



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ4.440.120.2024.KC

dot. KU/116/24/DKZP

Warszawa, dnia 07.02.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. ul. Bolesława Prusa 75-79 50 – 316 Wrocław
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	Dostawa autobusów elektrycznych o napędzie zeroemisyjnym wraz z systemami ich ładowania dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu wraz z prawem opcji
Wszczęcie postępowania:	22.04.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	242243-2024, numer wydania Dz. Urz. UE: S: 81/2024
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Wartość zamówienia:	79 083 300,00 zł, co stanowi równowartość 17 054 473,70 euro, w tym wartość zamówienia podstawowego - 39 253 400,00 zł co stanowi równowartość 8 465 075,15 euro oraz wartość zamówienia objętego prawem opcji 39 829 900,00 zł, co stanowi równowartość 8 589 398,55 euro
Środki UE:	postępowanie jest finansowane w ramach Umowy o objęcie przedsięwzięcia wsparciem bezzwrotnym z planu rozwojowego nr 329/2024/Wn01/OA-tp/D – przedsięwzięcie pn. „Dostawa autobusów zeroemisyjnych wraz z wykonaniem

niezbędnej infrastruktury technicznej dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu” - w ramach Inwestycji: G 1.3.2 Zeroemisyjny transport zbiorowy (autobusy) Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

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

- 1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), poprzez uznanie informacji zawartych w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV, tj. tabeli Podstawowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe) oraz tabeli Podstawowe parametry techniczne autobusów EV MAXI (zamówienie objęte prawem opcji), złożonych przez wykonawcę Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. oraz dokumentów/informacji wykonawcy Daimler Buses Polska Sp. z o.o., za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tych wykonawców, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia.

UZASADNIENIE

1. 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 r. 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 zastrzegł informacje podane w załącznikach do formularza oferty:

- a) Rysunek wymiarów zewnętrznych oferowanego autobusu EV MEGA i EV MAXI (przód, tył, strona lewa i strona prawa);
- b) Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu EV i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich autobusu EV MEGA i EV MAXI;
- c) Rozmieszczenie kasowników autobusu EV MEGA i EV MAXI;

- d) Podstawowe parametry techniczne oferowanych elektrycznych autobusów;
- e) Podstawowe parametry techniczne oferowanego Systemu wolnego ładowania oraz Stanowiska szybkiego ładowania;
- f) Podstawowe parametry techniczne ładowarek mobilnych; Oświadczenia wykonawcy/wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia dotyczące okoliczności wskazanych w art. 5 k rozporządzenia 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie zgodnie z załącznikiem nr 8a do SWZ - informacje na temat dostawcy;
- g) Załączniki do niniejszego pisma - dowody od nr 1 do nr 6.

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

„I. Tajemnica przedsiębiorstwa

Wykonawca wskazuje, iż informacje zawarte w dokumentach wskazanych w lit. a – g) powyżej oraz w załącznikach do niniejszego pisma (lit. h) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), dalej: „Uznk”. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 Uznk: „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”.

Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika zatem, że za taką tajemnicę może być uznana informacja, która spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny i posiada wartość gospodarczą,*
- b) nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze),*
- c) podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę spełniają wszystkie ze wskazanych wyżej warunków.

II. Charakter zastrzeżonych informacji. (...).

c) Podstawowe parametry techniczne oferowanych elektrycznych autobusów, Podstawowe parametry techniczne oferowanego Systemu wolnego ładowania oraz Stanowiska szybkiego ładowania, Podstawowe parametry techniczne ładowarek mobilnych

Zaznaczyć trzeba, że każdy z pojazdów (w tym również infrastruktura ładowania) oferowanych przez Wykonawcę w przetargach jest nieco inny. Można wręcz stwierdzić, że nie oferuje się identycznych pojazdów różnym zamawiającym. Każdy z nich ma bowiem swoje wymagania i każdy z nich dysponuje innym zasobem środków, które zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Podkreślenia wymaga, że wartość gospodarczą dla Wykonawcy ma dokumentacja jako całość, a więc kompletne rozwiązanie

