



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.57.2025.II
dot. KU/55/25/DKZP

Warszawa, dnia 20.06.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Zakłady Komunikacyjne Sp. z o.o. ul. Inowrocławska 11 85-001 Bydgoszcz
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	dostawy 11 szt. autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą ładowania z wykorzystaniem OZE
Data wszczęcia postępowania:	13.12.2024 r.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Wartość zamówienia:	58.651.991,25 zł, (tj. 12.648.420,62 euro)
Środki UE:	Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach Programu priorytetowego: „Zielony transport zbiorowy” ZTP 3.0 w ramach Programu „Zielony transport publiczny” do objęcia wsparciem bezzwrotnym z planu rozwojowego (dotacja) w ramach inwestycji GI.3.2 Zeroemisyjny transport zbiorowy (autobusy) Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO).

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 oraz z 2025 r. poz. 620.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie przez zamawiającego:

1) naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zwrot wadium wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A., pomimo braku złożonego wniosku o zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej;

2) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), poprzez zaniechanie odtajnienia wskazanych poniżej w uzasadnieniu dokumentów / informacji złożonych wraz z ofertą wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A.

UZASADNIENIE

1) W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 23.06.2025 r. Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A., wraz z ofertą, przedłożył Gwarancję bankową nr 874BG02500105 ważną od dnia 21.02.2025 r. do dnia 23.06.2025 r.

Zamawiający pismem z dnia 17.04.2025 r. dokonał zwrotu wadium wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. poprzez przesłanie oświadczenia do Deutsche Bank wystawcy gwarancji informacji o zwolnieniu z zobowiązania. W dokumentacji postępowania brak jest złożonego wniosku wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. o zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 09.05.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o uzupełnienie dokumentacji oraz udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. w dniu 17.04.2025 r.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 13.05.2025 r., wyjaśnił, że: „Zwrot wadium nastąpił w dniu 17.04.2025 r., tj. dzień po wyborze oferty najkorzystniejszej, poprzez przesłanie do Deutsche Bank informacji o zwolnieniu z zobowiązania, o czym poinformowano również lidera konsorcjum. Wykonawca odebrał zawiadomienie o zwolnieniu z wadium w tym samym dniu (dowód odbioru wiadomości w załączeniu). Na czynność tę nie wpłynęło żadne odwołanie ze strony Wykonawcy.

Po analizie kwestii związanej ze zwrotem wadium Wykonawcy – Konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider) oraz ELEKTROTIM S.A. (partner) – Zamawiający stwierdza, że czynność ta została dokonana przedwcześnie, jednakże działanie te nie ma wpływu na wynik postępowania”.

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Ponadto, zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp).

W tym miejscu, konieczne jest wskazanie, iż zgodnie z art. 220 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 120 dni od dnia upływu terminu składania ofert, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

W oparciu o dokonane ustalenia, podkreślenia wymaga, iż wykonawca konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. był związany ofertą do dnia 23.06.2025 r.

Wobec powyższego, zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium wniesione przez ww. wykonawcę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia 23.06.2025 r., tj. dnia upływu terminu związania ofertą.

Przyjąć zatem należy, iż zwrot wadium wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. przed upływem terminu związania ofertą pomimo braku złożenia przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej, stanowi naruszenie przepisu art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) dalej jako: „ustawa znk”. Wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., w formularzu ofertowym, wskazał, iż:

„1. Opis techniczny oferowanych autobusów przegubowych i krótkich wg załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ.

2. Świadectwa homologacji 12m

3. Świadectwa homologacji 18m

4. Raport wg SORT 2 dla oferowanych typów autobusów 12 m

5. Raport wg SORT 2 dla oferowanych typów autobusów 18 m

6. załączniki do pisma - Wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie mogą być ogólnie udostępnione”.

Jednocześnie wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą plik pn. „05.00_aWyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa-sig”, w celu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., w piśmie z dnia 21.02.2025 r., przedstawił, m.in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji, cyt.: „ (...)

„a) Opis techniczny oferowanych autobusów przegubowych i krótkich potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w OPZ (ZADANIE 1) wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ.

