



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.112.2024.KMA
dot. KU/108/24/DKZP

Warszawa, dnia 06.02.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu sp. z o.o. ul. Sienkiewicza 24/26 87-100 Toruń
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych elektrycznych autobusów niskopodłogowych klasy MAXI z opcją zakupu maksymalnie 30 dodatkowych autobusów o takich samych parametrach
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	30.01.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	22/2024 64263-2024
Wartość zamówienia:	118.907.093,48 zł (tj. 25.642.555,36 euro) – łączna wartość zamówienia, w tym: 108.506.270,41 zł, (tj. 23.399.596,82 euro) – wartość zamówienia częściowego, którego dotyczy obecne postępowanie, z uwzględnieniem opcji, w tym: 81.379.702,80 zł (tj. 17.549.697,61 euro) – wartość opcji
Środki UE:	Krajowy Plan Odbudowy i Zwiększania Odporności

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 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 stwierdzonych naruszeniach ustawy Pzp:

- 1) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrotu wadium wykonawcy Solaris Bus & Coach sp. z o.o. w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą,
- 2) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania czynności zmiany § 2 ust. 2 wzoru umowy oraz punktu VI.1. specyfikacji warunków zamówienia,
- 3) 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 (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) poprzez uznanie przez zamawiającego wymienionych poniżej informacji, zawartych we wskazanych dokumentach złożonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o., za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, brak dokonania ich odtajnienia.

UZASADNIENIE

1) W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 16.07.2024 r. Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o., wraz z ofertą, przedłożył gwarancję ubezpieczeniową nr 280000209049 ważną od dnia 19.03.2024 r. do dnia 16.07.2024 r.

W dniu 27.06.2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy Pzp, zwrócił się do ww. wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 14.09.2024 r.

Wykonawca, w dniu 08.07.2024 r., wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłożył aneks przedłużający okres ważności wadium do dnia 14.09.2024 r.

W toku prowadzonej kontroli uprzedniej, zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, w piśmie z dnia 12.12.2024 r., wyjaśnił, że nie dokonał zwrotu wadium wniesionego przez ww. wykonawcę, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiła żadna z okoliczności wskazanych w art. 98 ustawy Pzp oraz, na potwierdzenie powyższego, uzupełnił dokumentację o korespondencję, pochodzącą od wykonawcy Solaris Bus & Coach sp. z o.o., dotyczącą przedłużenia terminu związania ofertą oraz okresu ważności wadium wniesionego przez tego wykonawcę.

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).

Z uzupełnionych, w dniu 12.12.2024 r., dokumentów wynika, iż w dniach:

- 30.08.2024 r. wykonawca poinformował zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 31.10.2024 r. oraz przedłożył aneks przedłużający okres ważności wadium do dnia 31.10.2024 r.,
- 30.10.2024 r. wykonawca poinformował zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 29.11.2024 r. oraz przedłożył aneks przedłużający okres ważności wadium do dnia 30.11.2024 r.,
- 28.11.2024 r. wykonawca poinformował zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 31.12.2024 r. oraz przedłożył aneks przedłużający okres ważności wadium do dnia 31.12.2024 r.

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 przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 220 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni (art. 220 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje na zamawiającego jako podmiot posiadający inicjatywę w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą. Odmienne niż zostało to uregulowane w art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) inicjatywy pozbawiony został wykonawca. Aktualnie wykonawca może jedynie odnieść się do wezwania zamawiającego, jeśli zostało wystosowane zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca nie jest upoważniony na gruncie przepisów ustawy Pzp do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający występuje o takie przedłużenie terminu związania ofertą tylko raz, a żądany okres przedłużenia związania ofertą nie może przekroczyć 60 dni.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone, m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2023 r. (sygn. akt: KIO/KU 3/23). Zgodnie z powyższą opinią, cyt.: „*Lektura*

zastrzeżeń Zamawiającego zgłoszonych do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazuje, że przekonanie o prawidłowości swojego postępowania w zakresie zwrotu wadium wykonawcom PPM-T i TORPOL bierze on z wykładni przepisów starej ustawy PZP z 2004 r., tj. wychodzi z błędnego założenia, że w dalszym ciągu w prawie zamówień publicznych dopuszczalne jest jednostronne przedłużenie terminu związania ofertą przez oświadczenie zainteresowanego wykonawcy. I z takiej właśnie interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych Zamawiający wywodzi, że dopuszczalne z jego strony było podjęcie decyzji o zwrocie wadium dwóm wykonawcom w terminie 7 dni liczonym od dnia wynikającego z ich jednostronnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP z 2019 r., co trafnie wyjaśnił Prezes Urzędu w uzasadnieniu wyników kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, możliwe jest jedynie jednokrotne przedłużenie terminu związania ofertą i to tylko na wniosek zamawiającego i maksymalnie na czas 60 dni. Termin związania ofertą upływał zatem w dniu 16 października 2022 r., więc dokonanie zwrotu wadium wykonawcy PPM-T nastąpiło po 17 dniach od dnia upływu powyższego terminu, natomiast wykonawcy TORPOL po upływie aż 64 dni od dnia upływu terminu związania ofertą”.

W oparciu o dokonane ustalenia, podkreślenia wymaga, iż wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o. był związany ofertą do dnia 14.09.2024 r., natomiast, bezpośrednio po upływie tego terminu, wadium wniesione przez wykonawcę pozostawało ważne do dnia 31.10.2024 r.

Wobec powyższego, zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium wniesione przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o. niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia 14.09.2024 r., tj. dnia upływu przedłużonego terminu związania ofertą.