oferowane konkretnemu zamawiającemu. Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala Wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich i nie tylko. Powyższe dokumenty stanowią odzwierciedlenie osiągnięć i parametrów zaoferowanych pojazdów oraz infrastruktury ładowania, zapewniając istotne informacje o ich funkcjonowaniu, stanowią zasób wiedzy technicznej i know-how a co za tym idzie zasługują na daleko idącą ochronę. Dobór materiałów i rozwiązań jest wynikiem wieloletnich doświadczeń i znacznych nakładów pracy nad oferowanymi produktami i stanowi podlegającą należytej ochronie własność Wykonawcy. Wartość gospodarcza ww. danych przejawia się w możliwości ofertowania pojazdów jak najbardziej optymalnych w zestawieniu cena – jakość. Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, ujawniałoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy, rodzaj materiałów wykorzystanych do produkcji autobusu, a nawet bazę dostawców czy pracochłonność procesów, powodując możliwość zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy. Wiedza na temat osiągnięć i parametrów zaoferowanych pojazdów oraz infrastruktury ładowania jest istotną informacją techniczną (szczególnie dla konkurencji) o budowie i funkcjonowaniu pojazdów marki Solaris. Wyżej wymienione informacje zasługują na daleko idącą ochronę jako informacje stanowiące również wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że wartość gospodarczą dla Wykonawcy ma dokumentacja jako całość, a więc kompletne rozwiązanie oferowane konkretnemu zamawiającemu. Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala Wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów. Pełni także rolę strategiczną - umożliwiając zdobycie przewagi konkurencyjnej nie tylko w toczącym się postępowaniu, a także w podobnych postępowaniach toczących się równolegle i w przyszłości. W konsekwencji utajnienie ww. danych na etapie toczącego, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania przetargowego, jest kluczowe dla zachowania konkurencyjności oferty w innych przyszłych postępowaniach przetargowych.(...).

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

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

- a) Rysunek wymiarów zewnętrznych oferowanego autobusu EV MEGA (przód, tył, strona lewa i strona prawa);
- b) Rysunek wymiarów zewnętrznych oferowanego autobusu EV MAXI (przód, tył, strona lewa i strona prawa);
- c) Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu EV MEGA i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich;
- d) Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu EV MAXI i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich;

- e) wypełniony pkt IX w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV MEGA;
- f) wypełniony pkt IX w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV MAXI (ZAMÓWIENIE OBJETE PRAWEM OPCJI);
- g) wypełniony pkt X w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Podstawowe parametry techniczne oferowanego Systemu wolnego ładowania oraz Stanowiska szybkiego ładowania;
- h) wypełniony pkt XI w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Podstawowe parametry techniczne oferowanych ładowarek mobilnych.

W piśmie z dnia 13.08.2024 r. wykonawca uzasadnił zastrzeżenie powyższych informacji wskazując m. in.: „*WARTOŚĆ GOSPODARCZA INFORMACJI*

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

2. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż dyspozycja zawarta w treści art. 11 ust. 4 Znk stanowi katalog o charakterze otwartym i od indywidualnej oceny danego przypadku powinno zależeć przyznanie danej informacji statusu tajemnicy przedsiębiorstwa². Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu nowelizacji przepisów Znk z dnia 5 lipca 2002 r. (na podstawie której zastąpiono istniejące dotychczas enumeratywne wyliczenie informacji mogących być uznanymi za tajemnice przedsiębiorstwa katalogiem otwartym): „W przepisach tych [tzn. komentowanej ustawy - autor] rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy”.

3. Ujawnione przez Wykonawcę informacje odnoszą się do procesu produkcyjnego (część z nich została sporządzona na potrzeby Postępowania). Wśród nich znajdują się informacje techniczne donoszące się wprost do dokumentacji technicznej, homologacji i procesu produkcyjnego. Stanowią one efekt wdrożenia przez Wykonawcę autorskich, chronionych prawnie rozwiązań technicznych i technologicznych.

4. Zasadność ujawniania dokumentów odnoszących się do procesu produkcyjnego została potwierdzona w orzecznictwie sądów powszechnych. W orzeczeniu z dnia 13 lutego 2014 r.³ Sąd Najwyższy stwierdza: „Na tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczącą produkcji określonego urządzenia może składać się i zazwyczaj się składa wiedza i doświadczenie, które obejmują cały zespół elementów tworzących proces

¹ Por. komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, J. Szwejda, Sołtysiński, Gogulski, wydanie 3, Warszawa 2013

² Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 745/08

³ Sygn. V CSK 176/13

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

5. Na uwagę zasługuje również, że przedkładane w toku postępowania informacje winny być interpretowane łącznie, przy uwzględnieniu ich kompleksowego charakteru. W wyroku z dnia 1 marca 2010 r.⁴ zwraca na to uwagę Izba: „Informacje zawarte w ww. załącznikach należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje powyższe, jako zbiór ściśle powiązanych ze sobą danych stanowią informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia i w tym aspekcie z pewnością przedstawiają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy”.