Parametry techniczne oferowanego autobusu, zawierają informacje w zakresie danych technicznych pojazdu, w szczególności takie jak wymiary oferowanych pojazdów, pojemność pasażerska, oferowane rozwiązania, materiały wchodzące w skład budowy nadwozia, podwozia oraz poszycia. 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 SIWZ 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. 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.

b) Aktualne świadectwo homologacji dla 12m i 18m

Wyżej wymieniony dokument zawiera informacje w zakresie rozwiązań i danych technicznych autobusu, w szczególności takie jak, masy, naciski, rodzaje stosowanych podzespołów, parametry dotyczące emisji, wyniki badań. Informacje te nie są jawne i mają unikalny charakter, bazując bowiem na analizach wykonanych w oparciu o gromadzone latami know-how Wykonawcy. Co ważne, Wykonawca, przedstawiając ww. informacje, optymalizuje poszczególne parametry, w celu zaprojektowania pojazdu, który spełniając niepowtarzalne wymagania SIWZ 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. Ujawnienie informacji dotyczących danych technicznych oferowanego pojazdu umożliwiłoby bowiem pozostałym oferentom na modyfikację ofert w przyszłych postępowaniach, w celu osłabienia pozycji Wykonawcy.

c) Raport wg SORT 2 dla 12m i 18m

Raport z testu E-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 E-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 gwarantowany zasięg minimalny w okresie gwarancji baterii, 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 paliwa 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 paliwa podczas eksploatacji pojazdu w normalnym ruchu miejskim. Podobnie wartość ta nie może być w żaden inny sposób uzyskana przez konkurencję wykonawcy.

d) Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

Wskazujemy, iż dowody zawarte w niniejszym Zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa oraz całej międzynarodowej grupy kapitałowej, do jakiej należy Wykonawca. Za informację organizacyjną przyjmuje się bowiem całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym ani działalnością handlową (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1006/18).

W szczególności dane na temat funkcjonującego systemu zabezpieczenia dokumentów w przedsiębiorstwie, w tym procedur dotyczących administrowania systemem informatycznym, bezpieczeństwa danych osobowych, zarządzania zasobami informatycznymi, bezpieczeństwa informacji, kwestii związanych z poufnością, stanowią wewnętrzne dokumenty funkcjonujące w przedsiębiorstwie Wykonawcy, udostępniane jedynie pracownikom lub określonym grupom pracowników Wykonawcy.

Dane te stanowią unikalne rozwiązania organizacyjne kreujące wartość przedsiębiorstwa Wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego działającego w branży. Ponadto powody utajnienia poszczególnych informacji zawartych w dokumentach załączanych do oferty, jak również informacje techniczne lub technologiczne w nich zawarte oraz ich wpływ na sytuację gospodarczą Wykonawcy powinny zostać objęte poufnością. Wskazać bowiem należy, iż ww. dane mogłyby stanowić pośrednie wskazanie parametrów pojazdów zaoferowanych przez Wykonawcę dla osób z branży zajmujących się tego typu informacjami.

Ujawnienie ww. informacji mogłoby wiązać się z wymierną szkodą w postaci naruszenia systemu bezpieczeństwa wykonawcy, ataków hackerskich, a także wycieku różnego rodzaju danych poufnych o charakterze technicznym, technologicznym czy handlowym – ujawniającym know-how przedsiębiorstwa”.

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

Drugi z wykonawców uczestniczących w postępowaniu - Konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A., również zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W formularzu ofertowym, wskazał, iż:

„Informacje zawarte w plikach opis techniczny oferowanych autobusów przegubowych potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w OPZ (ZADANIE 1) wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4.1.0 do SWZ, opis techniczny oferowanych autobusów krótkich potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w OPZ (ZADANIE 1) wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4.2.0 do SWZ, aktualne świadectwo homologacji wraz z załącznikami dla autobusów przegubowych, aktualne świadectwo homologacji wraz z załącznikami dla autobusów krótkich, Raport techniczny drogowego zużycia paliwa Test Raport wg SORT 2 dla oferowanego typu autobusów elektrycznych przegubowych wykonany wg wytycznych UITP przez niezależną jednostkę certyfikującą, Raport techniczny drogowego zużycia paliwa Test Raport wg SORT 2 dla oferowanego typu autobusów elektrycznych krótkich wykonany wg wytycznych UITP przez niezależną jednostkę certyfikującą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie mogą być ogólnie udostępnione.”