Przyjąć zatem należy, iż zaniechanie zwrotu wadium wykonawcy Solaris Bus & Coach sp. z o.o. w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stanowi naruszenie przepisu art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

2) Zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), cyt.: „1. Odbiorca zastrzega sobie prawo do skorzystania z prawa opcji zakupu dodatkowych – maksymalnie trzydziestu (30) autobusów elektrycznych klasy MAXI o parametrach i wyposażeniu identycznym, jak pozostałe autobusy objęte umową.

2. Odbiorca będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w ust. 1 wówczas, gdy uzyska dodatkowe środki finansowe, które umożliwią mu zakup kolejnych

pojazdów. W ramach prawa opcji, Odbiorca może zamówić jeden autobus lub maksymalnie dwadzieścia pięć autobusów”.

b) Zamawiający, w punkcie VI.1. SWZ, zapisał, cyt.: „Z postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający wykluczy Wykonawcę, wobec którego zachodzi, co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 oraz art.108 ust. 2 ustawy Pzp, tj.:

1.1. będącego osobą fizyczną którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

(...),

3) o którym mowa w art, 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy

z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054 i 2142) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 463, 583 i 974)”.

Zgodnie zaś z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano m.in. za przestępstwo, o którym mowa w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie. Ponadto, zamawiający w sekcji 2.1.6. („Podstawy wykluczenia”) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, cyt.: „Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy (m.in.) wykonawcę: 1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: - o którym mowa (...), w art. 46 lub 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (...)

(...).

Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawcę: 1. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (m.in.): 1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: - o którym mowa w art. 47 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (...).”.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 05.12.2024 r., poproszono zamawiającego o wyjaśnienie, odpowiednio, w zakresie informacji wskazanych w punkcie a) i b) powyżej:

- czy zamawiający dokonał zmiany § 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy w odniesieniu do maksymalnego zakresu prawa opcji oraz, w razie odpowiedzi twierdzącej, uzupełnienie dokumentacji w powyższym zakresie,
- czy intencją zamawiającego było zawężenie, w odniesieniu do wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp oraz, w razie odpowiedzi przeczącej, wskazanie, czy zamawiający dokonał zmiany SWZ w ww. zakresie.

Zamawiający, w piśmie z dnia 12.12.2024 r., wyjaśnił, w zakresie informacji wskazanych w punkcie a) powyżej, cyt.: „Zamawiający informuje, że w § 2 ust. 2 wzoru umowy omyłkowo wskazał maksymalny zakres opcji, jako dwadzieścia pięć (25) autobusów zamiast trzydziestu (30). Jest to oczywista omyłka pisarska, która nie budziła jakichkolwiek wątpliwości ze strony Wykonawców, albowiem na etapie prowadzonego postępowania nie wpłynęły do Zamawiającego żadne pytania w przedmiotowym zakresie. Za uznaniem, że mamy tutaj do czynienia z oczywistą omyłką pisarską przemawia fakt jednoznacznego określenia przez Zamawiającego zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i pozostałych dokumentach zamówienia w tym SWZ, OPZ, pozostałych postanowieniach umowy (poza ww. wskazanym) oraz, co bardzo istotne również w formularzu ofertowym, że Zamawiający zamierza w ramach prawa opcji zamówić maksymalnie 30 sztuk dodatkowych autobusów o takich samych parametrach jak te określone dla autobusów objętych zakresem podstawowym. Na podkreślenie zasługują zwłaszcza okoliczności, że:

1) w formularzu ofertowym Wykonawcy musieli wskazać, zgodnie z instrukcją w nim zawartą, zarówno cenę jednostkową autobusu, cenę za zakres podstawowy obejmujący 10 autobusów, jak i łączną cenę za 40 autobusów (maksymalny zakres zamówienia łącznie z 30 autobusami objętymi prawem opcji),

2) w pkt XVII. SWZ „Sposób obliczenia ceny.” wskazano w ppkt 1.: „1. Cena oferty brutto jest ceną ryczałtową za wykonanie maksymalnego zakresu całkowitego przedmiotu zamówienia uwzględniającą podatek VAT (40 autobusów elektrycznych niskopodłogowych klasy MAXI wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz dokumentacją i niezbędnym oprogramowaniem) i musi obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.”.

Warto zauważyć też, że w samej nazwie zadania znajdującej się w każdym z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów zamówienia mowa jest o 30 autobusach objętych opcją.

Zamawiający nie modyfikował treści SWZ w przedmiotowym zakresie”, oraz, w odniesieniu do informacji, o których mowa w punkcie b) powyżej, cyt.: „W punkcie VI.1 SWZ zapis „art. 46 lub 48” stanowi oczywistą omyłkę pisarską, która nie budziła jakichkolwiek wątpliwości ze strony Wykonawców, albowiem na etapie prowadzonego postępowania nie wpłynęły do Zamawiającego żadne pytania w przedmiotowym zakresie.

Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 2.1.6. tego ogłoszenia „Podstawy wykluczenia”:

1) w zakresie przesłanki „Korupcja” podał m.in.: „Korupcja odnosi się do przestępstw wymienionych w art. 228-230a lub 250a Kodeksu karnego, art. 46 lub art. 48 ustawy o sporcie lub art. 54 ust. 1-4 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.” oraz jednocześnie

2) w zakresie przesłanek „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym” podał m.in.: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawcę:

1. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (m.in.): 1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: - o którym mowa w art. 47 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (...).”