II. NIEUJAWNIE NIE INFORMACJI DO WIADOMOŚCI PUBLICZNEJ

6. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r.⁵ „Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do informacji publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna”. Wykonawca oświadcza, iż wymienione w zaprezentowanej powyżej liście dokumenty nie były i nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, czemu Wykonawca dał wyraz w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla osób mających do nich dostęp (oraz podjął szereg czynności służących ich ochronie, o czym mowa w pkt. III pisma).

7. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników Wykonawcy, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w przywołanym już wyroku „tajemnica nie traci swojego charakteru, gdy wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji, w tym – kontrahenci przedsiębiorcy”. Na uwagę zasługuje, że nie jest możliwe zapoznanie się z przedmiotowymi informacjami zwykłą, prawnie dozwoloną drogą (wykazanie, iż w taki sposób możliwe jest uzyskanie dostępu do informacji pozbawia je ochrony prawnej⁶).

III. DZIAŁANIA PODJĘTE W CELU ZACHOWANIA POUFNOŚCI INFORMACJI

8. Ostatnią przesłanką warunkującą uznanie danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę działań zmierzających do zachowania jej poufności.

⁴ Sygn. KIO/UZP 6/10

⁵ Sygn. I CKN 304/00

⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. I ACa 968/11

Na wstępie zaznaczyć należy, iż ustawodawca w żaden sposób nie precyzuje form, jakie przybrać powinny zmierzające do zachowania poufności działania przedsiębiorcy. Zdaje się więc nie budzić wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorcy w kontekście art. 11 ust. 4 Znk oceniać należy przez pryzmat celu, jaki tej normie przyświeca. Tym natomiast jest uniemożliwienie, aby chroniona informacja dotarła do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony⁷.

9. W jednym ze swoich wyroków Sąd Najwyższy poddał analizie dyspozycję art. 11 ust. 4 Znk w kontekście spoczywających na przedsiębiorcy obowiązków i stwierdził, iż ani z treści tego przepisu, ani z całokształtu Porozumienia w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (zbiór europejskich standardów w zakresie uczciwej konkurencji, dalej jako „TRIPS”) nie wynika, jakim działaniom ochronnym muszą zostać poddane tajemnice przedsiębiorstwa, aby można było traktować je jako poufne. Sąd Najwyższy wskazuje ponadto: „W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być <odpowiednie> (art. 11 ust. 4 Uznk), <rozsądne w danych okolicznościach> (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku”⁸. Przyjąć więc należy, iż to do przedsiębiorcy należy wybór takich środków zaradczych, aby zagwarantować, iż informacje, których jawność chce ograniczyć pozostaną niedostępne bez podjęcia specjalnych, ukierunkowanych na ich odtajnienie, działań.

10. Wykonawca oświadcza, że podejmuje stałe i konsekwentne działania mające na celu zachowanie poufności informacji posiadających wartość gospodarczą. Jako członek międzynarodowego koncernu Wykonawca zobowiązany jest do stosowania zbioru zasad wiążących cały koncern, którego istotną część stanowią regulacje dotyczące zachowania poufności, ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i nieudostępniania ich osobom trzecim. Wykonawca przewidział również na szczeblu „krajowym” szereg rozwiązań mających sprzyjać ochronie informacji. Jak wspomniano powyżej dostęp do nich posiada jedynie wąska grupa osób zaangażowanych bezpośrednio w procesy produkcyjne lub ofertowe. Pracownicy ci zostali zobowiązani do nierozpowszechniania wartościowych informacji. Każdego pracownika spółki Daimler Buses Polska Sp. z o.o. obowiązuje umowa dotycząca zachowania poufności. Ponadto, dokumentacja techniczna oferowanych autobusów jest przechowywana tylko w formie elektronicznej i zabezpieczona na serwerze firmowym. System plików oparty jest o bazy danych i dostęp do niego jest możliwy tylko poprzez odpowiednie oprogramowanie. Oprogramowanie umożliwia podgląd i edycję plików dokumentacji technicznej tylko zalogowanym użytkownikom. Każdy użytkownik posiada indywidualny login oraz hasło. Ponadto, zgodnie z polityką firmy dokumentacja techniczna stanowi know-how i jest zawsze opatrzona klauzulą poufności. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż wszelkie informacje tego typu są regularnie zastrzegane w ofertach składanych w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Ponadto wspomnieć należy, iż w przypadku zawierania umów z kontrahentami prywatnymi (a więc w tam, gdzie Wykonawca ma wpływ na kształt umowy), zawierane są klauzule dotyczące poufności i zakazu rozpowszechnienia informacji o charakterze technicznym. Podkreślenia wymaga, że wszelkie wskazane okoliczności dotyczą w takim samym stopniu obu podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie stanowiące przedmiot Postępowania.

