Sp. z o. o. mają tu zastosowanie te same argumenty co przytoczone przez Zamawiającego w niniejszym piśmie odnośnie sytuacji na rynku autobusów zeroemisyjnych w związku z planowanymi zmianami ustawy o elektromobilności oraz programu dofinansowań – ZTP 3.

Zamawiający uznał również poufność wskazanych informacji – nie były one powszechnie znane w domenie publicznej, oferent wskazał, że nawet pracownicy wewnątrz jego przedsiębiorstwa, którzy nie są zaangażowani bezpośrednio w proces produkcji nie mają dostępu do tych danych. W odniesieniu do wskazanych w ofercie informacji należy też przyjąć, że zostały ujęte w określonej całości i stanowią

przyjęte przez Wykonawcę rozwiązanie techniczne. Nie mogły być więc znane publicznie ponieważ zostały przygotowane jako rozwiązanie w odpowiedzi na konkretne wymagania Zamawiającego wynikające z SWZ.

W zakresie podjęcia przez Wykonawcę należytej staranności przy zastrzeżeniu tajemnicy Zamawiający uznał, że Wykonawca podjął właściwe środki w tym zakresie, wynika to z uzasadnienia Wykonawcy, które nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa spełnił również wymagania wskazane w SWZ w tym zakresie w Rozdziale XII pkt 4 ppkt. 4.5".

Również trzeci wykonawca uczestniczący w postępowaniu – PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., w piśmie „Zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” poinformował, że działając na podstawie 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 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastrzega niżej opisane informacje, które stanowią zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

- 4b - Dane zastrzeżone do załącznika nr 2 (Formularz Ofertowy),
- 3d - Wymagania techniczne dotyczące autobusów - Załącznik nr 4,
- 3e - Wymagania techniczne systemu monitoringu - Załącznik nr 5,
- 3f - Wymagania techniczne elektronicznych tablic informacji pasażerskiej - Załącznik nr 6,
- 3g - Wymagania techniczne systemu zliczania pasażerów - Załącznik nr 7,
- 4a - Informacje zawarte w oświadczeniu do oferty,

- Załączniki do niniejszego pisma stanowiące dowody utrzymania tajemnicy firmy: Dowód 1 - Umowa o wzajemne zachowanie poufności – kontrahenci, Dowód 2 - Umowa o zachowaniu poufności – pracownicy.

Odnosząc się do ww. przepisów prawa wykonawca wyjaśnił wartość gospodarczą zastrzeganych informacji wskazując, że „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.”

Wskazano także działania podjęte w celu zachowania poufności informacji.

Ponadto wykonawca poinformował, „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 nieudostępnianiu 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”.

Natomiast w zakresie poszczególnych dokumentów wyjaśniono: „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”.

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.

Zastrzeżenie tajemnicy Solaris Bus & Coach Sp. z o. o.

W punkcie II. a) uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożonych wraz z ofertą, Solaris opisuje Informacje zawarte w formularzu ofertowym w punkcie 15 – podlegające ocenie parametry oferty (z wyłączeniem okresu gwarancji) oraz w załącznikach do oferty: Wymagania techniczne dla autobusu wg załącznika nr 4 do SWZ, Wymagania techniczne dla systemu monitoringu wg załącznika nr 5 do SWZ, Wymagania techniczne dla elektronicznych tablic informacji pasażerskiej wg załącznika nr 6 do SWZ, Wymagania techniczne dla autobusu zliczania pasażerów wg załącznika nr 7 do SWZ, Świadectwo homologacji typu pojazdu, Zestawienie zespołów i podzespołów stosowanych w pojeździe.

Wykonawca wskazuje, że *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.