W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że intencją Zamawiającego nie było zawężenie przesłanek wykluczenia do art. 46 i 48 ustawy o sporcie (polegające na wyłączeniu przesłanki dotyczącej art. 47 ustawy o sporcie), lecz powyższa nieścisłość wskazana w SWZ jest następstwem omyłki.

Zamawiający podkreśla, że ogłoszenie o zamówieniu jest pierwszym dokumentem, z którym zapoznaje się Wykonawca i z racji jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej posiada prymat nad innymi dokumentami zamówienia.

Przedmiotowa omyłka nie miała wpływu na wynik postępowania. Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu przedstawił na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe wskazujące na to, że osoby wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych właściwe dla tego wykonawcy nie były karane za żadne przestępstwo (więc również za przestępstwo, o którym mowa w art. 47 ustawy o sporcie). Niezależnie od powyższego Wykonawca ten nie zawęził we wnioskach składanych do KRK (jak wynika z przedstawionych informacji) katalogu przestępstw (patrz pkt 11. złożonych informacji z KRK). Przedmiotowa omyłka nie mogła mieć wpływu na krąg Wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu. Wykonawcy nie pytali o ww. rozbieżność pomiędzy treścią SWZ i ogłoszenia o zamówieniu na etapie przed upływem terminu składania ofert przyjmując ewidentnie, że wobec Wykonawców nie mogą zachodzić obligatoryjne przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ww. ustawy, który dotyczy wyłączenia w zamówieniach sektorowych przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h [oraz odpowiedniej przesłanki art. 108 ust. 1 pkt 2], a zatem zupełnie innej niż ww. przesłanki]), tj. powszechnie znane Wykonawcom przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które występują ze swej istoty w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych i nie podlegają jakimkolwiek modyfikacjom ze strony Zamawiającego.

Zamawiający nie modyfikował SWZ w przedmiotowym zakresie”.

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu możliwość zmiany specyfikacji warunków zamówienia. Jednocześnie,

w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w określonych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp czynność zmiany SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ,

niezgodności zapisów zawartych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, etc., które powinny zostać usunięte np. w celu umożliwienia wykonawcom ustalenia, w sposób niebudzący wątpliwości, określonych przez zamawiającego zasad, czy dokonywania czynności, zgodnych

z rzeczywistymi wymaganiami zamawiającego. Warto podnieść, iż przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych powinny być interpretowane w sposób zapewniający zachowanie podstawowych zasad systemu zamówień, w tym przejrzystości postępowania. Zasada przejrzystości wyrażona w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby treść dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu była spójna i transparentna, a ewentualne błędy czy nieścisłości niezwłocznie korygowane. Z ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, poza wskazanymi postanowieniami § 2 ust. 2 wzoru umowy, wynika, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych elektrycznych autobusów niskopodłogowych klasy MAXI z opcją zakupu maksymalnie 30 dodatkowych autobusów o takich samych parametrach. Dodatkowo, zamawiający, w punkcie VI.1. SWZ, zawarł ww. zapisy niezgodne z treścią opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia z postępowania. Podkreślenia zatem wymaga, iż zamawiający powinien zachować spójność pomiędzy zapisami ogłoszenia o zamówieniu a dokumentami zamówienia lub postanowieniami w obrębie samej SWZ i, w razie ich rozbieżności, dokonać stosownej korekty, w tym, tak zmodyfikować treść SWZ, aby jej zapisy odzwierciedlały rzeczywiste intencje zamawiającego. Wykazane powyżej niezgodności pomiędzy postanowieniami w obrębie samej SWZ lub SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniały od wszczęcia niniejszego postępowania i nie zostały skorygowane przed upływem terminu składania ofert. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści SWZ, tj. ww. § 2 ust. 2 wzoru umowy i w punkcie VI.1. SWZ, zapisy od początku niespójne z treścią pozostałych postanowień SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie odnoszącym się do maksymalnego zakresu prawa opcji oraz wskazanych podstaw wykluczenia z postępowania, bez następcej ich zmiany, naruszył art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik kontrolowanego postępowania.

3) 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, wyjaśnił, cyt.: „(...) *następujące dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania (wypełnić jeśli dotyczy):*”

- 1) Informacja na temat dostawcy, na którego przypada więcej niż 10% zamówienia (załącznik nr 16 do SWZ)
- 2) Raport Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) przez oferowany autobus,
- 3) Oświadczenia dotyczącego oferowanych rozwiązań na potrzeby oceny ofert (Załącznik nr 6 do SWZ);
- 4) Regulamin nr 66 EKG ONZ
- 5) Kompletacja oferowanego typu autobusu (Załącznik nr 8a do SWZ)
- 6) Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu
- 7) Wypełniony Załącznik nr 14 do SWZ – wyceny kosztów eksploatacji w okresie gwarancji
- 8) Rysunek zewnętrzny
- 9) Lista narzędzi (załącznik nr 10 do SWZ).
- 10) Wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa - załączniki do pisma", oraz przedłożył, wraz z ofertą pismo z dnia 18.03.2024 r. („Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”) w celu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., w piśmie z dnia 18.03.2024 r., przedstawił, m.in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji, cyt.: „(...) Raport o zużyciu energii wg SORT – 2 zawiera informację o zużyciu energii przez pojazd. Tak uzyskany wynik powstaje w oparciu o badanie przeprowadzane w warunkach testowych. 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 jest w stanie w optymalny sposób sporządzić ofertę w postępowaniu, w szczególności skalkulować cenę, ustalić marżę bądź zaproponować inne parametry, takie jak długość gwarancji, warunki serwisu itp. Wiedza na temat wyników SORT-2 i innych kryteriów, które składają się na kryteria oceny ofert w danym postępowaniu, pozwala przygotować Wykonawcy ofertę zgodnie z przyjętym modelem biznesowym.