⁷ Por. wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. I CKN 304/00

⁸ Wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. V CSK 444/06

11. Wymienione powyżej działania jednoznacznie uniemożliwiają osobom niepożądanym uzyskanie dostępu do informacji posiadających wartość gospodarczą. Zupełnie na marginesie podnosimy, że Wykonawca nie jest w stanie poprzeć tezy o braku ujawnienia informacji chronionych do publicznej wiadomości dowodami, oznaczałoby to bowiem wykazanie dowodem okoliczności negatywnych, co, jak podnosi w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy jest właściwie niemożliwe: „Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną”⁹.

Jak wynika z powyższego wszystkie przesłanki, o których mowa w treści art. 11 ust. 4 Znk zostały spełnione, co czyni ochronę utajnionych przez Wykonawcę informacji zasadną. Upublicznienie ich może narazić Wykonawcę na bliżej nieokreślone straty.”

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej pismem z dnia 13.01.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy badano skuteczność zastrzeżenia przez wykonawców informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wykonawca w sposób prawidłowy zastrzegł ww. dokumenty.

W odpowiedzi na wezwanie, zamawiający w piśmie z dnia 17.01.2025 r., wyjaśnił m.in. „Odnosnie zastrzeżenia przez wykonawców: Daimler Buses Polska Sp. z o.o. oraz SOLARIS Bus&Coach Sp. z o.o. części informacji zawartych w dokumentach złożonych wraz z ofertą jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający na etapie badania ofert zbadał zasadność zastrzeżenia w obu przypadkach i uznał, iż zastrzeżonym informacjom przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z zapisami ustawy, Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeże, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz wykaże, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z zapisami SWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania, wykonawca, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa, winien wykazać łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 pkt. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym „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”, tj.:

- 1) charakter informacji (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą) oraz ich wartość gospodarczą;
- 2) niejawni charakter informacji;
- 3) podjęcie środków mających na celu zachowanie informacji w poufności.

⁹ Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2003 r., sygn. II CKN 1409/2000

Dodatkowo, Zamawiający wymagał, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były zawarte w osobnym, podpisanym podpisem elektronicznym, pliku i by zawierały wyraźne zastrzeżenie (np. w nazwie pliku), że nie mogą być udostępniane.

Wykonawca po pierwsze powinien uzasadnić, że przedmiotem zastrzeżonych informacji są informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

W uzasadnieniu zastrzeżenia, Wykonawcy (Daimler Buses Polska Sp. z o.o. jak i SOLARIS Bus & Coach Sp. z o.o.) wykazali spełnianie tej przesłanki. Wykonawcy wskazali, że zastrzeżone i utajnione zostały przez Wykonawców informacje odnoszące się do procesu produkcyjnego (część z nich została sporządzona na potrzeby postępowania). Wśród nich znajdują się informacje techniczne donoszące się wprost do dokumentacji technicznej, homologacji i procesu produkcyjnego jak też, że stanowią one efekt wdrożenia przez Wykonawcę autorskich, chronionych prawnie rozwiązań technicznych i technologicznych.

Wykonawcy wykazali także spełnienie drugiej i trzeciej przesłanki przewidzianej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarówno Daimler Buses Polska Sp. z o.o. jak i SOLARIS Bus&Coach Sp. z o.o. wskazali, że informacje przekazane w wyjaśnieniach nie są powszechnie dostępne oraz zastosowane zostały procedury wewnętrzne służące utrzymaniu w tajemnicy tych danych.

Po dokonaniu analizy uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, spełniających wszystkie przesłanki wyrażone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający nie miał wątpliwości, że tajemnica przedsiębiorstwa została skutecznie zastrzeżona przez obu Wykonawców i nie mógł podjąć innej decyzji, niż tej o uznaniu zastrzeżeń części przekazanych informacji dotyczących złożonych ofert, jako skutecznych.”