Jednocześnie ww. wykonawca złożył wraz z ofertą plik pn. „20_uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa-sig„ w celu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A, w piśmie z dnia 21.02.2025 r. przedstawił, m.in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji, cyt.: „ (...)

„1. Kluczową przesłanką uznania danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter. Jednocześnie ustawodawca poprzez stwierdzenie, iż status taki można nadać innej „posiadającej wartość gospodarczą” informacji, objął przysługującym przedsiębiorcom uprawnieniem do ochrony danych ich dotyczących zakres informacji właściwie nieograniczony. Jak podnosi doktryna swoistą „linię demarkacyjną” pomiędzy danymi podlegającymi ochronie a tymi, które na ochronę nie zasługują stanowią przepisy ustawowe oraz dobre obyczaje. I tak np. za niezasługujące na ochronę uznać należy informacje służące prowadzeniu działalności niezgodnej z prawem lub zasadami współżycia społecznego¹.

2. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż dyspozycja zawarta w treści art. 11 ust. 2 Znk stanowi katalog o charakterze otwartym i od indywidualnej oceny danego przypadku powinno zależeć przyznanie danej informacji statusu tajemnicy przedsiębiorstwa². Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu nowelizacji przepisów Znk z dnia 5 lipca 2002 r. (na podstawie której zastąpiono istniejące dotychczas enumeratywne wyliczenie informacji mogących być uznanymi za tajemnice przedsiębiorstwa katalogiem otwartym): „W przepisach tych [tzn. komentowanej ustawy - autor] rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy”.

3. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci

natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (por. np. orzeczenie SN –Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzeczenie SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczenie SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

„Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wypływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)” – tak Sąd Najwyższy w wyroku z 5 września 2001 roku, I CKN 1159/00.

4. Wykonawca w tym miejscu podkreśla, że ocena zasadności zastrzegania określonych informacji musi odbywać się przy uwzględnieniu nie tylko ich zawartości (o czym poniżej) badanej w oderwaniu od innych okoliczności, ale powinna również uwzględniać specyfikę rynku (otoczenia biznesowego), na którym działa dany podmiot. Biorąc tę okoliczność pod uwagę bezsporne jest, że rynek producentów autobusów cechuje się określoną specyfiką. Specyfika ta powoduje, że jest to rynek hermetyczny, zdominowany przez kilka profesjonalnie działających podmiotów. Z tej okoliczności należy wywieść skutek w postaci szczególnie uzasadnionej konieczności ochrony informacji wrażliwych. Skoro bowiem w zdecydowanej większości postępowań rywalizują ze sobą ci sami wykonawcy, to ujawnienie danych informacji mogłoby wywoływać negatywne skutki nie tylko w ramach tego postępowania, ale rozciągać mogłoby się również na inne postępowania przetargowe. Opracowane dokumenty, nakreślające sposób wykonania zamówienia, zawierają autorskie i niepowtarzalne elementy, które gwarantują Wykonawcy zaproponowanie Zamawiającemu konkretnego przedmiotu zamówienia dostosowanego do specyfiki zamówienia.

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 knowhow i wiedzę Wykonawcy, pozostały niejawnymi 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 niepowtarzalna i indywidualny.

6. Równie doniosłe znaczenie o charakterze technicznym posiadają wszelkie dokumenty homologacyjne oraz raporty z przeprowadzonych badań. 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 przejść rozwiązania Daimler Buses, wykorzystać je w innych przetargach i pozbawić Daimler Buses szansy na dalsze, skuteczne uczestnictwo w konkurencyjnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego). 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. 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. Sąd 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”.

W toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 27.05.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy, a jeśli tak, to które dokumenty złożone przez wykonawcę SOLARIS BUS & COACH Sp. z o.o. oraz wykonawcę konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A., zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 30.05.2025 r., wyjaśnił w sposób następujący:

„3. W odniesieniu do punktu 3 i 4 wezwania: Wykonawca SOLARIS BUS & COACH Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wybrane przedmiotowe środki dowodowe złożone wraz z ofertą. Zamawiający, po dokonaniu analizy przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowiącego załącznik: „05.00_aWyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa-sig” wraz z dowodami, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2024 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2024 poz. 1320) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uznał zastrzeżenie tych dokumentów za skuteczne. W przedłożonym uzasadnieniu Wykonawca szczegółowo wykazał, że wszystkie zastrzeżone dokumenty m.in.:

1) zawierają informację o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym i posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca zastrzegł jako poufne: Opisy techniczne pojazdów 12m i 18m, Świadectwa homologacji, Raporty zużycia energii wg SORT 2. W uzasadnieniu Wykonawca podniósł, że dokumenty zawierają niepowtarzalne rozwiązania inżynierskie, będące efektem wieloletniego know-how, dane techniczne i technologiczne oraz rozwiązania unikalne, dostosowane pod konkretne wymagania wskazane w dokumentach zamówienia;

2) nie są powszechnie znane ani dostępne. Wskazano, że informacje te nie są dostępne publicznie ani nawet wśród specjalistów z branży, rozwiązania konstrukcyjne oraz dane techniczne nie są nigdzie publikowane;

3) podlegają działaniom zabezpieczającym – wdrożenie odpowiednich zabezpieczeń IT, monitoringów poczty elektronicznej, zakaz korzystania z komputerów do celów pozasłużbowych, umowy o zachowaniu poufności zawarte z kontrahentami, stosowanie oznaczeń klauzul poufności i systematyczne zastrzeganie dokumentów w przetargach, ograniczony dostęp do danych (tylko dla wybranych osób). Konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz ELEKTROTIM S.A., zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wybrane przedmiotowe środki dowodowe złożonych wraz z ofertą. Wykonawca dołączył do oferty uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający, po dokonaniu analizy przedstawionego uzasadnienia, stanowiącego dokument pn. 20_uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa-sig”, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uznał zastrzeżenie tych dokumentów za skuteczne. W przedłożonym uzasadnieniu Wykonawca szczegółowo wykazał, że wszystkie zastrzeżone dokumenty:

1) zawierają informację o charakterze technicznym i technologicznym. Wykonawca w uzasadnieniu podniósł, że wśród zastrzeżonych dokumentów znajdują się rozwiązania będące efektem wieloletnich prac rozwojowych (know-how); dane techniczne i technologiczne oraz rozwiązania unikalne, dostosowane pod konkretne zamówienie;

2) nie są powszechnie znane ani dostępne, co potwierdzono poprzez opis praktyk wewnętrznych firmy, ograniczenia dostępu nawet dla części pracowników oraz brak ich publikacji,

3) podlegają działaniom zabezpieczającym, takim jak wdrażanie systemów informatycznych, procedury wewnętrzne, umowy o zachowaniu poufności wobec pracowników i kontrahentów i oznaczenia dokumentów klauzulą tajności. Jak podnoszą Wykonawcy, zastrzeżone informacje dotyczące danych technicznych oferowanego pojazdu stanowią istotne źródło wiedzy wykorzystywanej w przyszłych postępowaniach przetargowych. Ujawnienie tych danych na etapie toczącego się, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania mogłoby umożliwić pozostałym oferentom modyfikację ofert w kolejnych postępowaniach, prowadząc tym samym do składania bardziej konkurencyjnych propozycji. Zamawiający, dokonując oceny uzasadnień złożonych przez Wykonawców w zakresie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stwierdził, że Wykonawcy nie poprzestali na ogólnych i lakonicznych wyjaśnieniach, tylko zawarli konkretne i szczegółowe argumenty, które pozwalają uznać, że informacje objęte zastrzeżeniem

spełniają zarówno przesłanki formalne, jak i materialne, określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone przez Wykonawców informacje posiadają dla nich realną wartość gospodarczą. Ponadto każdy z Wykonawców w formularzu ofertowym wskazał ten sam rodzaj informacji objętych zastrzeżeniem, zawartych w przedłożonym dokumencie:

– Opis techniczny oferowanych autobusów przegubowych i krótkich wg załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ.