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

W związku z toczącymi się aktualnie innymi postępowaniami na zakup autobusów elektrycznych ujawnienie informacji zawartych w ww. dokumentach, umożliwi innym wykonawcom dopasowanie parametrów technicznych oraz cen do toczących się i nadchodzących przetargów. Powyższe mogłoby skutkować nie tylko przegraną Wykonawcy w danym postępowaniu, narażając go na szkodę majątkową, ale wręcz wyeliminowaniem go

jako skutecznego oferenta z rynku. Warto zauważyć, że taki stan wpłynąłby w sposób niekorzystny na poziom konkurencji, co odbiłoby się także na podmiotach zamawiających.

Po drugie, informacja o wynikach zużycia energii 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.

b) Oświadczenie dotyczące oferowanych rozwiązań na potrzeby oceny ofert, Kompletacji oferowanego typu autobusu,

Parametry techniczne oferowanego autobusu zawarte w ww. załącznikach, zawierają informacje

w zakresie danych technicznych oferowanego pojazdu, w szczególności takie jak zużycie energii elektrycznej, pojemność pasażerska, łączna moc szczytowa silnika/silników oraz ocena wytrzymałości konstrukcji nośnej.

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.

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) Informacja o nazwie dostawcy, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia

W niniejszym załączniku podane są informacje na temat dostawcy, z którym współpracuje Wykonawca, dodatkowo wiadomym jest, że udział tego dostawcy przewyższa 10%. Dobór dostawców jest wynikiem 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, bazę dostawców a co za tym idzie rodzaj materiałów wykorzystanych do produkcji autobusu, powodując możliwość zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy.

c) Homologacja zgodna z Regulaminem 66 EKG ONZ

Podobnie w zakresie informacji zawartych w certyfikacie i raporcie technicznym składających się na homologację zgodą z Regulaminem 66 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.

Dodatkowo fakt posiadania homologacji lub jej brak stanowi kryterium oceny ofert, co jest istotną wiedzą dla konkurencji.

d) Wycena kosztów eksploatacji w okresie gwarancji, wykaz narzędzi

Wykonawca uczestniczy w licznych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W każdym z nich warunki, koszty 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 informacje o wykazie narzędzi można stwierdzić, jakie środki są wykorzystywane i niezbędne do prawidłowego serwisowania pojazdów zaoferowanych w danym przetargu.

Dane przekazane Zamawiającemu wraz z wykazem specjalistycznego wyposażenia obsługowego

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.

e) Rysunek zewnętrzny pojazdu

Podkreślenia wymaga, że wartość gospodarczą dla Wykonawcy ma dokumentacja jako całość,

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

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

w podobnych postępowaniach toczących się równolegle i w przyszłości.

Rysunek techniczny przedstawiający wymiary zewnętrzne jest źródłem pokazującym jakie rozwiązania są oferowane przez Wykonawcę. Ujawnienie informacji dotyczących danych technicznych oferowanego pojazdu umożliwiłoby pozostałym oferentom na modyfikację ofert w przyszłych postępowaniach, w celu osłabienia pozycji Wykonawcy.

W konsekwencji utajnienie ww. danych na etapie toczącego, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania przetargowego, jest kluczowe dla zachowania konkurencyjności oferty w innych przyszłych postępowaniach przetargowych.

f) Świadectwo homologacji typu pojazdu:

Wyżej wymieniony dokument zawierają 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, 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.

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 się, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania przetargowego, jest kluczowe dla zachowania konkurencyjności oferty w innych przyszłych postępowaniach przetargowych, co wykonawca podkreśla również poniżej

g) Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

Wskazujemy, iż dane 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 utrzymania w poufności tych danych. Dodatkowo, wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o., w ww. piśmie, poinformował, cyt.: „Przedstawiamy w załączeniu dokumenty stanowiące dowody na podjęcie działań opisanych powyżej tj.:

- a) Dowód 1
- b) Dowód 2
- c) Dowód 3
- d) Dowód 4
- e) Dowód 5
- f) Dowód 6

Dokumenty te charakteryzują się wysokim stopniem poufności – stąd ich pełna lista stanowi załącznik do niniejszego pisma – i nie podlega ujawnieniu.

Jak wskazuje się w doktrynie: „Można więc stwierdzić, że w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zabezpieczenie fizyczne ma znaczenie priorytetowe, jeżeli chodzi o zabezpieczenie informacji wewnątrz przedsiębiorstwa, zaś zabezpieczenie prawne ma co najwyżej charakter subsydiarny. Natomiast w przypadku zabezpieczenia informacji w relacji do osób trzecich (np. partnerów handlowych) podstawowe znaczenie mają umowy lub klauzule dotyczące poufności.” (por. Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: WK 2016). Wobec powyższego należy uznać, że działania podjęte przez Wykonawcę są wystarczające i mieszczą się w ramach działań podjętych z należytą starannością. Z uwagi na powyższe wnosimy jak we wstępie”.