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

Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Zasady jawności

i przejrzystości postępowania, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując pełną wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać zatem spełniona przesłanka formalna i materialna.

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

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

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

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

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

Wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego pkt IX Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV, tj. tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA

(zamówienie podstawowe) oraz tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV MAXI (zamówienie objęte prawem opcji).

Należy zauważyć, że zastrzeżone dokumenty w postaci podstawowych parametrów technicznych oferowanych elektrycznych autobusów - 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 „Przekazanie powyższych danych konkurencji, mającej na co dzień styczność z projektowaniem i wytwarzaniem pojazdów, ujawniałoby proces technologiczny stosowany w przedsiębiorstwie Wykonawcy, rodzaj materiałów wykorzystanych do produkcji autobusu, a nawet bazę dostawców czy pracochłonność procesów, powodując możliwość zaczerpnięcia wiedzy przez konkurencję z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy.” Nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem, ponieważ w żadnym z ww. dokumentów nie jest opisany ani wyjaśniony proces konstrukcji pojazdu, nie przedstawiono również technologii produkcji autobusu czy też jego kluczowych części. Dokumenty te zawierają wyłącznie oświadczenie co do posiadania lub nie danego parametru, ewentualnie wskazanie konkretnych danych liczbowych. Z kolei dane, które wykonawca wpisywał samodzielnie, stanowią podstawowe dane techniczne pojazdu, które z pewnością nie ujawniają procesu technologicznego stosowanego w przedsiębiorstwie wykonawcy. Należy zauważyć, że tabele nie zawiera żadnych danych o charakterze technicznym, czy też organizacyjnym wykonawcy.

Należy zauważyć, że opisy techniczne autobusów *Solaris Urbino 18 electric*¹⁰ oraz *Solaris Urbino 12*¹¹ dostępne są w domenie publicznej na stronach internetowych, chociażby na stronie pl.wikipedia.org ww. pod hasłami. Ponadto, Solaris podaje specyfikację techniczną oraz rysunki techniczne autobusów Solaris Urbino 18 electric oraz Solaris Urbino 12 electric w swoim katalogu pt.: *NAPĘDY ZEROEMISYJNE Katalog produktowy 2023* zamieszczonym na swojej stronie internetowej¹². W związku z powyższym niezasadne jest uzasadnienie, iż „Bez wątpienia 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.

Zastrzeżona tabela Podstawowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe) oraz tabela Podstawowe parametry techniczne autobusów EV MAXI

¹⁰ https://pl.wikipedia.org/wiki/Solaris_Urbino_18_electric

¹¹ https://pl.wikipedia.org/wiki/Solaris_Urbino_12

¹²

https://www.solarisbus.com/public/assets/content/pojazdy/Katalogi_2023/PL_Zeroemisyjne_1920_x_1080.pdf?gl=1*ugqte9*up*MQ.*ga*NDIwMTE0NjU5LjE3MzQ5NDE4NzE.*ga_JKWWEFR8KTK*MTczNDk0MTg3MC4xLjEuMTczNDk0MTg3Ni4wLjAuMA

(zamówienie objęte prawem opcji) zawiera podstawowe wymiary oferowanego modelu pojazdu, które są dostępne na rysunkach technicznych w katalogu. Specyfikacja techniczna jest powszechnie dostępna w Internecie i publikowana przez samego wykonawcę na jego stronie internetowej. Wykonawca podaje te informacje we wspomnianym wyżej katalogu pt.: *NAPĘDY ZEROEMISYJNE Katalog produktowy 2023*. Na stronie zostały opisane dane dotyczące układu napędowego, podwozia, nadwozia, ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji oraz instalacji elektrycznej. Wykonawca opublikował również na swojej stronie dokumenty pn. *Dane techniczne – Solaris Urbino 18 electric*¹³ oraz *Dane techniczne – Solaris Urbino 12 electric*¹⁴ zawierające m. in. wymiary pojazdu, oś przednią, oś napędową, baterię, napęd elektryczny, liczbę siedzeń, czy układ drzwi. Podstawowe dane techniczne seryjnego modelu Solaris Urbino 18 electric oraz Solaris Urbino 12 electric nie są zatem tajemnicą – wiedza o nich jest powszechnie dostępna. Na wyżej wymienionych stronach internetowych zawarte są specyfikacje techniczne tych pojazdów oraz wymiary tych modeli.

