



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.6.2025.II
dot. KU/6/25/DKZP

Warszawa, dnia 08.04.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Lublinie Spółka z o.o. ul. Antoniny Grygowej 56 20-260 Lublin
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	dostawa 20 miejskich autobusów wodorowych klasy maxi do obsługi linii komunikacji miejskiej
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	06.06.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2024/S 110-337679
Wartość zamówienia:	65.237.801,19 zł (tj. 14.068.663,86 euro)
Środki UE:	„Rozwój zeroemisyjnego transportu publicznego w Lublinie poprzez zakup zeroemisyjnego taboru autobusowego” w ramach programu priorytetowego 6.2.

Zeroemisyjny transport Zielony transport publiczny,
współfinansowanego ze środków Narodowego Funduszu
Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej

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:

- 1) art. 97 ust. 10 ustawy Pzp poprzez określenie wymogu wniesienia wadium niepieniężnego w formie elektronicznej;
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze) (wraz ze zmianami), poprzez zaniechanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu w pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji poprzez podanie podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 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 wskazanych poniżej w uzasadnieniu dokumentów wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. złożonych wraz z ofertą, wskazanych dokumentów wykonawcy PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. złożonych wraz z ofertą oraz wskazanych poniżej dokumentów wykonawcy ARTHUR BUS Sp. z o.o. złożonych wraz z ofertą za skutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, brak dokonania ich odtajnienia.

UZASADNIENIE

1) Zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2024 r. poz. 419). Ponadto, na podstawie art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy

Pzp, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Zamawiający w rozdz. IX pkt 5 SWZ zastrzegł, iż „Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji należy załączyć do oferty w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy dokumentu”. W konsekwencji, zamawiający określił w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wymóg wniesienia wadium niepieniężnego w formie elektronicznej, zatem odmiennie niż zostało to wskazane w dyspozycji art. 97 ust. 10 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym [art. 781 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.), dalej jako: „kc”].

Pojęcie formy elektronicznej należy zatem rozumieć zgodnie z treścią art. 781 § 1 kc, natomiast, jak wynika m.in. z powyższego przepisu, postać elektroniczna jest pojęciem szerszym od pojęcia formy elektronicznej. Pojęcie postaci elektronicznej, na gruncie kc, ustawy Pzp oraz przepisów wykonawczych do ustawy Pzp, odnosić się będzie przede wszystkim do nośnika informacji (pliku) zawierającego utrwalone dane stanowiące cyfrowy zapis treści oświadczenia, które przybierze formę elektroniczną dopiero z chwilą opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Warto podkreślić, że bezwzględny wymóg dotyczący wniesienia wadium, o którym mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, w formie elektronicznej nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Pzp, natomiast zamawiający nie jest uprawniony, aby stawiać wymagania, które wykraczają ponad te wynikające wprost z przepisów ustawy Pzp. Wystarczające jest bowiem, w oparciu o art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, aby wadium wnoszone w postaci niepieniężnej zostało przekazane zamawiającemu jako oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Reasumując, należy wskazać, iż ustawodawca dopuszcza możliwość wniesienia wadium niepieniężnego zarówno w postaci jak i formie elektronicznej, natomiast określenie wymogu wniesienia wadium, o którym mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, jedynie w formie elektronicznej stanowi naruszenie art. 97 ust. 10 ustawy Pzp pozostające bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

2) Zamówienia publiczne, których udzielają instytucje zamawiające działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych i które wchodzą w zakres tych rodzajów działalności, objęte są dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE.

W stanie prawnym właściwym dla kontrolowanego postępowania, do publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zastosowanie miały formularze ustanowione rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze), wraz ze zmianami, dalej jako: „rozporządzenie”.

Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.9 *Kryteria kwalifikacji* opis warunków udziału w postępowaniu. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera natomiast wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu wykazania spełnienia poszczególnych warunków. Zamawiający nie dokonał też zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w celu uzupełnienia brakujących informacji.

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

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

Jak wynika z powyższego, rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. nakłada obligatoryjny obowiązek podawania w ogłoszeniu o zamówieniu podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia każdego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający musi zatem dopilnować zawarcia w treści ogłoszenia kompletnej listy podmiotowych środków dowodowych.

Jak wskazano wyżej, w kontrolowanym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera natomiast wykazu podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu wykazania spełnienia postawionych warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje zamawiającym uprawnienie do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu może wynikać m. in. z błędów w treści ogłoszenia, w tym niepodania części wymaganych informacji. Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w toku postępowania powinien dokonać zmiany ogłoszenia o zamówieniu w pkt 5.1.9 *Kryteria kwalifikacji* poprzez podanie podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie obowiązku zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze).

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3) Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. powołując się na art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa m.in.: Formularz Ofertowy w zakresie pozostałych parametrów podlegających ocenie dotyczących zużycia energii elektrycznej przez autobus wodorowy w warunkach ruchu miejskiego, a także dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ, tj. Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia. Ponadto wykonawca złożył dokumenty stanowiące dowody na podjęcie działań wskazanych w pkt V Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Solaris Bus & Coach sp. z o.o., również zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

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

„a) Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia – załącznik nr 11 do SWZ

Parametry techniczne oferowanego autobusu opisane w wyżej wymienionym dokumencie zawierają informacje w zakresie danych technicznych oferowanego pojazdu i oferowanych rozwiązań. Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, ujawniłoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy, parametry komponentów wykorzystanych do produkcji autobusu. Informacje te nie są jawne i mają unikalny charakter, bazują bowiem na analizach

wykonanych w oparciu o gromadzone latami know-how Wykonawcy. Co ważne, Wykonawca, przedstawiając ww. informacje, optymalizuje poszczególne parametry, w celu zaprojektowania pojazdu, który spełniając niepowtarzalne wymogi SWZ oraz kryteria oceny ofert, umożliwia wygraną w danym, konkretnym postępowaniu. Wypracowanie takich, a nie innych parametrów jest zadaniem pracochłonnym i skomplikowanym, wymagającym wykorzystania gromadzonej przez wiele lat wiedzy i doświadczenia. Pełni także rolę strategiczną - umożliwiając zdobycie przewagi konkurencyjnej nie tylko w toczącym się postępowaniu, a także w podobnych postępowaniach toczących się równolegle i w przyszłości.

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

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

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

b) Informacje zawarte w formularzu ofertowym dotyczące wartości zużycia energii elektrycznej

Zużycie energii wg SORT - 2 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. W związku z toczącymi się aktualnie innymi postępowaniami na zakup autobusów wodorowych, ujawnienie informacji zawartych w ww. dokumentach, umożliwi innym wykonawcom dopasowanie parametrów technicznych oraz cen do 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 SORT-2 jest dla Wykonawcy istotnym źródłem wiedzy technicznej pozwalającym na wyprodukowanie pojazdu o pożądanych parametrach. Posiadanie tego typu danych (wymagających przeprowadzenia kosztownego i długotrwałego testu) stanowi dla Wykonawcy źródło przewagi konkurencyjnej, dające możliwość oferowania pojazdów o parametrach i komplektacji 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”.

Wykonawca odniósł się również do posiadanej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji oraz wyszczególnił działania podjęte w celu zachowania poufności informacji.

