



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.16.2025.MM

dot.: KU/15/25/DKZP

Warszawa, dnia 11.04.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejski Zakład Komunikacyjny w Bielsku-Białej Sp. z o.o. ul. Długa 50 43-309 Bielsko-Biała
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	dostawa autobusów o napędzie elektrycznym zasilanych wodorem klasy MAXI i MEGA: - część 1: dostawa autobusów o napędzie elektrycznym zasilanych wodorem klasy MAXI i MEGA (4 autobusy MAXI); - część 2: dostawa autobusów o napędzie elektrycznym zasilanych wodorem klasy MAXI i MEGA (4 autobusy MEGA)
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	14.05.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	289186-2024

Wartość zamówienia: 83.416.655,00 zł, (tj. 17.988.970,47 euro) – łączna wartość zamówienia,
- wartość kontrolowanego zamówienia 24.600.000,00 zł, (tj. 5.305.039,79 euro), w tym:
- 15.000.000 zł, (tj. 3.234.780,36 euro) – wartość zamówienia częściowego nr 1,
- 9.600.000 zł, (tj. 2.070.259,43 euro) – wartość zamówienia częściowego nr 2

Środki UE: Krajowy Plan Odbudowy, Fundusze Europejskie dla Śląskiego 2021-2027

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 stwierdza naruszenie przez zamawiającego:

- 1) art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w załączniku nr 2a do SWZ, tj. Formularz oferty, dla części 1 zamówienia, przedłożony przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o.;
- 2) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), poprzez uznanie dokumentów/informacji wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz dokumentów/informacji wykonawcy PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo braku wykazania przez tych wykonawców, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, poprzez nieuwzględnienie zmian rozporządzania zmieniającego rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

UZASADNIENIE

1) Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia w zakresie części 1 zamówienia, m.in.:

- załącznik nr 2a do SWZ, tj. Formularz ofertowy dla części 1 zamówienia;

- załącznik nr 13a do SWZ, tj. podstawowe parametry techniczne oraz wyposażenie oferowanych autobusów;
- przedmiotowe środki dowodowe, które potwierdzały parametry zaoferowanego autobusu przez wykonawcę.

W Formularzu ofertowym dotyczącym części 1 zamówienia, załącznik 2a do SWZ, w punkcie Rt.10 wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zazaczył odpowiedź A, z której wynika, że model autobusu zaoferowany w zakresie części 1 zamówienia będzie posiadał: 12 i więcej miejsc w zakresie ilości miejsc siedzących z dostępem bezpośrednim z poziomu niskiej podłogi. Natomiast, z treści przedmiotowego środka dowodowego, czyli szkicu autobusu wynika, że będzie posiadał 8 miejsc siedzących z dostępem bezpośrednim z poziomu niskiej podłogi. Jednocześnie, w załączniku nr 13a do SWZ wykonawca wskazał, że autobus zaoferowany w ramach części 1 zamówienia będzie posiadał co najmniej 8 miejsc siedzących dostępnych bezpośrednio z poziomu niskiej podłogi, tj. dostępnych dla pasażera bez konieczności pokonywania wewnątrz autobusu jakichkolwiek stopni.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 31.03.2025 r. zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, czy zamawiający wyjaśniał ww. rozbieżności z wykonawcą Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., bądź dokonywał odmiennych czynności w toku przedmiotowego postępowania.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 04.04.2025 r. zamawiający wyjaśnił, że: *„Zamawiający informuje, iż nie wyjaśniał z Wykonawcą Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. rozbieżności dotyczących ilości wskazanych miejsc w załączniku 2a do SWZ w stosunku do ilości miejsc wskazanych w zał. nr 13a oraz przedmiotowego środka dowodowego – szkicu autobusu, ani też nie dokonywał innych czynności w toku postępowania.”*

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. Oczywistą omyłką pisarską, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty (wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08). Istotne jest przy tym, żeby w wyniku

poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy.