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 03.01.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, które z informacji ujętych w dokumentach oznaczonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o., jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone i niepodlegające ujawnieniu. Jednocześnie, poproszono o wskazanie, czy zwracano się do zamawiającego o udostępnienie ww. dokumentów lub informacji oraz, w razie odpowiedzi twierdzącej, uzupełnienie dokumentacji postępowania w tym zakresie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, zamawiający, w piśmie z dnia 08.01.2025 r., wyjaśnił, cyt.: „Ad. 2. Zamawiający informuje, że na podstawie dokonanej oceny wyjaśnień wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. dotyczących objęcia dokumentów złożonych wraz z ofertą tajemnicą przedsiębiorstwa, uznał dokonane przez ww. wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne w pełnym zakresie wskazanym przez ww. wykonawcę, to jest w zakresie wszystkich dokumentów (plików) wskazanych przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający informuje, że otrzymał jeden wniosek o udostępnienie oferty wraz z załącznikami, który przesyła w załączeniu wraz z odpowiedzią zamawiającego (zamawiający nie przesyła w załączeniu tych plików stanowiących załączniki do odpowiedzi zamawiającego na ww. wniosek, które stanowią załączniki do oferty złożonej przez wykonawcę Solaris Bus &

Coach Sp. z o.o., ponieważ są już one w posiadaniu Urzędu Zamówień Publicznych – zostały przesłane we wcześniejszej korespondencji)”.

Z uzupełnionej przez zamawiającego dokumentacji wynika, iż w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach sp. z o.o. wraz ze wszystkimi niepodlegającymi zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznikami do oferty, zamawiający, w dniu 17.04.2024 r., przekazał, złożone przez ww. wykonawcę, nw. dokumenty, tj.: ofertę (plik pn.: „00.00_2024_03_04_24.02_zal 7 formularz oferty_mod 1.03-sig.pdf”), jednolity europejski dokument zamówienia, załącznik nr 16 do SWZ (plik pn.: „02.00_24.02_zal 16 oświadczenie art. 5k_Wykonawca-sig.pdf”), informację z Krajowego Rejestru Sądowego, gwarancję ubezpieczeniową. Tym samym, w oparciu o ww. wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego oraz uzupełnione materiały, należy wskazać, iż pozostałe, złożone przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o., wraz z ofertą, dokumenty zamawiający uznał za prawidłowo zastrzeżone, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym, niepodlegające ujawnieniu.

Uwzględniając powyższe ustalenia należy podnieść, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Zgodnie 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. Jednocześnie, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2023 r. (sygn. akt: KIO 679/23), cyt.: *„Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy*

zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci. Zasadniczy wyjątek, jaki ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak *wynika*
z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolę zamawiającego
w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Podkreślenia wymaga, iż w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza więcej niż tylko wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji ochroną, o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy znk czy głośłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając to na uwadze, zasadne jest, aby przywołać pogląd przedstawiony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14.11.2017 r. (sygn. akt: KIO 2267/17, KIO 2290/17), cyt.: „*Jednocześnie skład orzekający nie podziela poglądu przedstawionego przez zamawiającego, iż pojęcie użyte w art. 8 ustawy pzp tj. „wykazanie” jest równoznaczne z uprawdopodobnieniem. Bez wątpienia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił”, to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił”*”.

Konieczność wykazania, iż zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa można więc przyrównać do pojęcia udowodnienia. W takiej sytuacji koniecznym jest, aby wykonawca, przy zastrzeganiu określonych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, poparł swoje twierdzenia stosownymi dowodami. Jak bowiem podnosi się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. O konieczności przedstawienia konkretnych dowodów, które uzasadniałyby objęcie zastrzeganych informacji ochroną wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15.05.2023 r. (sygn. akt: KIO 1195/23), cyt.: „*Zatem*

immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań w celu ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p)".

Odnosząc się zatem do powyższych wniosków, niezbędne jest podniesienie, iż to wykonawca musi udowodnić, że dane informacje, które zastrzega, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje, ze względu na ich charakter, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, każdorazowo należy badać skuteczność ich zastrzeżenia.

W myśl 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. W związku z powyższym, w świetle art. 11 ust. 2 ustawy znk, aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać spełnione łącznie wszystkie ww. przesłanki, tj.:

- a) zastrzegane informacje muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,
- b) zastrzegane informacje 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,
- c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem z dnia 09.08.2022 r. (sygn. akt: KIO 1957/22, KIO 1958/22) „Zgodnie z art. 11 ust. 2 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „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”.

Dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest więc łączne spełnienie trzech następujących przesłanek:

- 1) informacje muszą być informacjami poufnymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w szczególności ze względu na swój techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe wskazuje, że zasadą jest jawność postępowania, zaś wyjątkiem od tej zasady jest możliwość utrzymania poufności określonych informacji, o ile wykonawca przy jej zastrzeganiu wykaże, że wypełnione są co do tych informacji wszystkie ww. przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Jak każdy wyjątek od zasady musi on być rozumiany ściśle”.

Przechodząc do analizy poszczególnych przesłanek, należy wskazać, iż pojęcie informacji posiadających wartość gospodarczą jest interpretowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w jednolity sposób. Przykładowo, w wyroku z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt: KIO 1626/19, KIO 1628/19), Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, cyt.: „Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18, „nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów”.

Rozważając, czy określona informacja posiada wartość gospodarczą, warto wziąć pod uwagę również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 07.01.2016 r. (sygn. akt: KIO

2743/15), cyt.: „Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14)”, czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.10.2020 r. (sygn. akt: KIO 2331/20), cyt.: „Pojęcie „wartości gospodarczej” informacji ma charakter nieostry, informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej.

Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Wartość gospodarczą informacji należy oceniać w sposób obiektywny. Aby uznać, czy dana informacja ma wartość gospodarczą należy ocenić czy jej posiadanie przez innego wykonawcę daje przewagę konkurencyjną oraz czy jej ewentualne pozyskanie przez konkurencję może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów (zakłócić konkurencję)”.