– Świadectwa homologacji 12m

– Świadectwa homologacji 18m

– Raport wg SORT 2 dla oferowanych typów autobusów 12 m

– Raport wg SORT 2 dla oferowanych typów autobusów 18 m

Wśród dokumentów objętych zastrzeżeniem znajdują się rysunki, opisy techniczne, wyniki pomiarów oraz badań, a także rozwiązania technologiczne, które mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Przedstawione rozwiązania techniczne są efektem wieloletniego doświadczenia Wykonawców w branży motoryzacyjnej, co nadaje im indywidualny i unikalny charakter. Zawarte w dokumentach informacje stanowią podsumowanie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej, choć nie są bezpośrednio związane z procesem produkcji ani z działalnością handlową.

Informacje zawarte w ofertach należy traktować jako spójne, świadomie przyjęte przez Wykonawców rozwiązania techniczne, odnoszące się do określonych, zadeklarowanych parametrów technicznych, dostosowanych do wymagań oraz specyfiki przedmiotu zamówienia. Jak podkreślają Wykonawcy „dane te stanowią unikalne rozwiązania organizacyjne kreujące wartość gospodarczą” czy „indywidualnych wypracowanych rozwiązań technologicznych pozwalające przedstawić Zamawiającemu przedmiot o konkretnych parametrach spełniający oczekiwania Zamawiającego”.

Zamawiający nadmienia, że nie spotkał się dotychczas z sytuacją odtajnienia tego typu dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający podziela stanowisko oferentów, tożsamy dla wszystkich, którzy złożyli oferty i uznaje, że dane te podlegają ochronie jako informacje poufne. Jednocześnie stwierdza, że każdy z Wykonawców zastosował odpowiednie środki w celu ich ochrony, co zostało potwierdzone w przedstawionych uzasadnieniach, które nie wzbudziły jego zastrzeżeń”.

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.

Odnosząc się do uzasadnienia wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. należy zauważyć, że zastrzeżone dokumenty w postaci Świadectwa homologacji typu WE pojazdu to wykonawca złożył dwa dokumenty wraz z tłumaczeniami: Świadectwo homologacji typu UE oraz Wniosek o rozszerzenie nr 8 Homologacji. Należy zauważyć, że pierwszy z ww. dokumentów nie zawiera żadnych danych o charakterze technicznym, czy też organizacyjnym Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. 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.

Ponadto, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ – Parametry techniczne autobusów przegubowych i Parametry techniczne autobusów krótkich, a także Świadectwa homologacji wraz z wnioskiem o rozszerzenie Homologacji, jak również Raporty techniczne drogowego zużycia paliwa Test Raport wg SORT 2 dla oferowanych typów autobusów elektrycznych.

W rozdziale 4 SWZ zamawiający wskazał, iż wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych, m.in. Opisu technicznego oferowanych autobusów przegubowych i krótkich - załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ, Aktualnego świadectwa homologacji wraz z załącznikami

dla oferowanego typu autobusów oraz Raportów technicznych drogowego zużycia paliwa
Test Raport wg SORT 2 dla oferowanych typów autobusów elektrycznych.

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, jak również 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 pozostawania w tzw. „tyle”, jeżeli chodzi o postęp techniczny, nie może być miernikiem kwalifikacji tego rodzaju wiedzy, tj. o poziomie technicznym konkurencji jako czynu nieuczciwej konkurencji. To tak jakby przekładając na dziedzinę sportu należało by utajniać osiągnięte wyniki mistrzów w poszczególnych dziedzinach sportu, ponieważ konkurencja będzie starała się osiągnąć ten wynik czy też jeszcze lepszy wynik. Takie rozumowanie byłoby zaprzeczeniem samej idei „konkurencji” zgodnie z którą sportowcy czy też producenci, którzy chcieliby być zwycięzcami czy też liderami rynku, nie mieliby prawa znać najlepszych*