Odnosząc się do uzasadnienia wykonawcy należy zauważyć, że zastrzeżone dokumenty w postaci: Formularza ofertowego w punkcie 15 – podlegające ocenie parametry oferty (z wyłączeniem okresu gwarancji), Wymagania techniczne dla autobusu wg załącznika nr 4 do SWZ, Wymagania techniczne dla systemu monitoringu wg załącznika nr 5 do SWZ, Wymagania techniczne dla elektronicznych tablic informacji pasażerskiej wg załącznika nr 6 do SWZ, Wymagania techniczne dla autobusu zliczania pasażerów wg załącznika nr 7 do SWZ - stanowią wypełnione formularze/wzory sporządzone przez zamawiającego. Wymagały one zasadniczo jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez zamawiającego, stanowiących opis przedmiotu zamówienia. Dane te nie pochodziły zatem od wykonawców i nie stanowiły ich unikalnego know-how. Były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, dlatego samo potwierdzenie ich spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, które mogłoby spowodować szkodę dla wykonawcy. Wykonawca utrzymuje natomiast w uzasadnieniu, że każdy z ww. dokumentów prezentuje *proces technologiczny stosowany 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. Z kolei dane, które wykonawca wpisywał samodzielnie, np. w formularzu ofertowym w tabeli w pkt 15, stanowią podstawowe dane techniczne pojazdu, które z pewnością nie ujawniają procesu technologicznego stosowanego w przedsiębiorstwie Wykonawcy.*

Jeżeli chodzi o Świadczenie homologacji typu pojazdu to wykonawca złożył dwa dokumenty wraz z tłumaczeniami: Świadczenie homologacji typu UE pojazdu oraz Wniosek o rozszerzenie nr 2 Homologacji dla autobusu Solaris typu Urbino 12. Należy zauważyć, że pierwszy z ww. dokumentów 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.

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

1. Informacje zawarte w formularzu ofertowym w punkcie 15,
2. Wymagania techniczne dla autobusu wg załącznika nr 4 do SWZ,
3. Wymagania techniczne dla systemu monitoringu wg załącznika nr 5 do SWZ,

4. Wymagania techniczne dla elektronicznych tablic informacji pasażerskiej wg załącznika nr 6 do SWZ,
5. Wymagania techniczne dla autobusu zliczania pasażerów wg załącznika nr 7 do SWZ,
6. Dokument: Świadectwo homologacji typu UE pojazdu (wraz z tłumaczeniem).

Następnie należy odnieść się do dokumentów zastrzeżonych przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. złożonych wraz z pismem z dnia 02.09.2024 r. jako odpowiedź na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wspomniano wyżej, zastrzeżone zostały informacje zawarte w następujących załącznikach złożonych wraz z pismem z dnia 02.09.2024 r.:

- a) Regulamin 118 EKG ONZ,
- b) Regulamin 66 EKG ONZ,
- c) Regulamin 93 EKG ONZ,
- d) Regulamin 29 EKG ONZ,
- e) Raport SORT-2,
- f) Załączniki do pisma.

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

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: 09.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_118_en-sig oraz 09.01_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_118_pl-sig) - zawiera jedynie informacje formalne bez żadnych danych technicznych,
- Raport techniczny nr 120186-20-TAC (pliki 09.04_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_118_TR_en-sig, 09.05_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_118_TR_pl -sig) - zawiera jedynie wyniki badania, bez przytaczania jakichkolwiek danych technicznych.

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

- Zawiadomienie dotyczące rozszerzenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości jego konstrukcji nośnej na podstawie regulaminu nr 66 (pliki 10.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_66_en-sig, 10.10_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_66_pl-sig) - zawiera jedynie informacje formalne a dane techniczne zawarte są w ogólnie dostępnym folderze informacyjnym producenta.

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: 11.00_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_93_en-sig, 11.10_Tajemnica przedsiębiorstwa_R_93_pl-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.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących spełnienia wymagań z Regulaminu 29 EKG ONZ, dokument pn.:

- Raport techniczny nr 120243-21-TAC Badanie zgodne z Regulaminem EKG nr 29.03 Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego (pliki: 12.00_Tajemnica przedsiębiorstwa Reg. 29 EKG ONZ_en-sig, 12.10_Tajemnica przedsiębiorstwa Reg. 29 EKG ONZ_pl_-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 29.03, w tym wizualizację pojazdu, stanowiącą element wyniku badań.

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.

Ponadto, wykonawca Solaris zastrzegł Raport SORT-2, który złożony został w celu potwierdzenia parametru technicznego oferowanego pojazdu ocenianego w kryterium Właściwości techniczno-eksploatacyjne. W tabeli w rozdz. XV pkt 2.2 SWZ zawarto w pozycji 9 parametr Zużycie energii elektrycznej w kWh/1km przebiegu. Zamawiający żądał wskazania poziomu zużycia wodoru, potwierdzonego dokumentem z testów zużycia wodoru w pojazdach elektrycznych zasilanych wodorem, 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 osiągnane 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 sprężarki 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 sprostął”.