Analizując zasadność zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest także rozważenie drugiej przesłanki, tj. czy informacje te 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. Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i wynika z nieuprawnionego dostępu, przywłaszczenia, kopiowania dokumentów, przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących te informacje lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści (art. 11 ust. 3 ustawy znk), przy czym, jak czytamy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 05.09.2001 r. (sygn. akt: I CKN 1159/00), cyt.: „Nie ulega wątpliwości, że zakresem tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd, niewątpliwie zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc, zastrzeżona informacja traci ochronę prawną, o której mowa w art. 18 ust.

3 ustawy Pzp, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć zwykłą i dozwoloną drogą, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub jest udostępniana za pośrednictwem stron internetowych. Informacje te są bowiem powszechnie dostępne, zostały ujawnione publicznie, mogą z łatwością zostać pozyskane przez jakiegokolwiek zainteresowanego.

Nadto, warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22.01.2020 r. (sygn. akt: II SA/Wa 1544/19), cyt.: *„Ze stanem poufności będziemy mieli do czynienia zatem wtedy, gdy przedsiębiorca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do określonych informacji, czyli ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie działania winien podjąć przedsiębiorca, aby wolę tę uzewnętrznic. Wydaje się więc, że każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników (...)*”. Natomiast, w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12.01.2021 r. (sygn. akt: VI SA/Wa 1347/20) czytamy, cyt.: *„Wymóg podjęcia działań w celu zachowania poufności należy ponadto interpretować uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań można zatem mówić, gdy przedsiębiorca faktycznie skutecznie kontroluje dostęp do danej informacji, podejmując stosowne rozwiązania organizacyjne i techniczne, w celu utrzymania informacji w tajemnicy. Oceny spełnienia wymogu zabezpieczenia poufności należy przy tym dokonywać z uwzględnieniem sytuacji w konkretnym przedsiębiorstwie. Na pracodawcy bowiem spoczywa ciężar dowodu, że podjął on niezbędne kroki w celu określenia granic obowiązku zachowania tajemnicy przez pracowników. Pracodawca powinien zatem poinformować pracownika, jakie informacje należy traktować jako poufne, oraz podjąć odpowiednie działania organizacyjne w celu utrzymania ich w tajemnicy przed nieupoważnionymi osobami”*. Reasumując, należy podnieść, iż przy badaniu spełnienia powyższej przesłanki warunkującej możliwość objęcia informacji zastrzeżeniem, jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest zważenie, czy uprawniony podjął odpowiednie działania mające na celu zachowanie określonych informacji przedsiębiorstwa w tajemnicy, w taki sposób, aby objęte nią informacje nie były dostępne osobom trzecim w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Kolejnym natomiast aspektem jest kwestia zachowania równowagi między respektowaniem poufności zastrzeżonych informacji a prawem do informacji o złożonych ofertach. Co istotne, w orzecznictwie ukształtował się jednolity pogląd, zgodnie z którym nie podlega utajnieniu cały dokument, a jedynie informacje w nim zawarte spełniające definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, oczywiście przy założeniu, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, na ten problem zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15.05.2023 r. (sygn. akt: KIO 1210/23), w którym stwierdziła, cyt.: *„(...) już sama praktyka zastrzegania wyjaśnień z załącznikami w całości, a nawet z uzasadnieniem samego zastrzeżenia, powinna być oceniana jako wyjątkowo wadliwa. Nic zazwyczaj nie stoi na przeszkodzie, aby utajnić tylko fragment pisma lub załącznika, w którym rzeczywiście zawarte są cenne gospodarczo informacje, oraz dać treściwe i przekonujące uzasadnienie, dlaczego te konkretne informacje nie mogą zostać upowszechnione – w czym konkretnie dany wykonawca upatruje zagrożenia swoich interesów majątkowych i możliwości poniesienia szkody w razie upublicznienia newralgicznych informacji. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21 taka praktyka jest nie tylko sprzeczna z przepisami ustawy PZP, ale również utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie”.*

W oparciu o dokonaną analizę skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o. informacji zawartych w poszczególnych, złożonych wraz z ofertą, dokumentach, ustalono, jak poniżej.

Wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o. w uzasadnieniu odnoszącym się do dokumentu, złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 16 do SWZ, zawierającego oświadczenie dotyczące dostawcy, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia, wyjaśnił, że podanie danych na temat ww. podmiotu ujawniałoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie wykonawcy, bazę dostawców, a co za tym idzie, rodzaj materiałów wykorzystanych do produkcji autobusu, powodując możliwość zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia wykonawcy. Należy zauważyć, że informacje o tym, że wykonawca współpracuje z dostawcą, o którym mowa we wskazanym dokumencie, dostępne są w domenie publicznej na stronach internetowych, przykładowo, na stronie internetowej znajdującej się pod adresem:

<https://cleanerenergy.pl/2023/11/21/impact-bedzie-dalej-wspolpracowal-z-solarisem/> widnieje informacja z dnia 21.11.2023 r. wskazująca na przedłużenie współpracy wykonawcy z dostawcą na lata 2024-2027,
<https://www.transport-publiczny.pl/wiadomosci/impact-kontynuuje-wspolprace-z-solarisem-w-zakresie-baterii-80929.html> widnieje informacja z dnia 22.11.2023 r. wskazująca na przedłużenie współpracy wykonawcy z dostawcą na lata 2024-2027,
<https://impactnewenergy.com/>, tj. stronie internetowej dostawcy, podana została informacja o współpracy z Solaris Bus & Coach sp. z o.o., cyt.: „*Our clients: Solaris Bus & Coach (...)*”, natomiast w zakładce „*Our products*”, wskazano produkty oferowane przez ww. podmiot. Tym samym, trudno uznać, iż zastrzeżone informacje na temat dostawcy wykonawcy nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Konieczne jest zatem wskazanie, iż zastrzeżenie tych informacji jest bezpodstawne i nieskuteczne.