Należy podkreślić, że na skutek zaznaczenia przez wykonawcę omyłkowo odpowiedzi A w punkcie Rt.10 w załączniku nr 2a do SWZ, z której to odpowiedzi wynika, iż model autobusu zaoferowany w zakresie części 1 zamówienia będzie posiadał: 12 i więcej miejsc w zakresie ilości miejsc siedzących z dostępem bezpośrednim z poziomu niskiej podłogi wykonawca otrzymał w kryterium Rt. 10 osiem punktów, podczas gdy zamawiający powinien przyznać punktów 0 ze względu na zaoferowanie przez wykonawcę 8 miejsc w zakresie ilości miejsc siedzących z dostępem bezpośrednim z poziomu niskiej podłogi, co potwierdzają załączone do oferty dokumenty.

W związku z powyższym, zamawiający odstępując od poprawienia omyłki w załączniku 2a do SWZ, w punkcie Rt.10 polegającej na zaznaczeniu przez wykonawcę Solaris Bus & Coach sp. z o.o. odpowiedzi A, z której wynika, iż model autobusu zaoferowany w zakresie części 1 zamówienia będzie posiadał: 12 i więcej miejsc w zakresie ilości miejsc siedzących z dostępem bezpośrednim z poziomu niskiej podłogi, naruszył treść art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta złożona przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. nadal pozostaje najkorzystniejszą w zakresie części 1 zamówienia, gdyż przyznanie wykonawcy zera punktów w kryterium Rt. 10 nie miałoby przełożenia na łączną kwalifikację wykonawców.

2) Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertami dotyczącymi części 1 i 2 zamówienia 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 piśmie „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących załącznikach składanych wraz z ofertą:

- a) Aktualny Raport technicznego drogowego zużycia wodoru - SORT2, oferowanego autobusu – Kryterium Rt.3.;
- b) Gwarantowany zasięg pojazdu – Deklaracja Wykonawcy – Kryterium Rt.4.;
- c) Klimatyzacja - ilość czynnika chłodniczego potrzebna do pierwszego napełnienia układu klimatyzacji Kryterium Rt.7.;
- d) Regulamin nr 66 EKG ONZ - Kryterium Rt.8;

- e) Deklaracja dotycząca zastosowanej technologii montażu poszycia bocznego – Kryterium Rt.12.;
- f) Wykaz przedmiotowych środków dowodowych – część 1 i część 2 – Załącznik 13a i 13b do SWZ;
- g) Karty katalogowe lub oświadczenie Wykonawcy;
- h) Oświadczenie – Załącznik nr 11 do SWZ, tj. informacja na temat dostawcy, na którego przypada więcej niż 10% zamówienia;
- i) Oświadczenie – Załącznik nr 8 do SWZ, tj. oświadczenia o dostarczeniu zestawów przyrządów diagnostycznych oraz narzędzi specjalistycznych.

Wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., w piśmie z dnia 29.10.2024 r., przedstawił, m.in. wyjaśnienie charakteru zastrzeżonych informacji, cyt.:

„(...)

a) Aktualny Raport technicznego drogowego zużycia wodoru – SORT2, oferowanego autobusu, Gwarantowany zasięg pojazdu

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 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 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) Klimatyzacja - ilość czynnika chłodniczego potrzebna do pierwszego napełnienia układu klimatyzacji Kryterium Rt.7.

c) Deklaracja dotycząca zastosowanej technologii montażu poszycia bocznego – Kryterium Rt.12.

d) Wykaz przedmiotowych środków dowodowych – część 1 i część 2 – Załącznik 13a i 13b do SWZ

e) 11.0... Karty katalogowe

Powyższe załączniki wymagają szczególnej ochrony. Zawierają nie tylko tajemnicę przedsiębiorstwa Solaris, ale i tajemnicę dostawców poszczególnych komponentów, z którymi Solaris ma zawarte umowy o poufności. Zawierają szerokie dane techniczne i technologiczne i nie mogą zostać udostępnione konkurencyjnym firmom. Załączniki zawierają także informacje o dostawcach, tworząc swoistą bazę dostawców, z którymi współpraca to lata doświadczeń Wykonawcy. Udostępnienie konkurencji powyższych danych spowoduje osłabienie konkurencyjności pojazdów Wykonawcy a także pomoże innym Wykonawcom nawiązać współpracę z dostawcami, być może nowymi dla konkurencji. W efekcie spowoduje to osłabienie pozycji Wykonawcy na rynku autobusów elektrycznych zasilanych wodorem. Do kart katalogowych poszczególnych komponentów dostęp może mieć Zamawiający i osoby rozpatrujące ofertę po stronie Zamawiającego.