Podsumowując, Zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawcę Solaris w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe) oraz tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV MAXI (zamówienie objęte prawem opcji).

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

Wykonawca Daimler zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- Rysunek wymiarów zewnętrznych oferowanego autobusu EV MEGA (przód, tył, strona lewa i strona prawa),
- Rysunek wymiarów zewnętrznych oferowanego autobusu EV MAXI (przód, tył, strona lewa i strona prawa),
- Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu EV MEGA i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich,
- Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu EV MAXI i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich,
- wypełniony pkt IX w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV MEGA,
- wypełniony pkt IX w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV MAXI (ZAMÓWIENIE OBJĘTE PRAWEM OPCJI),
- wypełniony pkt X w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Podstawowe parametry techniczne oferowanego Systemu wolnego ładowania oraz Stanowiska szybkiego ładowania,

¹³

https://www.solarisbus.com/public/assets/Biuro_prasowe/2023_03_27_Elektro2023/Dane_techiczne_Solaris_Urbino_18_electric.pdf

¹⁴

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

- wypełniony pkt XI w Załączniku nr 3.1. do formularza ofertowego Podstawowe parametry techniczne oferowanych ładowarek mobilnych.

Wykonawca dołączył do oferty uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia.

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

Wykonawca Daimler nie omówił i nie wykazał wartości w sposób konkretny w odniesieniu do każdego zastrzegane dokumentu. W uzasadnieniu wykonawca wskazuje, że zastrzegane informacje dotyczą procesu produkcyjnego oraz że są to informacje o charakterze technicznym. Jednakże, ze względu na znaczną liczbę zastrzeganych dokumentów i ich różnorodność, ogólne twierdzenia o charakterze tych informacji i ich wartości gospodarczej są niewystarczające. W przedłożonym uzasadnieniu wykonawca Daimler zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, których zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy Daimler udziału w kolejnych postępowaniach. Wykonawca nie wykazał, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek wykonawcy dotyczyło.

Odnosząc się do uzasadnienia wykonawcy należy zauważyć, że zastrzeżone dokumenty w postaci podstawowych parametrów technicznych oferowanych elektrycznych autobusów - 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 „*Utajnione przez Wykonawcę informacje odnoszą się do procesu produkcyjnego (część z nich została sporządzona na potrzeby Postępowania). Wśród nich znajdują się informacje techniczne donoszące się wprost do dokumentacji technicznej, homologacji i procesu produkcyjnego. Stanowią one efekt wdrożenia przez Wykonawcę autorskich, chronionych prawnie rozwiązań technicznych i technologicznych.*” Ponadto „*Wykonawca oświadcza, iż wymienione w zaprezentowanej powyżej liście dokumenty nie były i nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, czemu Wykonawca dał wyraz w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla osób mających do nich dostęp (oraz podjął szereg czynności służących ich ochronie, o czym mowa w pkt. III pisma).*” Nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem, ponieważ w żadnym z ww. dokumentów nie jest opisany ani wyjaśniony proces konstrukcji pojazdu, nie przedstawiono również technologii produkcji autobusu czy też jego kluczowych części. Dokumenty te zawierają wyłącznie oświadczenie co do posiadania lub nie danego parametru, ewentualnie wskazanie konkretnych danych liczbowych. Z kolei dane, które wykonawca wpisywał samodzielnie, stanowią podstawowe dane techniczne pojazdu, które z pewnością nie ujawniają procesu technologicznego stosowanego w przedsiębiorstwie wykonawcy. Należy zauważyć, że tabele nie zawiera żadnych danych o charakterze technicznym, czy też organizacyjnym wykonawcy.