Drugi z wykonawców uczestniczących w postępowaniu – PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. również zastrzegł część informacji złożonych wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. Formularz Ofertowy w zakresie pozostałych parametrów podlegających ocenie, a także dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ, tj. Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia. Ponadto, wykonawca złożył dokumenty stanowiące dowody na potwierdzenie zastrzeżenia tajemnicy PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., również zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Wraz z ofertą złożone zostało pismo z uzasadnieniem zastrzeżenia następujących dokumentów:

- 3d –Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia, wymagane przez Zamawiającego - Załącznik nr 11

- 3g Dane zastrzeżone do załącznika nr 3 (Formularz Ofertowy)

- Załączniki do niniejszego pisma stanowiące dowody utrzymania tajemnicy firmy:

 - Dowód 1 - Umowa o wzajemne zachowanie poufności – kontrahenci

 - Dowód 2 - Umowa o zachowaniu poufności - pracownicy

W przedmiotowym piśmie wykonawca uzasadnił zastrzeżenie powyższych informacji wskazując m.in., 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.

Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Jednocześnie Wykonawca (jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji i rozporządzania nimi) przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wiedzę w zakresie danych ujętych w części zastrzeżonej oferty posiadają jedynie osoby zaangażowane w procesy wewnętrzne Wykonawcy oraz biorące udział w wycenie oferty, zobligowane do zachowania w poufności wszystkich informacji związanych z przedmiotem zamówienia.

Spółka posiada również wdrożone procedury zmierzające do zachowania w tajemnicy informacji technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych przedsiębiorstwa. Dostęp do tych danych jest ograniczony do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem. Pracownicy i kontrahenci na mocy umów o zachowaniu poufności zobowiązani są do zachowania poufności w wyżej wymienionym zakresie.

Dowód 1 - Umowa o wzajemne zachowanie poufności – kontrahenci

Dowód 2 - Umowa o zachowaniu poufności - pracownicy

Dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Dokumenty oraz informacje dotyczące przedmiotowego postępowania są umieszczone na zabezpieczonej przestrzeni dyskowej, a dostęp do nich wymaga posiadania autoryzacji. Sposób administrowania danymi w przedsiębiorstwie obejmuje wydzielenie poziomowości uprawnień dostępowych. Serwerownia jest pomieszczeniem zamkniętym, dostępnym jedynie dla administratorów, a komputery wybranych użytkowników posiadających możliwość dostępu do danych chronionych są odpowiednio zabezpieczone przed nieautoryzowanym użyciem. Poczta elektroniczna, za pośrednictwem której Wykonawca przesyła wewnątrz organizacji przedmiotowe informacje jest chroniona odrębnym, indywidualnym hasłem dla każdego pracownika. Wprowadzono również zakaz korzystania z komputerów służbowych dla celów prywatnych. Dokumenty w formie papierowej są zabezpieczone w zamykanej szafie, do której kluczem dysponują jedynie upoważnione osoby. Dostęp do budynku, w którym znajdują się dokumenty i nośniki elektroniczne, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chroniony przez całą dobę za pomocą monitoringu, ochrony oraz elektronicznej weryfikacji osób mających dostęp do budynku. Ponadto w godzinach, w których pracownicy nie przebywają w budynku, jest on chroniony przez wyspecjalizowaną firmę, a teren wokół budynku podlega monitorowaniu.

W przedsiębiorstwie Wykonawcy zostały wdrożone szczegółowe procedury postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Polityka Bezpieczeństwa Informacji w firmie

Powyższe jednoznacznie potwierdza, iż działania mające na celu utrzymanie w poufności informacji zastrzeżonych niniejszym pismem podejmowane są przez Wykonawcę przy zachowaniu należytej staranności.

Wykonawca wskazuje, 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 (...).

W zakresie poszczególnych dokumentów/informacji:

- 3d – Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia, wymagane przez Zamawiającego - Załącznik nr 11,
- 3 - Dane zastrzeżone do załącznika nr 3 (Formularz Ofertowy).

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 dożądanego efektu końcowego. Zaznajomienie się konkurencji z wynikami powyższych badań spowoduje utratę konkurencyjności, przewagi technologicznej a docelowo straty majątkowej.

****Wartość gospodarcza tych informacji wynosi około (tajemnica przedsiębiorstwa wskazana w oddzielnym pliku) przeliczając te kwotę na możliwości udziału w innych postępowaniach z wykorzystaniem ww. danych technicznych Wykonawca może stracić możliwość uzyskania przychodu/dochodu powyżej (tajemnica przedsiębiorstwa wskazana w oddzielnym pliku) w skali 10 lat.**

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazuje, że w orzecznictwie podkreśla się, iż „wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy też przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, które nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie (...)”.

Trzeci z wykonawców uczestniczących w postępowaniu ARTUR BUS Sp. z o.o. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa m.in.: dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ, tj. Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia. Ponadto wykonawca złożył dokumenty stanowiące dowody na potwierdzenie Zastrzeżenia tajemnicy ARTHUR BUS Sp. z o.o., również zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Wraz z ofertą wykonawca złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów we wskazanych zakresach:

„1. Załącznik nr 11 do SWZ - Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia w zakresie punktu:

- a. Lp. 4. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 2.3;
- b. Lp. 6. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 5.1;
- c. Lp. 7. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 5.2;
- d. Lp. 9. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 8.1 w zakresie: Producent silnika; Typ; Model;
- e. Lp. 10. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 8.2;
- f. Lp. 11. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 8.3;
- g. Lp. 12. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 9.1 w zakresie: Model; Rozmiar;
- h. Lp. 13. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 10;
- i. Lp. 14. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 10.3;
- j. Lp. 15. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 12 w zakresie: Producent; Typ; Model;
- k. Lp. 16. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 13 w zakresie: Producent klimatyzacji przestrzeni pasażerskiej; Typ; Model; Producent klimatyzacji kabiny kierowcy; Typ; Model;
- l. Lp. 18. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 15.1 w zakresie: Producent; Typ; Model;

- m. Lp. 19. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 18.1 w zakresie: Producenta wodorowych ogniw paliwowych; Typ; Model; Moc ogniwa;
- n. Lp. 20. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 19.1 w zakresie: Producent; Typ; Model; Liczba zbiorników; Pojemność całkowita zbiorników; Typ zbiorników;
- o. Lp. 21. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 20 w zakresie: Producent; Typ; Model; Parametrów technicznych baterii trakcyjnej;
- p. Lp. 22. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 21 w zakresie: Producent; Typ; Model;
- q. Lp. 28. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 27 w zakresie: Producent; Typ; Model;
- r. Lp. 29. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 28 w zakresie: Producent; Typ; Model;
- s. Lp. 30. (Nr pozycji w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego (załącznik nr 1 do SWZ))- 29 w zakresie: Producent; Typ; Model;

W przedmiotowym piśmie wykonawca uzasadnił zastrzeżenie powyższych informacji wskazując m.in.: Celem wykazania, że wszystkie ustawowe przesłanki, niezbędne do zakwalifikowania dokumentu/informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione, Wykonawca, przedstawiając niżej przytoczone dowody, wskazuje co następuje:

Rodzaj zamówienia publicznego, jakim są dostawy autobusów miejskich są dostawami specyficznymi ze względu na indywidualne wymagania zamawiających. Ma więc on charakter dedykowany i projektowy.

Parametry techniczne oferty, w tym opis oferowanych pojazdów, aranżacja wnętrza, przestrzeni pasażerskiej, dane techniczne pojazdu: typ osi, silniki, układ elektryczny, dane techniczne układu napędowego, zbiorników wodoru, ogniwa wodorowego, baterii, sprężarki, układu ogrzewania i klimatyzacji, układu trakcyjnego (w tym jego rozmieszczenie w pojeździe), wyposażenie dodatkowe pojazdu - stanowią dane techniczne i technologiczne i w określonej konfiguracji, posiadają określoną wartość gospodarczą.