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

Podsumowując, Zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez Solaris następujących informacji/dokumentów złożonych wraz z pismem z dnia 02.09.2024 r.:

1. Komunikat dotyczący rozszerzenia homologacji typu pojazdu zgodnie z Regulaminem nr 118,
2. Raport techniczny nr 120186-20-TAC,
3. Zawiadomienie dotyczące rozszerzenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości jego konstrukcji nośnej na podstawie regulaminu nr 66,

4. 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),
5. Raport techniczny nr 121680-21-TAC Badanie zgodne z Regulaminem EKG nr 29.03 Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego,
6. Raport SORT-2.

Zastrzeżenie tajemnicy Daimler Buses Polska Sp. z o.o.

Wykonawca Daimler zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część formularza ofertowego oraz całość wskazanych przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą. Wykonawca dołączył do oferty uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia.

Oceniając złożone uzasadnienie należy zwrócić uwagę, że Daimler przedstawił argumentację o charakterze bardzo uogólnionym, która w większości dotyczy łącznie wszystkich zastrzeżonych dokumentów i informacji. Jedynie w nielicznych fragmentach wykonawca odnosi się odrębnie do poszczególnych dokumentów. Taki sposób sporządzenia uzasadnienia nie może być uznany za realizację dyrektywy zawartej w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przewidującej obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nakaz ustawowy należy rozumieć jako konieczność wykazania zasadności utajnienia w stosunku do każdej odrębnej informacji. Wykonawca chcący skorzystać z uprawnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zobligowany jest do wykazania względem każdej zastrzeganej informacji zaistnienia przesłanki materialnej zastrzeżenia – tj. charakteru danej informacji oraz jej wartości gospodarczej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się w tym kontekście, że *„Nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Wykonawcy spoczywa obowiązek, zgodnie z którym ma on w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować. Wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartości. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych. Wartość tę można omówić i wykazać w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3248/23). Wykonawca Daimler nie omówił i nie wykazał wartości w sposób konkretny w odniesieniu do każdego zastrzeganego dokumentu. W uzasadnieniu wykonawca wskazuje, że zastrzegane informacje dotyczą procesu produkcyjnego oraz że są to informacje o charakterze technicznym. Jednakże, ze względu na znaczną liczbę zastrzeganych dokumentów i ich różnorodność, ogólne twierdzenia o charakterze tych informacji i ich wartości gospodarczej są niewystarczające. W przedłożonym uzasadnieniu wykonawca Daimler zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, których zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów

pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy Daimler udziału w kolejnych postępowaniach. Wykonawca nie wykazał, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek wykonawcy dotyczyło.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że twierdzenia Daimler zawarte w uzasadnieniu są nietrafione. W uzasadnieniu Daimler podnosi w szczególności, że „Wszystkie z wymienionych dokumentów przedstawiają informacje techniczne (wymiarowe), jak i informacje o szczegółowych obliczeniach parametrów oferowanych pojazdów, zastosowanego zawieszenia, liczby miejsc dostępnych oraz innych danych uwzględniające szczególne wymagania Zamawiającego i postawionych przez niego warunków. Ich ujawnienie istotnie umożliwiłoby konkurentom uzyskanie pełnej wiedzy na temat zaproponowanych rozwiązań technicznych Wykonawcy. Z kolei informacje zawarte w dokumentach homologacyjnych przedstawiają dokładne wyniki przeprowadzonych pomiarów i badań i mogą stanowić cenne źródło informacji na temat funkcjonalności rozwiązań stosowanych przez Daimler Buses. Są to więc informacje nie tylko techniczne, ale przede wszystkim unikalne dla konstrukcji oferowanych pojazdów przez Daimler Buses. Informacje te, dotyczące wszystkich danych oferowanego pojazdu, dotychczas nie były nigdzie publikowane, a oferowane pojazdy nie były wcześniej oferowane w innym postępowaniu”.