Wykonawca Daimler zaoferował w postępowaniu pojazd Mercedes-Benz eCitaro G, typ B628 11 oraz typ B628 10. Model eCitaro prezentowany jest na stronie internetowej producenta pod adresem https://www.mercedes-benz-bus.com/pl_PL/models/ecitaro.html W ramach opisu pojazdu producent zamieścił na tej stronie do pobrania opis danych technicznych i wyposażenia¹⁵. Opis ten zawiera szczegółowe przedstawienie dokładnych danych różnych wariantów eCitaro, w tym zaoferowanych w postępowaniu typach eCitaro (3 drzwi i G 4 drzwi). W opisie zawarto dokładne wymiary pojazdów oraz dane na temat m. in. napędu, układu jezdnego w tym rodzaju osi przedniej, hamowania, systemów bezpieczeństwa i wspomagania kierownicy, zdolności przewozowej, masy, ogrzewania, wentylacji i klimatyzacji. Znaczna część danych przedstawionych na stronie internetowej pokrywa się z danymi zaoferowanego pojazdu opisanymi w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe) oraz tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV MAXI (zamówienie objęte prawem opcji) oraz rysunków wymiarów zewnętrznych oferowanych autobusów. Tym samym, nie sposób uznać, aby wykonawca Daimler wykazał zaistnienie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 Uznk wskazującej, że zastrzeżeniu podlegają informacje, które „*nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób*”. Twierdzenie wykonawcy Daimler z uzasadnienia zastrzeżenia, iż „*Wykonawca oświadcza, iż wymienione w zaprezentowanej powyżej liście dokumenty nie były i nie będą ujawniane do wiadomości publicznej (...)*”, jest bezpodstawne, nie znajduje pokrycia w rzeczywistym stanie faktycznym, w związku z czym nie stanowi skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W części III uzasadnienia wykonawca Daimler odnosi się do działań podjętych w celu zachowania poufności informacji. Wykonawca wskazał m. in. że „*Jako członek międzynarodowego koncernu Wykonawca zobowiązany jest do stosowania zbioru zasad wiążących cały koncern, którego*

¹⁵ https://www.mercedes-benz-bus.com/pl_PL/models/ecitaro/facts/facts-ecitaro.html

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

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

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

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

w swoim przedsiębiorstwie - należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadnymi dowodami”

(Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r., KIO 717/23).

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

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie informacji wykonawcy Solaris Bus&Coach Sp. z o.o., w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe) oraz tabelę Podstawowe parametry techniczne autobusów EV MAXI (zamówienie objęte prawem opcji) oraz dokumentów/informacji wykonawcy Daimler Buses Polska 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Zamawiający w załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) w pkt 1.3 wskazał, iż *szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załącznikach do OPZ:*

- *Załącznik nr 2.1a do OPZ - Szczegółowe parametry techniczne autobusów EV klasy MEGA,*

(...)

- *Załącznik nr 2.7a do OPZ - Formularz Opisu Technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA,*

(...).

W Szczegółowych parametrach technicznych autobusów EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.1a do OPZ, w tabeli zawierającej wymagania dotyczące parametrów zamówienia zamieszczonej w pkt 3 doprecyzowano jak poniżej:

3 Wymagania dotyczące parametrów zamówienia

LP.	CECHA, PARAMETR	WIELKOŚĆ
1.	minimalna liczba miejsc pasażerskich siedzących w tym co najmniej: Zamawiający wymaga ogólnie min. 12 miejsc siedzących z dostępem z niskiej podłogi, w tym miejsca siedzące wykonane jako siedzenia specjalne dla pasażerów niepełnosprawnych z dostępem z niskiej podłogi zgodnie z wymaganiami załącznika nr 8 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ.	35
	siedzących i stojących ogółem uwaga: liczba miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m ² (wskaźnik napelnienia -8 osoby/m ² powierzchni podłogi S ₁ przeznaczonej dla pasażerów stojących)	110

W załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał w Formularzu Opisu Technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.7a do OPZ w tabeli wskazano m.in. na następujące parametry:

LP.	WYBRANE PARAMETRY AUTOBUSU EV	PARAMETRY OFEROWANEGO AUTOBUSU EV
4.	Liczba miejsc pasażerskich siedzących, co najmniej 35	
5.	Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75	

Wykonawca Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX. Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV (dokumenty stanowią przedmiotowy środek dowodowy), który został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tabeli dotyczącej podstawowych parametrów technicznych autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe), wskazał:

LP.	WYBRANE PARAMETRY AUTOBUSU EV	PARAMETRY OFEROWANEGO AUTOBUSU EV
4.	Liczba miejsc pasażerskich siedzących, co najmniej 35	36
5.	Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75	74

Pismem z dnia 21.01.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż wykonawca Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. zaoferował autobus spełniający parametr, tj. „Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75” wskazany w wierszu nr 5 tabeli formularza opisu technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA.