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.

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

Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala Wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich. Pełni także rolę strategiczną - umożliwiając zdobycie

przewagi konkurencyjnej nie tylko w toczącym się postępowaniu, a także w podobnych postępowaniach toczących się równolegle i w przyszłości.

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

f) Regulamin nr 66 EKG ONZ - Kryterium Rt.8

Informacje zawarte w dokumencie potwierdzającym Regulamin 66 EKG ONZ zawierają szczegółowe dane techniczne m.in.: o masach i wymiarach pojazdu, przekroje konstrukcji pojazdów, dane symulacji oraz bilans energii symulacji, które ujawniają stosowane i wypracowane przez lata rozwiązania techniczne stosowane przez Wykonawcę.

Udostępnienie ww. danych mogłoby posłużyć konkurencji do skopiowania rozwiązań Wykonawcy, a co za tym idzie do przygotowania własnego wariantu pojazdu o potencjalnie lepszych parametrach technicznych. Brak zachowania informacji w poufności spowodowałoby szkodę majątkową po stronie Wykonawcy, który przeznaczył znaczne środki finansowe na badania i rozwój w celu uzyskania pozycji lidera na rynku. Wartość gospodarcza ww. informacji przejawia się zatem w tym, że wiedza o nich powzięta przez konkurentów oddziaływać będzie w sposób negatywny na pozycję rynkową Wykonawcy, znacznie ją osłabiając. Umożliwienie konkurentom poznania strategii ofertowej Wykonawcy, uniemożliwi efektywne konkurowanie w procedurach publicznych, a co za tym idzie zdobywanie kontraktów.

g) Informacja o dostawcy, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia – Załącznik nr 11 do SWZ

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 bazę dostawców a w konsekwencji rodzaj materiałów wykorzystanych do produkcji autobusu, powodując możliwość zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy.

h) Informacja o dostarczeniu zestawów przyrządów diagnostycznych – Załącznik nr 8 do SWZ

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”.

Wykonawca wyjaśnił również wartość gospodarczą zastrzeganych informacji oraz wskazał działania podjęte w celu utrzymania w poufności wymienionych 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”.

Również drugi wykonawca uczestniczący w postępowaniu - PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., który złożył ofertę w zakresie części 1 niniejszego zamówienia, w piśmie z dnia 29.10.2024 r. „Zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” poinformował, że działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji zastrzega niżej opisane informacje, które stanowią zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

- 3b. Dane zastrzeżone do załącznika nr 2a;
- 3c. Wykaz materiałów i kart katalogowych do Oceny rozwiązań technologicznych;
- 3d. Raport techniczny drogowego zużycia wodoru SORT2;
- 3e. Dokument dotyczący udzielenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej na podstawie Regulaminu 66;
- 4. Załącznik nr 13a – Parametry autobusu;
- 4a. Przedmiotowe środki dowodowe do załącznika nr 13a.

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

Wskazano także działania podjęte w celu zachowania poufności informacji. Ponadto wykonawca poinformował, „że całość informacji zawartych w treści oferty stanowi o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy i ujawnienie chociażby części informacji zastrzeżonych niniejszym pismem może stanowić podstawę do przeprowadzenia skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i narazić Spółkę na niepowetowaną szkodę. Wykonawca oświadcza, że wszystkie dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały oznaczone klauzulą o nieudostępnianiu tych informacji poprzez oznaczenie zwrotem „tajemnica przedsiębiorstwa” oraz w należyty sposób wyodrębnione względem pozostałych dokumentów załączonych do oferty.