Wartość gospodarcza odpowiedniego doboru/konfiguracji/ułożenia danych technicznych w autobusie, przejawia się w umiejętności Wykonawcy do zaoferowania takiego układu tych urządzeń, aby spełnić nie tylko minimalne wymogi stawiane przez Zamawiającego, ale przede wszystkim zoptymalizować rozwiązania techniczne i technologiczne oraz złożyć najbardziej konkurencyjną ofertę w postępowaniu. Umiejętność doboru właściwych rozwiązań nie polega przy tym na prostym zestawieniu elementów spełniających wymagania Zamawiającego, gdyż wymaga specjalistycznej wiedzy i podyktowana jest co najmniej kilkuletnim doświadczeniem Wykonawcy wyniesionym z szeregu prac o charakterze badawczo-rozwojowym oraz z innych realizowanych przez niego projektów w zakresie produkcji pojazdów zeroemisyjnych. Zaoferowane parametry dotyczące m. in. szczegółów budowy i osiąganych parametrów układu napędowego, zawieszenia,

układu magazynowania energii i jego pojemności, układu chłodzenia i ogrzewania, systemu wentylacji i klimatyzacji, układu pneumatycznego, rozwiązań rozplanowania wnętrza pojazdu oraz konstrukcji i poszycia autobusu, a także jego wyposażenia, są przygotowywane na podstawie długoterminowych, specjalistycznych indywidualnych badań i testów prowadzonych przez Wykonawcę. Wyniki tych badań i testów stanowią chronione know-how Wykonawcy, przekładające się na stworzenie unikalnych rozwiązań. Umiejętności te prowadzą do możliwości skonstruowania autobusu zgodnie z wymogami zamawiających (niezależnie od doboru tych wymogów), przy jednoczesnej optymalizacji kosztów związanych z konstrukcyjnym nakładem pracy oraz jednoczesnym wykorzystaniem rozwiązań optymalizujących czas montażu pojazdu, ergo optymalizujących koszt wytworzenia pojazdu.

Wspomniana umiejętność optymalizacji (know-how Wykonawcy) ma bezpośrednie przełożenie na punktację w zakresie kryteriów oceny ofert, co następnie ma bezpośredni wpływ na klasyfikację Wykonawcy. Celem zobrazowania tego mechanizmu Wykonawca wskazuje, że przykładowo szczegółowe dane układu przeniesienia napędu, są parametrami wrażliwymi z punktu widzenia oceny ofert w większości postępowań publicznych. Możliwość maksymalizacji ww. parametrów jest uzależniona od wielu czynników, takich jak masa pojazdu i jej rozkład na poszczególne osie pojazdu, a także od ilości i rozmieszczenia w pojeździe poszczególnych komponentów. Zatem parametry te mogą różnić się w pojazdach oferowanych w poszczególnych konfiguracjach. Wykonawca mając na względzie wymogi techniczne ale też wiedzę dotyczącą tego co i gdzie może zostać zmienione, dokonuje celowych modyfikacji konstrukcji pojazdów celem optymalizacji ww. parametrów, co pozwala na uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Wiedza w zakresie możliwości wspomnianej optymalizacji przedmiotu zamówienia jako taka jest niedostępna dla osób trzecich (każdy producent posiada własne procedury) i posiada wartość gospodarczą dla każdego wykonawcy i konkurenta na rynku.

Ujawnienie jakim know-how Wykonawca dysponuje (poprzez ujawnienie zastrzeżonych parametrów przedmiotu zamówienia), czy w niniejszym Postępowaniu, czy w ramach innego postępowania, pozwoli prześledzić konkurencji aktywność Wykonawcy na rynku zamówień publicznych, w tym prognozować, w jakich postępowaniach Wykonawca złoży ofertę (z uwagi na parametry techniczne, i te oceniane w kontekście wymagań SWZ) i jakie w związku z tym poniesie koszty. Konkurencyjni wykonawcy posiadając takie informacje, mają ułatwioną decyzję co do tego, np. jaki poziom własnej marży założyć w danym postępowaniu (powszechną praktyką jest, że przy mniejszej konkurencji w postępowaniu, wykonawcy chętniej nakładają wyższą marżę).

Kolejnym aspektem wskazującym na to, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, jest specyfika zamówienia (pojazd wodorowy) oraz pochodzenie produktu/komponentu (informacje o poddostawcy).

Pod względem zastosowanych rozwiązań technicznych i adaptacji produktowych dla konkretnego odbiorcy (w tym przypadku dla Zamawiającego) autobusy wodorowe wyróżniają się odmiennością względem szerzej dostarczanych autobusów z napędem elektrycznym lub spalinowym. Rozwiązania

technologiczne jako takie, nie są jeszcze rozpowszechnione na tym rynku, zatem każdorazowa publikacja danych o konfiguracji zastrzeżonych danych, pozwoli konkurencji wyprowadzić z tego zależność, jaką Wykonawca kieruje się przy tworzeniu oferty, co z oczywistych względów może przełożyć się na straty finansowe spowodowane brakiem pozyskania zamówienia i utratą niepowtarzalnej metodyki kształtowania ceny w aspekcie rozwiązań technicznych.

Znaczna część podzespołów technicznych oraz wyposażenia oferowanego pojazdu pochodzi od zewnętrznych dostawców i jest zamawiana na podstawie ofert i negocjacji z tymi podmiotami. Opis oferowanych autobusów przedstawia nie tylko parametry techniczne, cechy konstrukcyjne oraz cechy funkcjonalno-użytkowe pojazdów, ale także zawiera informacje dotyczące podmiotów, z jakimi Wykonawca współpracuje w procesie produkcji. Ujawnienie tych informacji nieuprawnionym podmiotom, ma wpływ na uzasadnione interesy ekonomiczne Wykonawcy i dostawców.

Po pierwsze, w przypadku części dostawców, ceny za określone komponenty, są znane innym producentom, którzy albo również kupują je u tych samych dostawców albo znają ceny rynkowe („widełki cenowe”). Wiedza w zakresie podmiotu, modelu danego produktu oraz ceny jednostkowej (w przypadku potencjalnej konieczności składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, aspekt ten będzie miał bardzo istotne znaczenie) oferowanej Wykonawcy przez danego dostawcę, będzie miała negatywny wpływ na przyszłe konstrukcje cenowe w innych postępowaniach. Po drugie, dostawcy każdorazowo, indywidualnie negocjują ceny za dostarczane produkty. Dobór tych podmiotów, jakość oferowanych produktów oraz cena za którą Wykonawca je kupuje, to efekt negocjacji, długofalowej współpracy oraz weryfikacji w praktyce (która ma przełożenie na cenę, choćby w części gwarancyjnej). Ujawnienie informacji w tym zakresie, tj. pochodzenie komponentu i cena (tu w przypadku ewentualnych wyjaśnień RNC), spowoduje, że inni Wykonawcy w negocjacjach będą mogli powołać się na dane, że Wykonawca posiada bardziej preferencyjne warunki kontraktowe (okoliczność niekorzystna finansowo dla dostawcy), co może spowodować wzrost cen za produkt (okoliczność niekorzystna finansowo dla Wykonawcy). Po trzecie, ta sama okoliczność oceniana może być z uwagi na doświadczenie Wykonawcy w zakresie korzystania z produktów danego dostawcy (lepsza jakość (potwierdzona w innych zamówieniach), to mniejsze ryzyko konieczności wymiany części, a to przekłada się bezpośrednio na oferowaną cenę. Powzięcie danych w ww. zakresach przez konkurencję, prowadziłoby do ryzyka pogorszenia sytuacji finansowej Wykonawcy.