wyników konkurentów w branży. Takie rozumowanie wypacza i podważa istnienie jako takiej konkurencji i hamowałoby rozwój w danej branży producentów. W związku z tym przekładając to na dziedzinę zamówień publicznych należy stosować te same reguły jak opisane powyżej, ponieważ wykonawcy mają co prawo znać parametry techniczne (osiągane wyniki), które decydują o tym, że oferta ich konkurenta jest lepiej oceniona od ich oferty. Nie oznacza to, że kwestionowany jest w tym miejscu występujący w orzecznictwie Izby pogląd, że nie ma zasady skoro nie ma wprost przepisu ustawowego nakazującego aby parametry oceniane w ramach kryterium oceny ofert nie mogły być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzielać występujący w orzecznictwie pogląd, w niniejszej sprawie ze względu na rodzaj parametrów ocenianych przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert stwierdza, że nie znajduje podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa również pozostałych parametrów, których odtajnienia domaga się odwołujący z uwagi, że są podstawą do oceny oferty w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Takimi informacjami są pozostałe parametry techniczne wymienione w odwołaniu to jest informacja o systemie utrzymania pojazdu (w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego), informacja o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacja o zastosowaniu 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 obowiązku wykazania, że informacje ze stron 7-12 oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął”.

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

Jedynie na marginesie należy jeszcze wskazać, iż wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. w przeprowadzonym przez Urząd Miasta Rzeszowa, działającego w imieniu i na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Rzeszowie, postępowaniu pn. „*Zakup autobusów elektrycznych wraz z wykonaniem infrastruktury do ładowania*” zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu dokument i informacje. Zamawiający poinformował wykonawcę o bezpodstawnym objęciu klauzulą „*tajemnica przedsiębiorstwa*” części oferty w zakresie m.in. parametru wysokości zużycia energii elektrycznej wg testu SORT-2 w oferowanym autobusie.

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

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

- w części 3 zamówienia pn. „*Dostawa 2 autobusów elektrycznych 18 m*” – w zakresie parametrów technicznych związanych ze zużyciem energii elektrycznej (wielkość zużycia energii elektrycznej wg testu SORT-2),

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

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

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

Wykonawca złożył wraz z ofertą, wypełniony Opis techniczny oferowanych autobusów przegubowych i krótkich - załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ, określający parametry techniczne i eksploatacyjne oferowanych autobusów.

Przedstawione w załączniku 4.2.0 dane dotyczą autobusu typu Urbino 12 o nazwach handlowych Urbino 12 electric/Urbino 12 E. Na stronie internetowej producenta, pod adresem: <https://www.solarisbus.com/>, w odpowiednich zakładkach, oraz, m.in. pod adresami:

https://www.solarisbus.com/public/assets/Biuro_prasowe/2022_10_12_Transexpo/Dane_techiczne_Solaris_Urbino_12_electric_Transexpo_PL.pdf,

https://www.solarisbus.com/public/assets/Biuro_prasowe/Innotrans/Solaris_Urbino_12_electric_dane_techiczne_pl.pdf,

https://www.solarisbus.com/public/assets/content/pojazdy/Katalogi_2023/PL_Zeroemisyjne_1920_x_1080.pdf?_gl=1*13cg510*_up*MQ..*_ga*MTkzNTU5MDA2MS4xNzM4MzA3NzM1*_ga_JKWEFR8KTK*MTczODMwOTkyNi4yLjAuMTczODMwOTkyNi4wLjAuMA..,

udostępnione zostały dane techniczne autobusu Solaris Urbino 12 electric, w tym informacje dotyczące, m.in. jego długości, szerokości, wysokości całkowitej, producenta układu kierowniczego.

Przedstawione w załączniku 4.2.0 dane dotyczą autobusu typu Urbino 18 o nazwach handlowych Urbino 18 electric/Urbino 18 E. Na stronie internetowej producenta, pod adresem:

https://www.solarisbus.com/public/assets/content/pojazdy/Katalogi_2023/PL_Niskoemisyjne_1920_x_1080.pdf, a także w serwisie Wikipedia, czy w artykułach prasowych, np. https://transinfo.pl/x/infobus/nowa-propozycja-solarisa-urbino-18-hybrid-plug-in-more_123119/.