W świetle powyższego Wykonawca wskazuje, że zastrzeżenie wszystkich informacji wskazanych w niniejszym piśmie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest konieczne i zasadne”. Natomiast w zakresie poszczególnych dokumentów wyjaśniono: „Wskazane informacje są informacjami o charakterze technicznym, mającymi również charakter technologiczny i organizacyjny. Istotnym parametrem wpływającym na konkurencyjność oferty NesoBus jest wynik drogowego zużycia wodoru. Badanie zużycia energii elektrycznej oraz wodoru w teście SORT 2 dla autobusu NesoBus wykonane przez niezależną instytucję tj. Instytut Transportu Samochodowego, Centrum Ochrony Środowiska mieszczący się w Warszawie ma kluczowe znaczenie nie tylko z powodu wielkości zużycia paliwa H2 dla przedsiębiorstw komunikacyjnych, ale również z powodu ekologicznej technologii zastosowanej w autobusie. Zero-emisyjność, ekologia, dbanie o środowisko naturalne, czyste powietrze to nie tylko hasła którymi kieruje się PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., ale to

realia i wymogi stawiane naszym wyrobom. Niski poziom zużycia paliwa wodorowego, to cecha szczególna wyodrębniająca nasz produkt od konkurencji, pozwalająca osiągnąć wysoki stosunek jakości użytych materiałów do żądanego efektu końcowego. Zaznajomienie się konkurencji z wynikami powyższych badań spowoduje utratę konkurencyjności, przewagi technologicznej a docelowo straty majątkowej”.

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 31.03.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, które z informacji ujętych w dokumentach oznaczonych przez wykonawców Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz PAK – PCE Polski Autobus Wodorowy 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 we wskazanym zakresie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, zamawiający, w piśmie z dnia 04.04.2025 r., wyjaśnił, cyt.: „3. Zamawiający na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp przeanalizował złożone przez wykonawców Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz PAK – PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy ich przedsiębiorstw oraz złożone przez nich dokumenty. Wszystkie informacje złożone w wydzielonych, osobnych plikach, oznaczonych przez wykonawców Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz PAK – PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. jako tajemnica i dołączonych zgodnie z pkt 10.7 SWZ do platformy w sekcji „Niejawna Część Oferty”, zostały uznane za skutecznie zastrzeżone i 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, rolą 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 gołosłowne 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 wystarcza 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 tajemnice 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 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 uzewnętrznić. 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. oraz wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy 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 11 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://www.sustainable-bus.com/components/ballard-solaris-order-fuel-cell-modules-2027/>

<https://fuelcellsworks.com/investor-news/ballard-announces-follow-on-order-from-solaris-for-20-fuel-cell-modules-to-power-buses-in-the-netherlands>

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 Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą:

- Gwarantowany zasięg pojazdu – Deklaracja Wykonawcy;
- Deklaracje dotyczące zastosowanej technologii montażu poszycia bocznego;
- Wykaz przedmiotowych środków dowodowych część 1 i część 2 zamówienia;
- Karty katalogowe oraz oświadczenia wykonawcy;
- Klimatyzacja ilość czynnika chłodniczego potrzebna do pierwszego napełnienia układu klimatyzacji.

Należy podkreślić, że dane zawarte m.in.: w załączniku nr 13a do SWZ, tj.: podstawowe parametry techniczne oraz wyposażenie oferowanych autobusów o napędzie elektrycznym, zasilanych wodorem klasy MAXI, załączniku nr 13b do SWZ pozostałe podstawowe parametry techniczne oraz wyposażenie oferowanych autobusów o napędzie elektrycznym, zasilanych wodorem klasy MEGA oraz oświadczeniach złożonych przez wykonawcę, które dotyczą autobusu typu Urbino 12 Hydrogen oraz typu Urbino 18 Hydrogen zostały udostępnione na stronie internetowej producenta, pod adresem: <https://www.solarisbus.com/>, w odpowiednich zakładkach, oraz, m.in. pod adresami:

<https://www.solarisbus.com/pl/pojazdy/napedy-zeroemisyjne/hydrogen>

Ponadto, Solaris podaje specyfikację techniczną oraz rysunki techniczne autobusów Solaris Urbino 18 Hydrogen oraz Solaris Urbino 12 Hydrogen w swoim katalogu pt.: NAPEŁDY

ZEROEMISYJNE Katalog produktowy 2022/2023 zamieszczonym na swojej stronie internetowej.

Należy podkreślić, że karty katalogowe produktów potwierdzają zaoferowane przez wykonawcę wyposażenie oraz parametry zaoferowanych produktów, tj. autobusu typu Urbino 12 Hydrogen oraz typu Urbino 18 Hydrogen.