Przechodząc na grunt orzeczniczy, warto wskazać w ślad za KIO, że „Ustawodawca nie wskazuje wprost co faktycznie oznacza sformułowanie „wartość gospodarcza”, nie określa również w żaden sposób jak należy ową wartość gospodarczą ustalić. Uznać należy, że taką informacją będzie taka, która w jakiś sposób wpływa na wartość danego przedsiębiorstwa na rynku. **Może być to informacja pomagająca generować zyski lub zaoszczędzić pieniądze.** 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." (Wyrok KIO z dnia 06.03.2023 r. sygn. KIO 448/23). Zaś WSA w wyroku z dnia 12.01.2021 r. (sygn. VI SA/Wa 1347/20) wskazał, że Przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa **należy interpretować szeroko**. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, **umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy**, patenty obejmujące wynalazki, **metody działalności**, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności." Zasadnym jest zatem uznanie, że ujawnienie danych zastrzeżonym w petitum niniejszego pisma, spowodowałoby na Wykonawcę negatywne konsekwencje w postaci zapoznania się przez konkurencję z technologicznym know-how optymalizacji ceny poprzez specjalny układ przestrzenny pojazdu i ulokowanie pozostałych komponentów pojazdu, co mogłoby zostać wykorzystane przez nich w przyszłości, przyczyniając się tym samym do utraty unikalnego (preferowanego przez zamawiających) charakteru tych rozwiązań i tym samym do utraty zleceń (sektor prywatny) lub zamówień publicznych (sektor publiczny). Pomimo oczywistej i respektowanej zasady jawności postępowania, nie można jednak pominąć potrzeby ochrony Wykonawcy, jeżeli wykaże zasadność ochrony swoich interesów. Sięgając po stanowisko judykatury TSUE, wskazać należy, że „ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni **powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę** (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34–36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115) (tak Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 listopada 2022 r. sygn. C-54/21). Z przytoczonego wyroku poza powyższym, wynika także to, że ochroną mogą zostać objęte nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ale także takie informacje, których ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym Wykonawcy. Powyższe znajduje swoje uzupełnienie także w prawodawstwie unijnym, tj. art. 21 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, wskazującej, że o ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, **instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert**.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie uznk, elementem niezbędnym do uznania jej za spełniającą wymogi ustawowe, jest fakt, że 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. Z powyższego wynika zatem, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi „szczególne zestawienie i zbiór informacji”, co powoduje, że nie ma podstaw do dokonywania osobnej oceny pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk poszczególnych informacji składających się na ów zbiór. Okoliczność ta jest szczególnie istotna w kontekście przesłanki „poufności” zastrzeganych informacji. Zastrzegane informacje dotyczące wiedzy, doświadczenia i każdorazowej indywidualnej (zależnej od aktualnych wymogów zamawiającego) koncepcji technicznej dla produktu tj. przedmiotu zamówienia i jego wyceny (aspekt finansowy – dobór jakościowy produktów, relacje z dostawcami wpływające na preferencyjne ceny komponentów), rzutującej na klasyfikację w postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Właśnie owe uszczegółowienie informacji i zebranie ich w jednym dokumencie decyduje o tym, że informacje te nie są powszechnie znane i łatwo dostępne. Obiektywnie możliwe jest pozyskanie jednostkowych produktów od producentów części, w sposób jawny i niewymagający prowadzenia negocjacji lub zawierania umów o zachowaniu poufności (np. dekor, poręcze, środki chemiczne) Wartości gospodarczej jednak w tym przypadku nie posiada samo zsumowanie jednostkowych danych, ale wiedza o tym, jaką jakość sobą reprezentują dane jednostki (w sektorze motoryzacyjnym jest to istotne, z uwagi na powtarzającą się konieczność wymiany określonych części). W ramach zamówień publicznych, w okresie gwarancji koszt wymiany spoczywa na wykonawcy, który musi poczynić założenia co do ryzyk związanych z częstotliwością wymiany części, a to ma bezpośrednie przełożenie na cenę, która pokrywa to ryzyko), jaki układ komponentów przyjąć, aby zoptymalizować koszt produkcji, przy jednoczesnym spełnieniu wymogów zamawiającego (know-how), jak układ komponentów przyczynia się do amortyzacji przedmiotu zamówienia. Ta wiedza, jako zbiór danych o częściach jednostkowych, przesądza o konkurencyjności oferty. Jest to przełożenie wiedzy technicznej na cenę, a tym samym albo na zysk albo na dodatkową oszczędność. Nie ma zatem obiektywnej możliwości, aby zestawienie tych danych (marka komponentu; lokacja komponentów; amortyzacja części) było powszechnie dostępne, nawet na rynku autobusów wodorowych (notabene liczącym obecnie ok. 5 producentów działających na polskim rynku i zainteresowanych poznaniem metodyki konkurencyjnego rozwiązania), **ponieważ na podstawie samego zestawienia cen niesprecyzowanych co do marki i modelu części w całość, nie będzie możliwe wyliczenie optymalizacji kosztowej konkurencji.**

Przechodząc do przesłanki wskazującej na konieczność podjęcia działań przez Wykonawcę celem pozostawienia zastrzeganych danych w poufności Wykonawcy, wskazuje co następuje.

W doktrynie podnosi się, że „przedsiębiorca musi bowiem mieć kontrolę nad informacją poufną, tak jak tego wymaga art. 39 TRIPS. Jeżeli informacja jest powszechnie dostępna i w żaden sposób niezabezpieczona, takiej kontroli nie ma, ergo informacja nie ma charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Daje się zatem zauważyć, iż informację można uznać za chronioną na podstawie

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. (...) ze stanem poufności będziemy mieli do czynienia tylko wtedy, gdy przedsiębiorca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do określonych informacji”.

W celu zachowania stanu poufności zastrzeżonych informacji, Wykonawca podejmuje szereg działań obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę jak i szereg instrumentów prawnych, w tym w szczególności:

- 1) zawieranie umów o zachowaniu poufności – umowy NDA z osobami współpracującymi i kontrahentami, konsorcjantami (również odpowiednie zapisy w umowach konsorcjum);
- 2) kontrola dostępu do informacji – tylko upoważnione osoby (koordynatorzy projektów), mają dostęp do bazy danych zawierającej szczegółowe informacje o technologii, wpływie zastosowanej technologii, komponentów i wyborze konkretnego dostawcy na cenę ofertową;
- 3) poinformowanie pracowników i osób współpracujących o potrzebie ochrony informacji – poprzez odpowiednie zapisy w umowach. Osoby takie zobowiązane są do zachowania w tajemnicy danych, do których mają dostęp, a także do odpowiedniej ochrony tych danych;
- 4) wewnętrzne procedury – opracowane w Spółce procedury narzucają pracownikom odpowiedni sposób gromadzenia, przetwarzania i przechowywania poufnych danych, w tym obowiązuje zasada niszczenia zbędnych dokumentów i zasada „clean desk policy”. Rozwiązanie to nie jest dedykowane zachowaniu w poufności tylko informacji objętych niniejszym zastrzeżeniem;
- 5) klauzule do umów o pracę – obowiązujące pracowników do zachowania poufności danych;
- 6) zakazy konkurencji – umowy o pracę/współpracę zawierają klauzulę „zakazu konkurencji”;
- 7) oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną;
- 8) aktualizacja ww. dokumentów i dostosowywanie ich do przepisów zmieniającego się prawa;
- 9) procedury związane z bezpieczeństwem danych przechowywanych na serwerze/ dysku komputera;
- 10) procedura oznaczania dokumentów i ich klasyfikacji, w ramach którego wszelkie dokumenty znajdujące się w obiegu są klasyfikowane jako: otwarte (open), wewnętrzne (internal), poufne (confidential) oraz ściśle poufne (strictly confidential) (...);

Jednocześnie wykonawca przedłożył dowody stanowiące opisane powyżej środki ochrony.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, iż zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2023 r., KIO 1196/23, „To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie, zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo. Zamawiający oceniając zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa opiera się wyłącznie na ich treści. Wykonawcy winni wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo –

skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy”.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 03.03.2025 r. Departament Kontroli zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w poniższym zakresie:

- 1) Czy dokumenty złożone przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. Formularz Ofertowy w zakresie pozostałych parametrów podlegających ocenie dot. Zużycia energii elektrycznej przez autobus wodorowy w warunkach ruchu miejskiego, a także dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ - Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia;
- 2) Czy dokumenty złożone przez wykonawcę PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie proszę o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. Formularz Ofertowy w zakresie pozostałych parametrów podlegających ocenie, a także dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ - Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia;
- 3) Czy dokumenty złożone przez wykonawcę ARTHUR BUS Sp. z o.o. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ - Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, zamawiający w piśmie z dnia 07.03.2025 r., wyjaśnił m.in.:

Ad 1) *„Zamawiający wyjaśnia, że dokumenty złożone przez SOLARIS BUS & COACH Sp. z o.o. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca poprzez złożenie wraz z ofertą pisma zatytułowanego*

„Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami, wypełnił dyspozycję art. 18 ust. 3 Ustawy pzp, tj. zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego wykonawca wykazał bowiem, że:

- a) zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą (strona 4 dokumentu pt. „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”),
- b) nie zostały one ujawnione jako całość do wiadomości publicznej (strona 5 dokumentu pt. „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”),
- c) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności (strona 6 dokumentu pt. „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”).

Odnośnie warunku nieujawnienia do wiadomości publicznej, zamawiający uznał, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią zwartą i spójną całość mającą określoną wartość. Fakt, że któraś wyrywkowa informacja była wcześniej udostępniona nie oznacza, że w określonym kontekście i w związku z innymi informacjami nie stanowi ona obecnie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca dodatkowo wykazał, że stosuje zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wśród których wymienił:

1. „ograniczenie kręgu osób mających dostęp do informacji zawartych w treści oferty, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (do pracowników biura technicznego oraz osób przygotowujących ofertę),
2. wprowadzenie organizacji pracy gwarantującej ograniczony dostęp pracowników do informacji zastrzeżonych poprzez nadawanie wybranym pracownikom uprawnień pozwalających na dostęp do zasobów informatycznych,
3. przechowywanie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób bezpieczny, pod nadzorem oraz ścisłą kontrolą nad obiegiem dokumentów zastrzeżonych (zakaz ujawniania i udostępniania swoich nazw i haseł innym użytkownikom i osobom trzecim, obowiązek umieszczania laptopów po zakończeniu pracy w szafkach zamykanych na klucz, obowiązek każdorazowego wylogowania się po odejściu od stanowiska prac),
4. zakaz korzystania do celów pozasłużbowych z komputerów,
5. monitoring poczty elektronicznej,
6. szkolenia dla pracowników,
7. podpisywanie umów o zachowanie poufności ze wszystkimi kontrahentami, którym miałyby zostać ujawnione informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
8. zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.” (...)

Ad 2) Zamawiający wyjaśnia, że dokumenty złożone przez PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca poprzez złożenie wraz z ofertą pisma zatytułowanego „Zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” wraz

z załącznikami, wypełnił dyspozycję art. 18 ust. 3 Ustawy pzp, tj. zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego wykonawca wykazał bowiem, że:

- a) zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą (strona 3 dokumentu pt. „Zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”),
- b) nie zostały one ujawnione jako całość do wiadomości publicznej (strona 3 dokumentu pt. „Zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”),
- c) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności (strona 3 dokumentu pt. „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”).

Odnosnie warunku nieujawnienia do wiadomości publicznej, Zamawiający uznał, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią zwartą i spójną całość mającą określoną wartość. Fakt, że któraś wyrywkowa informacja była wcześniej udostępniona nie oznacza, że w określonym kontekście i w związku z innymi informacjami nie stanowi ona obecnie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca dodatkowo wykazał, że stosuje zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wśród których wymienił:

- a) „Jednocześnie Wykonawca (jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji i rozporządzania nimi) przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.
- b) Wiedzę w zakresie danych ujętych w części zastrzeżonej oferty posiadają jedynie osoby zaangażowane w procesy wewnętrzne Wykonawcy oraz biorące udział w wycenie oferty, zobligowane do zachowania w poufności wszystkich informacji związanych z przedmiotem zamówienia.
- c) Spółka posiada również wdrożone procedury zmierzające do zachowania w tajemnicy informacji technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych przedsiębiorstwa. Dostęp do tych danych jest ograniczony do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem. Pracownicy i kontrahenci na mocy umów o zachowaniu poufności zobowiązani są do zachowania poufności w wyżej wymienionym zakresie.
- d) Dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Dokumenty oraz informacje dotyczące przedmiotowego postępowania są umieszczone na zabezpieczonej przestrzeni dyskowej, a dostęp do nich wymaga posiadania autoryzacji.
- e) Sposób administrowania danymi w przedsiębiorstwie obejmuje wydzielenie poziomowości uprawnień dostępowych. Serwerownia jest pomieszczeniem zamkniętym, dostępnym jedynie dla administratorów, a komputery wybranych użytkowników posiadających możliwość dostępu do danych chronionych są odpowiednio zabezpieczone przed nieautoryzowanym użyciem.

f) Poczta elektroniczna, za pośrednictwem której Wykonawca przesyła wewnątrz organizacji przedmiotowe informacje jest chroniona odrębnym, indywidualnym hasłem dla każdego pracownika.

g) Wprowadzono również zakaz korzystania z komputerów służbowych dla celów prywatnych.

h) Dokumenty w formie papierowej są zabezpieczone w zamykanej szafie, do której kluczem dysponują jedynie upoważnione osoby.

i) Dostęp do budynku, w którym znajdują się dokumenty i nośniki elektroniczne, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chroniony przez całą dobę za pomocą monitoringu, ochrony oraz elektronicznej weryfikacji osób mających dostęp do budynku. Ponadto w godzinach, w których pracownicy nie przebywają w budynku, jest on chroniony przez wyspecjalizowaną firmę, a teren wokół budynku podlega monitorowaniu.

j) W przedsiębiorstwie Wykonawcy zostały wdrożone szczegółowe procedury postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa."

Ad. 3) Zamawiający wyjaśnia, że dokumenty złożone przez ARTHUR BUS Sp. z o.o. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca poprzez złożenie wraz z ofertą pisma zatytułowanego „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 Pzp” wraz z załącznikami, wypełnił dyspozycję art. 18 ust. 3 Ustawy pzp, tj. zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego wykonawca wykazał bowiem, że:

a) zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą (strona 6 dokumentu pt. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 Pzp”),

b) nie zostały one ujawnione jako całość do wiadomości publicznej (strona 6 dokumentu pt. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 Pzp”),

c) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności (strona 6 dokumentu pt. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 Pzp”).