Wykonawca złożył wraz z ofertą, wypełniony załącznik nr 8 do SWZ, tj. dokument pn.: „Szczegółowa kompletacja i parametry oferowanych autobusów”, określający parametry techniczne i eksploatacyjne oferowanych autobusów. Przedstawione w ww. załączniku 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. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że część informacji zawartych w wypełnionym załączniku nr 8 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 8 do SWZ, w zakresie w którym są to dane powszechnie dostępne w Internecie, nie znajduje uzasadnienia na gruncie ustawy znk oraz ustawy Pzp.

Ponadto, Solaris Bus & Coach sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą:

- Komunikat dotyczący rozszerzenia homologacji typu autobusu w zakresie wytrzymałości jego konstrukcji nośnej, zgodnie z regulaminem nr 66.,
- Wniosek o rozszerzenie nr 4 homologacji E8 66R-02 8136 zgodnie z regulaminem EKG nr 66.02 w odniesieniu do wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich dla autobusu Solaris typ 066-URBINO 12.01,
- Raport techniczny nr 51012-23-TAC,
- Wniosek o rozszerzenie nr 2 homologacji nr e8*2018/858*00063,
- tłumaczenia na język polski ww. dokumentów,
- rysunek zewnętrzny pojazdu.

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 Świadczenie 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.

Ponadto, wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o. zastrzegł Raport Techniczny drogowego zużycia energii (test SORT 2) dla typu oferowanego autobusu. Zastrzeżony Raport SORT-2 złożony został w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz kryteriami oceny ofert. Dokument potwierdzający wartość zużycia energii pojazdu nie może być w całości skutecznie utajniony, gdyż ww. parametr jest wartością wynikową, nie ujawnia ona zatem ani jak został skonstruowany i wykonany pojazd, ani jakie technologie zostały wykorzystane do wytworzenia i do budowy pojazdu. Nie można, na podstawie znajomości samej wartości parametru 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 ustawy znk. Ponadto, przedłożony przez wykonawcę Raport SORT-2 zawiera, m.in. podstawowe parametry typu pojazdu. Dane te są powszechnie

dostępne

w Internecie, funkcjonują w domenie publicznej.

Brak jest zatem podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji dotyczących wartości parametru zużycia energii oraz podstawowych parametrów typu pojazdu, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym miejscu warto przywołać ocenę zastrzeżenia parametru zużycia energii, stanowiącego element kryteriów oceny ofert, jaką przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 13.12.2017 r. (sygn. akt: KIO 2421/17) Izba oceniała zastrzeżenie szeregu parametrów technicznych pojazdów szynowych, w tym, m.in. wartości zużycia energii elektrycznej. W wyroku KIO stwierdziła brak podstaw do zastrzegania takiej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu KIO wyjaśniła, cyt.: *„W ocenie Izby każdy z tych parametrów jest parametrem końcowym nie odkrywającym technologii, czyli chronionego prawem know-how producenta”*. Ponadto, Izba wskazała, cyt.: *„Izba w tym zakresie podziela pogląd odwołującego, co do twierdzenia, że jest to informacja techniczna o charakterze podstawowym dla oferty wykonawcy, która nie zdradza procesu technologicznego i produkcyjnego uzyskania takiej a nie innej masy oferowanego pojazdu. Izba uważa, wręcz przeciwnie jak przystępujący, że obowiązkiem producenta jest informacja dla rynku to jest również dla konkurentów o tak podstawowym parametrze technicznym jego oferty jak masa pojazdu i jest to nakaz uczciwej konkurencji zachowania rynkowego. (...) Okoliczność, że wyprzedza się konkurentów, czy też należy poczynić nakłady na prace badawczo rozwojowe w celu nie pozostawiania w tzw. „tyle”, jeżeli chodzi o postęp techniczny, nie może być miernikiem kwalifikacji tego rodzaju wiedzy,*

tj. o poziomie technicznym konkurencji jako czynu nieuczciwej konkurencji. To tak jakby przekładając na dziedzinę sportu należało by utajniać osiągnięte wyniki mistrzów w poszczególnych dziedzinach sportu, ponieważ konkurencja będzie starała się osiągnąć ten wynik czy też jeszcze lepszy wynik. Takie rozumowanie byłoby zaprzeczeniem samej idei „konkurencji” zgodnie z którą sportowcy czy też producenci, którzy chcieliby być zwycięzcami czy też liderami rynku, nie mieliby prawa znać najlepszych wyników konkurentów w branży. Takie rozumowanie wypacza i podważa istnienie jako takiej konkurencji i hamowałoby rozwój w danej branży producentów. W związku z tym przekładając to na dziedzinę zamówień publicznych należy stosować te same reguły jak opisane powyżej, ponieważ wykonawcy mają co prawo znać parametry techniczne (osiągane wyniki), które decydują o tym, że oferta ich konkurenta jest lepiej oceniona od ich oferty. Nie oznacza to, że kwestionowany jest w tym miejscu występujący w orzecznictwie Izby pogląd, że nie ma zasady skoro nie ma wprost przepisu ustawowego nakazującego aby parametry oceniane w ramach kryterium oceny ofert nie mogły być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzielać występujący w orzecznictwie pogląd, w niniejszej sprawie ze względu na rodzaj

parametrów ocenianych przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert stwierdza, że nie znajduje podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa również pozostałych parametrów, których odtajnienia domaga się odwołujący z uwagi, że są podstawą do oceny oferty w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Takimi informacjami są pozostałe parametry techniczne wymienione w odwołaniu to jest informacja o systemie utrzymania pojazdu (w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego), informacja o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacja o zastosowaniu sprężarki suchej oraz o zużyciu energii elektrycznej”.