Jak wynika z treści oświadczenia – Załącznik nr 8 do SWZ, tj.: oświadczenie o dostarczeniu zestawów przyrządów diagnostycznych oraz narzędzi specjalistycznych stanowiło jedynie potwierdzenie, że wykonawca dostarczy na własny koszt (nieodpłatnie) zestaw przyrządów diagnostycznych wraz z instrukcjami i oprogramowaniem aktualizowanym na bieżąco w okresie co najmniej 10 lat w języku polskim umożliwiające wykonywanie kalibracji, ustalenie błędów i awarii w instalacji pojazdu oraz narzędzia specjalistyczne umożliwiające udzielenie zamawiającemu autoryzacji wewnętrznej w zakresie, co najmniej wykonywania obsługi technicznej oraz napraw bieżących w technologii wymiany uszkodzonych zespołów i podzespołów oraz częściowej naprawy zespołów i podzespołów z wymianą części.

Jednocześnie, wykonawca powinien zobowiązać się – w terminie nie później niż na 10 dni przed dostawą autobusów – do przedłożenia zamawiającemu wykazu zestawów przyrządów diagnostycznych oraz narzędzi specjalistycznych.

Mając na uwadze treść ww. oświadczenia, dokument ten zawiera wyłącznie oświadczenie co, do dostarczenia przyrządów diagnostycznych oraz narzędzi specjalistycznych, który to dokument został sporządzony przez zamawiającego.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących spełnienia wymagań z Regulaminu 66 EKG ONZ, dokument zawiera jedynie informacje formalne, a dane techniczne zawarte są w ogólnie dostępnym folderze informacyjnym producenta.

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 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 prawda 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 podzielając 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”.

Wykonawca PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- 3b. Dane zastrzeżone do załącznika nr 2a;
- 3c. Wykaz materiałów i kart katalogowych do Oceny rozwiązań technologicznych;
- 3d. Raport techniczny drogowego zużycia wodoru SORT2;
- 3e. Dokument dotyczący udzielenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej na podstawie Regulaminu 66;
- 4. Załącznik nr 13a – Parametry autobusu;
- 4a. Przedmiotowe środki dowodowe do załącznika nr 13.

Wykonawca złożył wraz z ofertą dokument dotyczący udzielenia homologacji typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej na podstawie Regulaminu 66. Należy zauważyć, że dokument nie zawiera żadnych danych o charakterze technicznym, czy też organizacyjnym PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy 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 we wskazanym dokumencie, mających charakter czysto formalno-prawny.

Należy wskazać, że Załącznik nr 13a – Parametry autobusu stanowią wypełnione formularze załącznik nr 2a sporządzone przez zamawiającego, które wymagały jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez zamawiającego. Dane te nie pochodziły od wykonawców i nie stanowiły ich unikalnego know-how bowiem były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, których potwierdzenie spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, mogącej spowodować szkodę dla wykonawcy.

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

Podsumowując należy uznać, że zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus

Wodorowy Sp. z o.o., jako stanowiących tajemnice 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. oraz wykonawcę PAK - PCE Polski Autobus Wodorowy 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.

3) W pkt 8.7.7 SWZ Zamawiający na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia żądał w stosunku do wykonawców zagranicznych - dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1, 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415).

Należy jednak wskazać, iż w dniu 7 września 2023 r. zostało ogłoszone w Dzienniku Ustaw pod poz. 1824 rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 3 sierpnia 2023 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które weszło w życie z dniem 22 września 2023 r., a tym samym miało zastosowanie do postępowań wszczętych po tej dacie, w tym postępowania objętego niniejszą kontrolą, które zostało wszczęte w dniu 14.05.2024 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający w pkt 8.7.7 SWZ wskazał, iż „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w pkt 8.7.1. – składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w pkt 8.7.1.”

Tym samym Zamawiający błędnie przytoczył treść rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 3 sierpnia 2023 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U z 2023 r., poz. 1824) w zakresie § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

Zmiana w § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia polegała na dodaniu po wyrazach „ma siedzibę lub miejsce zamieszkania” wyrazów „lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument”. Zgodnie ze zmienionym brzmieniem § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

Zamawiający nie uwzględnił ww. zmiany rozporządzenia w dokumentach wymaganych od wykonawców zagranicznych, a tym samym naruszył art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

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.