Odnosnie warunku nieujawnienia do wiadomości publicznej, zamawiający uznał, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią zwartą i spójną całość mającą określoną wartość. Fakt, że któraś wyrywkowa informacja była wcześniej udostępniona nie oznacza, że w określonym kontekście i w związku z innymi informacjami nie stanowi ona obecnie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca dodatkowo wykazał, że stosuje zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wśród których wymienił:

1) „zawieranie umów o zachowaniu poufności - umowy NDA z osobami współpracującymi i kontrahentami, konsorcjantami (również odpowiednie zapisy w umowach konsorcjum);

2) kontrola dostępu do informacji - tylko upoważnione osoby (koordynatorzy projektów), mają dostęp do bazy danych zawierającej szczegółowe informacje o technologii, wpływie zastosowanej technologii, komponentów i wyborze konkretnego dostawcy na cenę ofertową;

3) poinformowanie pracowników i osób współpracujących o potrzebie ochrony informacji - poprzez odpowiednie zapisy w umowach. Osoby takie zobowiązane są do zachowania w tajemnicy danych, do których mają dostęp, a także do odpowiedniej ochrony tych danych;

4) wewnętrzne procedury - opracowane w Spółce procedury narzucają pracownikom odpowiedni sposób gromadzenia, przetwarzania i przechowywania poufnych danych, w tym obowiązuje zasada niszczenia zbędnych dokumentów i zasada „clean desk policy Rozwiązanie to nie jest dedykowane zachowaniu w poufności tylko informacji objętych niniejszym zastrzeżeniem;

5) klauzule do umów o pracę - obowiązujące pracowników do zachowania poufności danych;

6) zakazy konkurencji - umowy o pracę/współpracę zawierają klauzulę „zakazu konkurencji;

7) oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną;

8) aktualizacja ww. dokumentów i dostosowywanie ich do przepisów zmieniającego się prawa;

9) procedury związane z bezpieczeństwem danych przechowywanych na serwerze/ dysku komputera;

10) procedura oznaczania dokumentów i ich klasyfikacji, w ramach którego wszelkie dokumenty znajdujące się w obiegu są klasyfikowane jako: otwarte (open), wewnętrzne (internal), poufne (confidential) oraz ściśle poufne (strictly confidential. (...)).

Jednocześnie, zamawiający składając wyjaśnienia powiełił poniższą argumentację w stosunku do każdego z wykonawców:

„Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j. z dnia wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy (posiada wartość gospodarczą) przedsiębiorstwa,

b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano dodatkowo, że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, (por. np. orzec. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz

orzecz. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te -jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wypływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)". (Zob. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2001-09-05, I CKN 1159/00, opubl. OSNC 2002, Nr 5, poz. 67).

Odnosnie warunku trzeciego, należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżonych przez wykonawcę dokumentów należy mieć na uwadze zastrzeżenie tajemnicy w sposób następujący. Dokument, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. załącznik nr 11 do SWZ zawiera informacje technologiczne mające istotną wartość gospodarczą przez to, że szczegółowo określają parametry techniczne poszczególnych rozwiązań zaimplementowanych do produkowanego przez wykonawcę autobusu. W ocenie zamawiającego wykonawca w sposób należyty wykazał, że dane te stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla wykonawcy. W konsekwencji, zamawiający uznał, że wyżej wskazane informacje zastrzeżone zostały poprawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa ARTHUR BUS Sp. z o.o. (przypis kontrolera: Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. oraz PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o.) Spełnione zostały wszystkie warunki prawidłowości zastrzeżenia. Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są jako całość ujawnione do wiadomości publicznej. Są to informacje jako całość nieznane ogółowi. Takie informacje podpadają pod pojęcie „tajemnicy”, ponieważ wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden podmiot konkurencyjny nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Na temat tych informacji jako całości wie pewna ograniczona grupa osób wewnątrz przedsiębiorstwa wykonawcy. W stanie faktycznym niniejszego postępowania jest to tym bardziej istotne, że objęte tajemnicą dane techniczne dotyczą autobusu wodorowego, który jest swego rodzaju novum na rynku usług przewozów pasażerskich, niebędącym jeszcze w powszechnym użytkowaniu”.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 24 listopada 2023 r., XXIII Zs 102/23, „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty.

Ciężar wykazania, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Nadto obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej, aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa”.

Ponadto, mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), dalej jako: „ustawa Znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania.

Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując pełną wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich

elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać zatem spełniona przesłanka formalna i materialna.

Pierwsza z przesłanek, formalna, jest spełniona, gdy zostanie wykazane, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny, musi on jeszcze podjąć konkretne działania w celu ochrony poufności. Zrealizowanie tych działań musi zostać poparte dowodami przekazanymi wraz z wyjaśnieniami wykonawcy.

Przesłanka materialna to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, tj. dotyczą kwestii, które obiektywnie mogłyby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.

Wykonawca winien wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkody. Wykonawca winien wykazać związek przyczynowo - skutkowy między ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Określenie konkretnych informacji oraz ciężar dowodu wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy i to nie później niż z dniem składania ofert.

Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

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

W punkcie II. a) uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożonych wraz z ofertą, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. opisuje Informacje zawarte w formularzu ofertowym dotyczące wartości zużycia energii elektrycznej oraz w załącznikach do oferty: Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia – załącznik nr 11 do SWZ.

Wykonawca wskazuje że *„Parametry techniczne oferowanego autobusu opisane w wyżej wymienionym dokumencie zawierają informacje w zakresie danych technicznych oferowanego pojazdu i oferowanych rozwiązań. Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, ujawniłoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy, parametry komponentów wykorzystanych do produkcji autobusu”*.

Odnosząc się do uzasadnienia wykonawcy należy zauważyć, że zastrzeżone dokumenty w postaci: Informacji zawartych w formularzu ofertowym dotyczące wartości zużycia energii elektrycznej oraz Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia – załącznik nr 11 do SWZ, stanowią wypełnione formularze/wzory sporządzone przez zamawiającego. Wymagały one zasadniczo jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez zamawiającego, stanowiących opis przedmiotu zamówienia. Dane te nie pochodziły zatem od wykonawców i nie stanowiły ich unikalnego know-how. Były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, dlatego samo potwierdzenie ich spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, które mogłoby spowodować szkodę dla wykonawcy. Wykonawca utrzymuje natomiast w uzasadnieniu, że każdy z ww. dokumentów prezentuje *„proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy”*. Nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem, ponieważ w żadnym z ww. dokumentów nie jest opisany ani wyjaśniony proces konstrukcji pojazdu, nie przedstawiono również technologii produkcji autobusu, czy też jego kluczowych części. Dokumenty te zawierają wyłącznie oświadczenie co do posiadania lub nie posiadania danego parametru, ewentualnie wskazanie konkretnych danych liczbowych, bądź też wskazanie nazwy dokumentu, w którym znajduje się specyfikacja pojazdu. Z kolei dane, które wykonawca wpisywał samodzielnie, np. w formularzu ofertowym w tabeli w pkt 16, stanowią podstawowe dane techniczne pojazdu, które z pewnością nie ujawniają *„procesu technologicznego stosowanego w przedsiębiorstwie Wykonawcy”*.

Załącznik nr 11 do SWZ, składany wraz z ofertą stanowi wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji technicznej autobusu wodorowego, które wykonawca zobowiązany jest potwierdzić. Dokument ten opisuje oferowane przez wykonawcę: rozwiązania techniczne, parametry techniczne, okresy gwarancji, potwierdzające w sposób jednoznaczny spełnienie wymagań zamawiającego. Informacje zawarte w załączniku nr 11 do SWZ dotyczą: wskazania producenta i marki autobusu, okresu gwarancji, liczby miejsc siedzących, długości całkowitej, Producenta: elementów mechanicznych, osi napędowej, układu smarowania, oferowanego

silnika, mocy znamionowej silnika centralnego, zastosowanych opon, układu pneumatycznego, układu ogrzewania, zastosowanej sprężarki, wentylacji i klimatyzacji przestrzeni pasażerskiej, instalacji elektrycznej niskiego napięcia, układu trakcyjnego, parametrów wodorowego ogniwa paliwowego, zbiornika do magazynowania wodoru w pojeździe, baterii trakcyjnej, ładowarki, konstrukcji szkieletu nadwozia, lakierowania, konstrukcji podwozia, zastosowanej szyby, systemu monitoringu, automatów biletowych i kasowników, systemów nadzorowania pracy oraz diagnozy podstawowych układów w pojeździe, a także systemu wczesnego wykrywania, sygnalizacji i alarmowania o zagrożeniach pożarowych baterii trakcyjnej.