Odnosząc się do oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, zawierającego dane dotyczące oferowanych rozwiązań na potrzeby oceny ofert, konieczne jest wskazanie, że wykonawca podał w nim m.in. informacje w zakresie średniego zużycia energii w kilowatogodzinach na 100 km ustalonego na podstawie wyniku testu SORT 2. Jak uzasadniono wcześniej, informacja ta nie zasługuje na objęcie ochroną, o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Należy też zauważyć, że powyższy formularz zawiera 11 pozycji. Zamawiający, w ramach określonych podkryteriów przyznawał odpowiednią liczbę punktów, przy czym 8 z 11 pozycji formularza zawiera jedynie 2 alternatywne warianty odpowiedzi zaznaczane znakiem „x”, odpowiednio do oferowanego rozwiązania. Zamawiający wymagał zasadniczo jedynie potwierdzenia, w tym zakresie, spełnienia poszczególnych parametrów w celu przyznania punktów w ramach oceny ofert w poszczególnych podkryteriach. Pozycja dotycząca wysokości całkowitej pojazdu zawiera 3 możliwe warianty odpowiedzi. Pozostałe 2 pozycje odnoszą się do wartości parametru zużycia energii wg badania SORT 2 oraz kosztów eksploatacji w okresie gwarancji. Należy przy tym nadmienić, iż wykonawca, w formularzu oferty, poinformował, że składa poniższe dokumenty, tj., cyt.: „2) *Raport Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) przez oferowany autobus,* 3) *Oświadczenia dotyczącego oferowanych rozwiązań na potrzeby oceny ofert (Załącznik nr 6 do SWZ)*”. Mając na uwadze, iż w postępowaniu złożono jedną ofertę, nie można nie zauważyć, przy uwzględnieniu opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach i podkryteriach, że skoro, zgodnie z SWZ, oferta z najniższym wynikiem zużycia energii miała otrzymać maksymalną liczbę punktów, tj. 15 punktów, oferta z najniższą sumą kosztów eksploatacji w okresie gwarancji miała otrzymać maksymalną liczbę punktów, tj. 25 punktów, wysokość całkowita pojazdu, jako informacja dostępna za pośrednictwem, m.in. strony internetowej producenta, nie stanowiła tajemnicy, natomiast informację o łącznej liczbie punktów przyznanych ofercie, zgodnie z wymogami ustawy Pzp, zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania, to nie stanowiło żadnej trudności zainteresowanym podmiotom ustalenie,

w oparciu o reguły matematyczne, pozostałych oferowanych rozwiązań wskazanych w oświadczeniu złożonym na załączniku nr 6 do SWZ.

Nie ulegało zatem wątpliwości, że zamawiający przyznał, w ramach podkryteriów odnoszących się do wyniku zużycia energii, sumy kosztów eksploatacji w okresie gwarancji, wysokości całkowitej pojazdu, odpowiednio: 15, 25 oraz 5 punktów. W związku z powyższym, wykonawca musiał, w każdym z pozostałych podkryteriów, uzyskać maksymalną liczbę punktów. Tym samym, mając na uwadze całokształt przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że oferowane przez Solaris Bus & Coach sp. z o.o., określone w pozycjach 1-10 oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, rozwiązania na potrzebę oceny ofert, nie mogą, jako informacje łatwo dostępne osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegają utajnieniu. W konsekwencji, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa te same ww. informacje zawarte w pozostałych dokumentach przedłożonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o.

Ponadto, w pozycji 11. formularza, stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o. podał koszt eksploatacji w okresie gwarancji (według załącznika nr 14 do SWZ). Podstawę do oceny ofert w tym podkryterium stanowiła suma kosztów brutto dla całej dostawy ze złożonego przez wykonawcę załącznika nr 14 do SWZ. Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji podanej w pozycji 11. formularza stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, podniesienia wymaga, iż wykonawca nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk. Przede wszystkim, trudno, w oparciu o przedłożone wyjaśnienia wykonawcy, wywieść, w jaki sposób wiedza dotycząca informacji o sumie kosztów eksploatacji w okresie gwarancji mogłaby posłużyć innym podmiotom do ustalenia kluczowych dla wykonawcy informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji podanej w pozycji 11. załącznika nr 6 do SWZ 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. Należy dodać, że wartość parametru, jako suma elementów składowych, nie jest dostateczną podstawą do ustalenia jednostkowych kosztów eksploatacji w okresie gwarancji. W związku z powyższym, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, nie znajduje uzasadnienia brak ujawnienia informacji podanej

w pozycji 11. załącznika nr 6 do SWZ.

Podsumowując, zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez Solaris Bus & Coach sp. z o.o., jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazanych wyżej informacji.

W związku z powyższym, uznanie przez zamawiającego wymienionych wyżej informacji, zawartych we wskazanych dokumentach złożonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o., za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, brak dokonania ich odtajnienia, stanowi naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy znk.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

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