Wykonawca Daimler zaoferował w postępowaniu pojazd Mercedes-Benz eCitaro fuel cell, typ 628 10. Model eCitaro prezentowany jest na stronie internetowej producenta pod adresem https://www.mercedes-benz-bus.com/pl_PL/models/ecitaro.html. W ramach opisu pojazdu producent zamieścił na tej stronie do pobrania opis danych technicznych i wyposażenia. Opis ten zawiera szczegółowe przedstawienie dokładnych danych różnych wariantów eCitaro, w tym zaoferowanego w postępowaniu typu eCitaro fuel cell. W opisie zawarto dokładne wymiary pojazdu oraz dane na temat m. in. napędu, układu jezdnego, hamowania, systemów bezpieczeństwa, zdolności przewozowej, masy i techniki baterii. Wskazano również producenta i nazwy modelu napędu elektrycznego, osi przedniej, środkowej, napędowej. Znaczna część danych przedstawionych na stronie internetowej pokrywa się z danymi zaoferowanego pojazdu opisanymi w zastrzeżonych dokumentach. Ponadto, nazwy producentów i modeli ww. części wymienione są w zastrzeganych dokumentach, w szczególności w Zestawieniu zespołów i podzespołów stosowanych w pojeździe oraz w Homologacji pojazdu. Tym samym, nie sposób uznać, aby wykonawca Daimler wykazał zaistnienie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 Uznk wskazującej, że zastrzeżeniu podlegają informacje, które „nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”. Twierdzenie wykonawcy Daimler z uzasadnienia zastrzeżenia, iż „Informacje te, dotyczące wszystkich danych oferowanego pojazdu, dotychczas nie były nigdzie publikowane”, jest bezpodstawne, nie znajduje pokrycia w rzeczywistym stanie faktycznym, w związku z czym nie stanowi skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W części III uzasadnienia wykonawca Daimler odnosi się do działań podjętych w celu zachowania poufności informacji. Wykonawca wskazał m. in. że „Jako członek

międzynarodowego koncernu Wykonawca zobowiązany jest do stosowania zbioru zasad wiążących cały koncern, którego istotną część stanowią regulacje dotyczące zachowania poufności, ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i nieudostępniania ich osobom trzecim". Wskazano, że „Każdego pracownika spółki Daimler Buses Polska Sp. z o.o. obowiązuje umowa dotycząca zachowania poufności. Ponadto, dokumentacja techniczna oferowanych autobusów jest przechowywana tylko w formie elektronicznej i zabezpieczona na serwerze firmowym. (...) Ponadto wspomnieć należy, iż w przypadku zawierania umów z kontrahentami prywatnymi (a więc w tam, gdzie Wykonawca ma wpływ na kształt umowy), zawierane są klauzule dotyczące poufności i zakazu rozpowszechnienia informacji o charakterze technicznym.”

Wykonawca przedstawił zatem w skróty sposób podjęte działania służące zachowaniu poufności informacji w przedsiębiorstwie. Powołując się na stosowane w przedsiębiorstwie regulacje, umowy z pracownikami czy też zasady zabezpieczania danych i urządzeń elektronicznych, wykonawca nie dołączył żadnych dowodów w celu potwierdzenia stosowania opisywanych działań. Nie złożono np. regulaminów obowiązujących w spółce, bądź zanonimizowanych umów z pracownikami bądź kontrahentami. Przedstawione uzasadnienie oparte na oświadczeniach i zapewnieniach ma zatem wyłącznie charakter gołosłownych deklaracji, ponieważ nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami na potwierdzenie postawionych twierdzeń, co przekonuje, że przedstawione uzasadnienie jest zbyt ogólne i niewystarczające. Skoro wykonawca deklaruje, że stosuje w swoim przedsiębiorstwie szereg środków służących ochronie poufności informacji, to nie ulega wątpliwości, że mógł i powinien je przedstawić w toku postępowania przetargowego. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że przedstawienie samych wyjaśnień w kwestii działań podjętych w celu zachowania poufności informacji, jest niewystarczające i konieczne jest przedstawienie dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W uzasadnieniach orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała m. in.:

1. „Wykonawca winien wykazać ponadto istotny element tajemnicy przedsiębiorstwa, jakim jest podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. Nie jest wystarczające złożenie samego oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę dla podmiotów trzecich, że w jego organizacji stosowane są procedury mające na celu ochronę informacji, że wszyscy pracownicy posiadają w swoich umowach odpowiednie klauzule, a także, że wykonawca wprowadził odpowiednie zabezpieczenia w systemach informatycznych” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r., KIO 808/23).
2. „Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno z jednej strony polegać na złożeniu wyczerpującego uzasadnienia, z treści którego będzie wynikało dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, ale też w przypadku gdy wykonawca powołuje się na dane okoliczności, takie jak np. że zawiera stosowne umowy z pracownikami i kontrahentami, które zobowiązują ich do zachowania w poufności przekazywanych informacji, powinien ten fakt wykazać. Może w takim przypadku

przedłożyć wyciągi z tych dokumentów, zawierające postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności, czy też podpisane przez pracowników oświadczenia o zachowaniu w poufności tych danych i informacji, które wykonawca w danym postępowaniu zastrzega. Jeśli powyższego zabrakło, to wszelkie twierdzenia o tym jak spółka chroni informacje w swoim przedsiębiorstwie - należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadnymi dowodami" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r., KIO 717/23).