Powyższy załącznik, stanowiący zestawienie podstawowych informacji o oferowanym pojeździe zawiera nazwy producenta i typu dla 32 elementów konstrukcyjnych pojazdu. Należy zauważyć, że informacje o tym, że wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. korzysta z podzespołów niektórych z tych producentów dostępne są w domenie publicznej na stronach internetowych, chociażby na stronie pl.wikipedia.org pod hasłem *Solaris Urbino 12 hydrogen*¹. Na portalu tym zawarty jest obszerny opis techniczny tego modelu. Wskazani są tam producenci: elektrycznego układu napędowego, osi, układu kierowniczego, jak również typ baterii trakcyjnych zastosowanych w Urbino 12 Hydrogen zaofiarowanym w kontrolowanym postępowaniu. Ponadto, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. sam podaje nazwy tych producentów w swoim katalogu pt.: *NAPĘDY ZEROEMISYJNE Katalog produktowy 2023* zamieszczonym na swojej stronie internetowej². Wykonawca niezgodnie z rzeczywistością wskazał zatem w pkt IV uzasadnienia, że *„Bez wątplenia informacje techniczne, technologiczne oraz organizacyjne, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu, nie są powszechnie znane tj. nie są dostępne w domenie publicznej. Informacje te nie są także znane specjalistom z branży, dotyczy to w szczególności parametrów technicznych pojazdów”*. Wobec faktu, że wykonawca zastrzegł dane, które są dostępne publicznie w Internecie, należy stwierdzić, że nie została spełniona przesłanka pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa zakładająca, że tajemnicą może być tylko informacja, która nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 września 2023 r., XXIII Zs 46/23, „Decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom

¹ https://pl.wikipedia.org/wiki/Solaris_Urbino_12_hydrogen

² https://www.solarisbus.com/public/assets/content/pojazdy/Katalogi_2023/PL_Zeroemisyjne_1920_x_1080.pdf?_gl=1*ugqte9*_up*MQ..*_ga*NDIwMTE0NjU5LjE3MzQ5NDE4NzE.*_ga_JKWEFR8KTK*MTczNDk0MTg3MC4xLjEuMTczNDk0MTg3Ni4wLjAuMA

przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Bez wątpienia tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość na rynku”.

Ponadto, wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzegł informacje dotyczące zużycia energii elektrycznej przez autobus wodorowy w warunkach ruchu miejskiego, stanowiące pozostały parametr podlegający ocenie ujęty w załączniku nr 3 do SWZ, tj. Formularzu Ofertowym. Zamawiający żądał wskazania poziomu zużycia energii elektrycznej.

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

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

Należy również zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt KIO/KU 39/18. KIO w uchwale oceniała zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli Prezesa UZP dotyczącego postępowania na dostawę 50 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej. Po przeprowadzeniu kontroli Prezes UZP stwierdził naruszenie polegające na zaniechaniu przez zamawiającego odtajnienia m. in. informacji technicznych zawartych w dokumentach świadectw homologacji, wyników testów SORT, rysunków technicznych, opisów technicznych autobusów ze względu na unikalność zastosowanych rozwiązań techniczno - konstrukcyjnych. Izba nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego i w uzasadnieniu wskazała: „Część z informacji ze stron 9-12 oferty miało wskazywać na posiadanie przez oferowane autobusy parametrów wymaganych przez zamawiającego, a ponadto niektóre z nich miały wpływ na pozacenowe kryteria oceny ofert. Należy również zauważyć, że przedłożenie raportu drogowego zużycia paliwa wg testu SORT 2 dla oferowanych autobusów, wykonanego wg wytycznych UITP (International Association of Public Transport) przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą upoważnioną do wykonywania takiego testu celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, jest zgodne z wytycznymi, zawartymi w dokumencie „ZIELONE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE - DOBRA PRAKTYKA” (...). Powyższe informacje są istotne, i równocześnie podstawowe dla oceny, czy zaoferowane autobusy odpowiadają wymogom zamawiającego. Zastrzeżenie przez wykonawcę w szczególności tego rodzaju informacji jako poufne nie może mieć jedynie na celu uniemożliwienia potencjalnym konkurentom weryfikacji, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)”

Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi „wykazać”, że taką informację rzeczywiście stanowią. W ocenie składu orzekającego wykonawca w kontrolowanym postępowaniu obowiązkowo wykazania, że informacje ze stron 7-12 oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął”.

Powyższe orzeczenia KIO potwierdzają zasadność stwierdzenia, że w kontrolowanej sprawie wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. niezasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące zużycia energii elektrycznej przez autobus oraz pozostałe parametry zaoferowanego autobusu wodorowego.

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

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

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

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

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

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

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

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

- Część Formularza Ofertowego z zakresie zużycia energii elektrycznej przez autobus wodorowy w warunkach ruchu miejskiego (załącznik nr 3 do SWZ),
- Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia, wymagane przez zamawiającego (załącznik nr 11 do SWZ).

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

Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji złożonych wraz z ofertą, wskazał, iż zastrzega tajemnicą przedsiębiorstwa Podstawowe informacje o oferowanym przedmiocie zamówienia (załącznik nr 11 do SWZ) oraz Pozostałe parametry podlegające ocenie wyszczególnione w Formularzu Ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ).

Wykonawca w uzasadnieniu wskazał, iż „Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Jednocześnie Wykonawca (jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji i rozporządzania nimi) przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wiedzę w zakresie danych ujętych w części zastrzeżonej oferty posiadają jedynie osoby zaangażowane w procesy wewnętrzne Wykonawcy oraz biorące udział w wycenie oferty, zobligowane do zachowania w poufności wszystkich informacji związanych z przedmiotem zamówienia (...). Dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Dokumenty oraz informacje dotyczące przedmiotowego postępowania są umieszczone na zabezpieczonej przestrzeni dyskowej, a dostęp do nich wymaga posiadania autoryzacji. (...)

Wykonawca wskazuje, 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”.

Oceniając złożone uzasadnienie, należy podkreślić, iż powyższe informacje stanowią wypełnione formularze sporządzone przez zamawiającego, które wymagały jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez zamawiającego. Dane te nie pochodziły od wykonawców i nie stanowiły ich unikalnego know-how bowiem były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, których potwierdzenie spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, mogącej spowodować szkodę dla wykonawcy.

Ponadto, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów jest bardzo ogólne, lakoniczne. Wykonawca przede wszystkim wykląda pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uzkn. Wykonawca nie odnosi zastrzeżonych informacji do informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Uzasadnienie dotyczy łącznie zastrzeżonych dokumentów i informacji bez odniesienia do poszczególnych wartości i parametrów. Trudno zatem uznać, że wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, zastrzeżony załącznik nr 11 do SWZ, stanowiący zestawienie podstawowych informacji o oferowanym pojeździe zawiera nazwy producenta i typu dla 32 elementów konstrukcyjnych pojazdu. Należy zauważyć, że informacje o tym, że wykonawca PAK PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. korzysta z podzespołów niektórych z tych producentów, dostępne są w domenie publicznej na stronach internetowych pod hasłem *NesoBus 12*³.

Na portalu tym zawarty jest opis techniczny tego modelu. Wskazani są tam producenci: elektrycznego układu napędowego, osi, układu kierowniczego, jak również typ baterii trakcyjnych zastosowanych w *NesoBus 12* zaoferowanym w kontrolowanym postępowaniu.