Dokumenty te zawierają również informację o producentach silnika, osi, układu ogrzewania, układu kierowniczego.

W treści uzasadnienia wykonawca nie wykazał jednak, aby rozkład siedzeń w pojazdach zamawianych w postępowaniu była odmienna w stosunku do standardowych parametrów modelu Urbino Urbino 18 electric. Model ten obecny jest na rynku od kilku lat, zatem rozkład siedzeń jest powszechnie znany. Opis przedmiotu zamówienia nie daje podstaw do przyjęcia, aby zamawiane pojazdy cechowały się znaczącymi odmiennościami od standardowych modeli elektrycznych autobusów 18-metrowych. Wobec tego, nie sposób wywieść z uzasadnienia wykonawcy Solaris wystarczających przesłanek do uznania zastrzeżenia powyższych

informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 września 2023 r., XXIII Zs 46/23, „Decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Bez wątpienia tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość na rynku”.

Tym samym, zastrzeżenie informacji zawartych w wypełnionym załączniku nr 4.2.0 do SWZ, w zakresie w którym są to dane powszechnie dostępne, nie znajduje uzasadnienia na gruncie ustawy znk oraz ustawy Pzp.

Podniesienia wymaga, iż wykonawca nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk. Uzasadnienie zastrzeżenia Opisu technicznego oferowanych autobusów przegubowych i krótkich - załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ, określającego parametry techniczne i eksploatacyjne oferowanych autobusów jest lakoniczne i charakteryzuje znikomym stopniem szczegółowości. Ogólnikowe, możliwe od wykorzystania w niemalże każdym podobnym postępowaniu uzasadnienie, nie wyjaśnia w sposób dostateczny dlaczego wskazane informacje miałyby stanowić prawnie chronioną tajemnicę. W związku z powyższym, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, nie znajduje uzasadnienia brak ujawnienia informacji zawartych w załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ.

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że część informacji zawartych w wypełnionym załączniku nr 4.1.0 oraz 4.2.0 do SWZ, to dane dostępne w Internecie i publikowane nawet przez samego wykonawcę na jego stronie internetowej. Nie potwierdziło się zatem wskazanie wykonawcy, że informacje te nie są jawne. Tym samym, zastrzeżenie informacji zawartych w wypełnionym załączniku nr 4.1.0 oraz 4.2.0 do SWZ, w zakresie w którym są to dane powszechnie dostępne w Internecie, nie znajduje uzasadnienia na gruncie ustawy znk oraz ustawy Pzp.

Informacje zawarte w powyższych dokumentach, dotyczące podstawowych parametrów pojazdów, takich jak np.: wysokość, długość, szerokość pojazdu lub poszczególnych wariantów typu pojazdu, dostępne są w domenie publicznej, m.in. na wskazanych wyżej stronach internetowych i w związku z powyższym nie podlegają utajnieniu.

Jeżeli chodzi o Świadectwo homologacji typu UE (zawiadomienie dotyczące rozszerzenia homologacji typu całego pojazdu zgodnie z rozporządzeniem (UE) 2018/858 typu pojazdu z wariantami kompletnymi i niekompletnymi), należy zauważyć, że ww. dokument nie zawiera żadnych danych o charakterze technicznym, technologicznym czy też organizacyjnym wykonawcy. Wykonawca błędnie objął ten dokument tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż żadna okoliczność wskazana w uzasadnieniu zastrzeżenia nie odnosi się do, mających charakter czysto formalno-prawny, danych zawartych w tym dokumencie.