Nie ulega zatem wątpliwości, że wykazanie przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności, nie może ograniczać się do złożenia ogólnych deklaracji. W kontrolowanej sprawie Daimler powołuje się na środki zawarte w dokumentach, tj. zbiór zasad wiążących cały koncern, którego istotną część stanowią regulacje dotyczące zachowania poufności, umowy z pracownikami dotyczące zachowania poufności, klauzule w umowach z kontrahentami prywatnymi. Wobec tego skuteczne wykazania spełnienia ww. przesłanki wymaga obligatoryjnie przedłożenia dokumentów lub wyciągów z dokumentów, na które powołuje się wykonawca. W kontrolowanej sprawie wykonawca Daimler ograniczył się do wymienienia stosowanych środków i krótkiego opisu. Wyjaśnienia wykonawcy mają znikomą wartość w kontekście wykazania przesłanek zastrzeżenia przedsiębiorstwa. Orzecznictwo KIO wyraźnie akcentuje konieczność udowodnienia stosowania środków służących utrzymaniu poufności zastrzeganych informacji. Daimler nie przedstawił żadnych dowodów na ten fakt, co czyni przedstawione uzasadnienie niewystarczającym dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niewykazanie omawianej przesłanki powoduje nieskuteczność zastrzeżenia dokumentów Daimler w całości. Zamawiający błędnie ocenił uzasadnienie wykonawcy Daimler za prawidłowe. W świetle powyższych okoliczności, Zamawiający zobligowany był do uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Daimler Buses Polska Sp. z o.o. za nieskuteczne i odtajnić zastrzeżone dokumenty.

Zastrzeżenie tajemnicy PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o.

Wykonawca PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część formularza ofertowego oraz część przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą. Wykonawca dołączył do oferty uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia.

Oceniając złożone uzasadnienie należy zwrócić uwagę, że informacje zawarte w oświadczeniu do oferty (pkt 4a) zawiera oświadczenie wykonawcy o posiadaniu dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej, w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowanego oraz dokumentu potwierdzającego wielkość zużycia wodoru dla oferowanego typu pojazdu. Natomiast zastrzeżone dokumenty w postaci: Formularza ofertowego w punkcie 15 – podlegające ocenie parametry oferty (pkt 4b), Wymagania techniczne dla autobusu wg załącznika nr 4 do SWZ (pkt 3d), Wymagania techniczne dla systemu monitoringu wg

załącznika nr 5 do SWZ (pkt 3e), Wymagania techniczne dla elektronicznych tablic informacji pasażerskiej wg załącznika nr 6 do SWZ (pkt 3f), Wymagania techniczne dla autobusu zliczania pasażerów wg załącznika nr 7 do SWZ (pkt 3g) - stanowią wypełnione formularze sporządzone przez zamawiającego, które wymagały jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez zamawiającego. Dane te nie pochodziły od wykonawców i nie stanowiły ich unikalnego know-how bowiem były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, których potwierdzenie spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, mogącej spowodować szkodę dla wykonawcy.

Ponadto uzasadnienie wykonawcy jest bardzo ogólne. Dotyczy ono łącznie zastrzeżonych dokumentów i informacji bez odniesienia do poszczególnych dokumentów. Trudno zatem uznać, że wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie wymienionych wyżej dokumentów/informacji Solaris Bus&Coach Sp. z o.o, dokumentów/informacji Daimler Buses Polska Sp. z o.o. oraz dokumentów/informacji PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - pomimo braku wykazania przez tych wykonawców, 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 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zawarł w pkt 2.1.6 podstawy wykluczenia wykonawcy i wymienił następujące przesłanki:

- Przepisy o przestępstwach terrorystycznych lub przestępstwach związane z działalnością terrorystyczną: art. 108 ust. 1 Pzp,
- Praca dzieci i inne formy handlu ludźmi,
- Udział w organizacji przestępczej: art. 108 ust. 1 Pzp,
- Płatność podatków: art. 108 ust. 1 Pzp,
- Porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji: art. 108 ust. 1 Pzp,
- Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu: art. 108 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający nie ustanowił w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy.