Jednocześnie, sam wykonawca PAK PCE Autobus Wodorowy Sp. z o.o. udostępnia na swojej stronie internetowej folder, pn. Specyfikacja techniczna: *NesoBus 12*⁴, stanowiący obszerny opis przedmiotowego modelu. W folderze podaje nazwy producentów, rozwiązania techniczne w zakresie stosowanych silników, zbiorników wodoru, baterii, rozwiązań montażowych podwozia oraz nadwozia, liczby miejsc w autobusie, stosowanych rozwiązań w zakresie klimatyzacji oraz ogrzewania oraz wyposażenia.

Co istotne, w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2023 r., KIO 213/23, orzeczono następująco: „Informacja powinna zostać uznana za jawną, jeśli jest "łatwo dostępna" dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji. Informacja

³<https://www.mkm.szczecin.pl/encyklopedia/nesobus12>

⁴https://www.nesobus.pl/bin/e4daee406027768b810a49465a350209/Specyfikacja_tekniczna_NesoBus_12.pdf

nie traci jednak poufnego charakteru, jeśli dysponuje nią wielu konkurentów. Stan tajemnicy ustaje dopiero wówczas, gdy informacja została ujawniona w taki sposób, że każdy zainteresowany może się z nią zapoznać bez uzyskania zgody”.

Ponadto, przywołując stanowisko zawarte w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r., KIO 1210/23, „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. 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”.

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, iż wykonawca niezgodnie z rzeczywistością wskazał zatem w uzasadnieniu, że „Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Jednocześnie Wykonawca (jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji i rozporządzania nimi) przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Wiedzę w zakresie danych ujętych w części zastrzeżonej oferty posiadają jedynie osoby zaangażowane w procesy wewnętrzne wykonawcy oraz biorące udział w wycenie oferty, zobligowane do zachowania w poufności wszystkich informacji związanych z przedmiotem zamówienia”.

Wobec faktu, że wykonawca zastrzegł dane, które są dostępne publicznie w Internecie, należy stwierdzić, że nie została spełniona przesłanka pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa zakładająca, że tajemnicą może być tylko informacja, która nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Zastrzeżenie tajemnicy Arthur Bus Sp. z o.o.

Wykonawca Arthur Bus Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególne informacje zawarte w dokumencie, który należało złożyć wraz z ofertą, tj. w załączniku nr 11 do SWZ, tj. Podstawowe informacje o przedmiocie zamówienia. Wykonawca wraz z ofertą złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych w dokumencie informacji wskazując, iż *„Parametry techniczne oferty, w tym opis oferowanych pojazdów, aranżacja wnętrza, przestrzeni pasażerskiej, dane techniczne pojazdu: typ osi, silniki, układ elektryczny, dane techniczne układu napędowego, zbiorników wodoru, ogniwa wodorowego,*

baterii, sprężarki, układu ogrzewania i klimatyzacji, układu trakcyjnego (w tym jego rozmieszczenie w pojeździe), wyposażenie dodatkowe pojazdu - stanowią dane techniczne i technologiczne i w określonej konfiguracji, posiadają określoną wartość gospodarczą.

Wartość gospodarcza odpowiedniego doboru/konfiguracji/ułożenia danych technicznych w autobusie, przejawia się w umiejętności Wykonawcy do zaoferowania takiego układu tych urządzeń, aby spełnić nie tylko minimalne wymagania stawiane przez Zamawiającego, ale przede wszystkim zoptymalizować rozwiązania techniczne i technologiczne oraz złożyć najbardziej konkurencyjną ofertę w postępowaniu."

Odnosząc się do powyższego fragmentu uzasadnienia, należy podkreślić, iż informacje te stanowią wypełnione formularze sporządzone przez zamawiającego, które wymagały jedynie potwierdzenia spełnienia poszczególnych parametrów opisanych przez zamawiającego. Dane te nie pochodziły od wykonawców i nie stanowiły ich unikalnego know-how bowiem były to podstawowe parametry autobusów oczekiwane przez zamawiającego, których potwierdzenie spełnienia nie stanowi ujawnienia informacji technicznej wykonawcy, mogącej spowodować szkodę dla wykonawcy.

Ponadto, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych informacji jest bardzo ogólne, można je odnieść do wielu postępowań w udzielenie zamówienia publicznego w zakresie dostaw autobusów. Wykonawca powinien skupić się na zastrzeżeniu konkretnych, zindywidualizowanych informacji (np. wyłącznie określonych danych liczbowych). W uzasadnieniu wykonawca przede wszystkim wykląda pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W zakresie zastrzegania informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, szczególnie istotną kwestię stanowi zasadność przygotowania możliwie jak najbardziej zindywidualizowanej treści uzasadnienia zastrzeżenia (wraz z dowodami) wykazującego łączne spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk w stosunku do konkretnej, wyselekcjonowanej informacji podlegającej zastrzeżeniu, której u wykonawcy zabrakło. Zastrzeżenie w miarę możliwości powinno zostać przygotowane na potrzeby zastrzeżenia konkretnie określonej informacji. Załączone do przedmiotowego postępowania uzasadnienie jest ogólne, uniwersalne i może być wykorzystane w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie zasadności zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest ściśle powiązane z zasadnością przygotowania uzasadnienia zastrzeżenia odrębnego i zindywidualizowanego dla każdej z poszczególnych informacji podlegających zastrzeżeniu.

Analizując przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę Arthur Bus Sp. z o.o., należało by zaznaczyć, iż w odniesieniu do przesłanki nr 2 (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) i przesłanki nr 3 (podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu

należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności) wykonawca uczynił zadość spełnieniu powyższych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Natomiast odnosząc się do przesłanki nr 1 z art. 11 ust. 2 uznk (informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą) brak indywidualnego uzasadnienia przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia spełnienia powyższej przesłanki w stosunku do konkretnych informacji stanowi przyczynę odmowy przyznania danej informacji charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zastrzeżenie tajemnicy jest skuteczne jedynie w sytuacji, gdy wszystkie przesłanki art. 11 uznk są spełnione łącznie.

Wykonawca Arthur Bus Sp. z o.o. nie odnosi zastrzeżonych informacji do informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Uzasadnienie dotyczy łącznie zastrzeżonych dokumentów i informacji bez odniesienia do poszczególnych wartości i parametrów. Trudno zatem uznać, że wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Należy podkreślić, iż jedną z naczelnych zasad Prawa Zamówień Publicznych jest zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia” czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r., KIO 674/23), a czego zgodnie z powyższą argumentacją wykonawca nie dowiódł.

Analizując uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę Arthur Bus Sp. z o.o., należy zaznaczyć, iż wykonawca nie dopełnił obowiązku udowodnienia, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę gospodarczą.

Uzasadnienie, złożone przez ww. wykonawcę nie spełnia przesłanki przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zawiera konkretnych odniesień do zastrzeganych wartości i pozycji Załącznik nr 11 do SWZ. Samo zapewnienie przez wykonawcę, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach mają wartość gospodarczą, nie jest elementem wystarczającym, aby zakwalifikować, że informacje te mają wartość gospodarczą.

Ponadto, wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. Przepis ten nakłada na wykonawcę 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. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. 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 uznk, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo, w ślad za orzeczeniem KIO z dnia 1 sierpnia 2022 r., KIO 1845/22, celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd też o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane

ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji dokumentów złożonych w postępowaniu. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jak wielokrotnie podkreślano-jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie można traktować uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu.

Podsumowując, należy dodać, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., KIO 679/23). Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawianych w postępowaniu, jako wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco.

Jak wskazano w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2024 r., KIO 1902/24, „Wyłączenie czy też ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Prawo wykonawców do utajnienia niektórych informacji, wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może uchybiać zasadzie jawności, która w praktyce przejawia się wzajemną kontrolą przez podmioty konkurujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

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

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.