Podsumowując, zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. następujących informacji/dokumentów złożonych wraz z ofertą:

- Opisu technicznego oferowanych autobusów przegubowych - załącznik nr 4.1.0 i 4.2.0 do SWZ,
- Opisu technicznego oferowanych autobusów krótkich - załącznik nr 4.2.0 do SWZ,
- Świadectwo homologacji typu UE, zawiadomienie dotyczące rozszerzenia, dotyczące autobusu Solaris typu Urbino 12;
- Wniosek o rozszerzenie nr 8 homologacji nr e8*2018/858*00064*07 dotyczący autobusu Solaris typu Urbino 12;
- Świadectwo homologacji typu UE, zawiadomienie dotyczące rozszerzenia, dotyczące autobusu Solaris typu Urbino 18;
- Wniosek o rozszerzenie nr 8 homologacji nr e8*2018/858*00063*06 dotyczący autobusu Solaris typu Urbino 18;
- Badanie zużycia prądu zgodnie z procedurą E-SORT- SORT 2, dotyczące autobusu Solaris typu Urbino 12;
- Badanie zużycia prądu zgodnie z procedurą E-SORT- SORT 2, dotyczące autobusu Solaris typu Urbino 18.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A.

Wykonawca konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A., zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa 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 wywrzeć 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 „Ich ujawnienie istotnie umożliwiłoby konkurentom uzyskanie pełnej wiedzy na temat zaproponowanych rozwiązań technicznych Wykonawcy. Informacje te, dotyczące wszystkich danych oferowanych pojazdów, dotychczas nie były nigdzie publikowane, a oferowane pojazdy nie były wcześniej oferowane w innym postępowaniu”.

Wykonawca Daimler zaoferował w postępowaniu pojazdy Mercedes-Benz eCitaro, typ 628 10 i Mercedes-Benz eCitaro, typ 628 11. 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 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. 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 dalszej części uzasadnienia wykonawca Daimler odnosi się do działań podjętych w celu zachowania poufności informacji. Wskazano, że „W celu ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Daimler Buses podjął szereg działań o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, co przejawia się między innymi w tym, że dostęp do informacji zawartych we wszystkich wymienionych dokumentach posiada wyłącznie określone i ograniczone grono pracowników i współpracowników Wykonawcy. Informacje te gromadzone są w taki sposób, że nie jest możliwy dostęp do nich przez osoby nieupoważnione. Dostęp do wskazanych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników Daimler Buses - osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty) oraz zarząd. Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników i innych osób do zastrzeganych informacji wskazać należy, że Daimler Buses stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m.in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Daimler Buses wypracował wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również wdrożył technologię zabezpieczającą bezpieczeństwo sieci informatycznych. W szczególności, wszelka korespondencja elektroniczna dotycząca postępowania, a zwłaszcza ta dotycząca informacji zawartych w wyżej wymienionych załącznikach zawiera oświadczenie o poufności dokumentów i informacji w nich zawartych”.

Wykonawca przedstawił zatem w skróty sposób podjęte działania służące zachowaniu poufności informacji w przedsiębiorstwie. Powołując się na stosowane w przedsiębiorstwie regulacje, procedury czy też zasady zabezpieczania danych, 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 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 reguły wewnętrzne związane z dostępem do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz obrotem tymi informacjami. Wobec tego skuteczne wykazanie 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 wykonawcę konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. za nieskuteczne i odtajnić zastrzeżone dokumenty.

Podsumowując, zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawcę konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. następujących informacji/dokumentów złożonych wraz z ofertą:

- opis techniczny oferowanych autobusów przegubowych potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w OPZ (ZADANIE 1) wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4.1.0 do SWZ;
- opis techniczny oferowanych autobusów krótkich potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w OPZ (ZADANIE 1) wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4.2.0 do SWZ;
- aktualne świadectwo homologacji wraz z załącznikami dla autobusów przegubowych;
- aktualne świadectwo homologacji wraz z załącznikami dla autobusów krótkich;
- Raport techniczny drogowego zużycia paliwa Test Raport wg SORT 2 dla oferowanego typu autobusów elektrycznych przegubowych wykonany wg wytycznych UITP przez niezależną jednostkę certyfikującą;
- Raport techniczny drogowego zużycia paliwa Test Raport wg SORT 2 dla oferowanego typu autobusów elektrycznych krótkich wykonany wg wytycznych UITP przez niezależną jednostkę certyfikującą.

W związku z powyższym, zamawiający poprzez uznanie wymienionych wyżej dokumentów/informacji złożonych przez wykonawcę Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. (lider), ELEKTROTIM S.A. za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - pomimo braku wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - a tym samym, poprzez niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawców o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

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

Z up. Prezesa UZP