Opierając się na nazwach przesłanek wykluczenia wskazanych w ogłoszeniu, należy zauważyć, że wskazano przesłanki odnoszące się jedynie do części obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 108 ustawy Pzp. Zamawiający

przytoczył przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a), b), d), e) oraz pkt 2) w analogicznym zakresie, pkt 3) w zakresie płatności podatków oraz pkt 5. Pozostałe obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania nie zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

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 postawy 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. Należy wskazać, że poza przesłankami wskazanymi konkretnie na liście, można również wybrać pozycję Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym. Zgodnie z wyjaśnieniami UZP zawartymi w Instrukcji wypełniania ogłoszenia: „Wybierając tę kategorię podstaw wykluczenia zamawiający w polu BT – 67 (b) wskazuje postawy wykluczenia przewidziane w przepisach ustawy Pzp, które nie mają swojego odpowiednika w przepisach dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Przesłanki te dotyczą:*

- 1) wykluczenia wykonawcy w przypadku skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 47 ustawy o sporcie;*
- 2) wykluczenia wykonawcy w przypadku skazania za przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów i przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g) i pkt*

- 2 ustawy Pzp), tj. za przestępstwa, o których mowa w art. 270- 277d Kodeksu karnego [przestępstwa wiarygodności dokumentów] i przestępstwa, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego [przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu], z wyjątkiem przestępstwa udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego;
- 3) wykluczenia wykonawcy, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówieni a publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp); zakaz orzekany jest wobec podmiotu zbiorowego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2016 r. poz. 1541 oraz z 2017 r. poz. 724 i 933), a wobec osoby fizycznej w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania karnego,
- 4) art. 108 ust. 2 ustawy Pzp;
- 5) podstaw wykluczenia wskazanych art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 – o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. poz. 835)".

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.

Zamawiający zaniechał zatem wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c), f), g), h) oraz z pkt 2) w analogicznym zakresie, pkt 3 w zakresie płatności składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, pkt 4, pkt 6 oraz z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Nie wskazano również podstaw wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspierania agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835). Ogłoszenie nie zawiera również wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych od wykonawców w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający nie dokonał też zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w celu uzupełnienia brakujących informacji.

Ponadto, 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.

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 spełnienia 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: w zakresie kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej.

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 obligatoryjnych podstaw wykluczenia i podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do

wykluczenia oraz w pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji poprzez podanie podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie spełnienia 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 (formularze).

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. W Rozdziale VII ust. 7 i 8 SWZ Zamawiający wymienił dokumenty żądane od wykonawców zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z rozdz. VII ust. 7 pkt 7.1 SWZ: Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: dokumentu, o których mowa w ust. 2 pkt 2.3. ppkt 2.3.1. powyżej., składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w ww. ust. 2 pkt 2.3. ppkt 2.3.1. (z uwzględnieniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp) - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem.

Zgodnie z rozdz. VII ust. 8 SWZ: Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 7, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków wskazanych w SWZ, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Wymagania dotyczące terminu wystawienia dokumentów lub oświadczeń są analogiczne jak w ust. 7 powyżej.

Należy zauważyć, że opis powyższych dokumentów nie uwzględnia zmiany 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 26.04.2024 r.

Powyższa zmiana rozporządzenia objęła m. in. § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, który uzyskał brzmienie:

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1.

Zmiana objęła również § 4 ust. 3 rozporządzenia, który uzyskał brzmienie:

3. Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć. Przepis ust. 2 stosuje się.

Podkreślone wyżej fragmenty zostały dodane do treści rozporządzenia w wyniku opisanej wyżej nowelizacji. Zamawiający nie uwzględnił tych fragmentów w treści SWZ, zatem określił wymagania względem dokumentów od podmiotów zagranicznych w oparciu o nieaktualny stan prawny. Opis dokumentów z rozdz. VII ust. 7 pkt 7.1 SWZ oraz rozdz. VII ust. 8 SWZ został sporządzony w sposób nieprawidłowy i niepełny, w związku z czym stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 pkt 1 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia.

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.