Zamawiający pismem z dnia 27.01.2025 r. (przekazanym w dniu 27.01.2025 r.) udzielił następujących wyjaśnień: „Zamawiający uznał, że wykonawca Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. zaoferował autobus spełniający parametr, tj. „Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75” wskazany w wierszu nr 5 tabeli formularza opisu technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA, ponieważ zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – Załącznik 2.1a do OPZ – pkt 3 ppkt 1, Zamawiający wymagał, aby liczba miejsc siedzących i stojących ogółem wynosiła 110 oraz wskazał minimalną liczbę miejsc pasażerskich siedzących (35):

3 Wymagania dotyczące parametrów zamówienia

LP.	CECHA, PARAMETR	WIELKOŚĆ
1.	minimalna liczba miejsc pasażerskich siedzących w tym co najmniej: Zamawiający wymaga ogólnie min. 12 miejsc siedzących z dostępem z niskiej podłogi, w tym miejsca siedzące wykonane jako siedzenia specjalne dla pasażerów niepełnosprawnych z dostępem z niskiej podłogi zgodnie z wymaganiami załącznika nr 8 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ.	35
	siedzących i stojących ogółem uwaga: liczba miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m ² (wskaźnik napelnienia -8 osoby/m ² powierzchni podłogi S ₁ przeznaczonej dla pasażerów stojących)	110

Wymagane parametry zostały spełnione przez wykonawcę Solaris Bus&Coach Sp. z o.o., który zaoferował łącznie 110 miejsc stojących i siedzących. Zaoferował także co najmniej 35 miejsc siedzących.

4.	Liczba miejsc pasażerskich siedzących, co najmniej 35	36
5.	Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75	74

Wymagana liczba miejsc pasażerskich siedzących i stojących ogółem to suma liczby miejsc pasażerskich siedzących i stojących. Zatem, w ofercie wykonawca zaoferował 36 miejsc siedzących + 74 miejsca stojące, co łącznie daje liczbę 110 miejsc ogółem – wymóg z OPZ został spełniony.

Rozbieżność pomiędzy zapisami OPZ i zapisami w tabeli formularza opisu technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA wynika z pewnego rodzaju niespójności obu dokumentów w zakresie przedstawienia parametru liczby miejsc siedzących/stojących ogółem.

Zamawiający omyłkowo podał w formularzu opisu technicznego liczbę co najmniej 75 miejsc stojących – taki wymóg nie został wskazany w żadnym innym dokumencie zamówienia i w związku z tym, Zamawiający przez swoją omyłkę nie może uznać, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tym bardziej, że warunki zamówienia określone zostały inaczej.

Pismem z dnia 30.01.2025 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w poniższym zakresie.

Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, Zamawiający w załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał w Szczegółowych parametrach technicznych autobusów EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.1a do OPZ w tabeli zawierającej wymagania dotyczące parametrów zamówienia zamieszczonej w pkt 3, tj.:

3 Wymagania dotyczące parametrów zamówienia

LP.	CECHA, PARAMETR	WIELKOŚĆ
1.	minimalna liczba miejsc pasażerskich siedzących w tym co najmniej: Zamawiający wymaga ogólnie min. 12 miejsc siedzących z dostępem z niskiej podłogi, w tym miejsca siedzące wykonane jako siedzenia specjalne dla pasażerów niepełnosprawnych z dostępem z niskiej podłogi zgodnie z wymaganiami załącznika nr 8 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ. siedzących i stojących ogółem uwaga: liczba miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m² (wskaźnik napelnienia -8 osoby/m² powierzchni podłogi S₁ przeznaczonej dla pasażerów stojących)	35 110

Zamawiający w załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał w Formularzu Opisu Technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.7a do OPZ w tabeli, tj.:

LP.	WYBRANE PARAMETRY AUTOBUSU EV	PARAMETRY OFEROWANEGO AUTOBUSU EV
4.	Liczba miejsc pasażerskich siedzących, co najmniej 35	
5.	Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75	

Zamawiający wskazał, iż załącznikami do ww. formularza jest rysunek wymiarów zewnętrznych oferowanego autobusu EV (przód, tył, strona lewa i strona prawa) oraz rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu EV i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich.

Wykonawca Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX. *Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV (dokumenty stanowią przedmiotowy środek dowodowy)*, który został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tabeli dotyczącej podstawowych parametrów technicznych autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe), wskazał w wierszu nr 5, tj. „*Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75*” parametr poniżej liczby wymaganej przez Zamawiającego.

W związku z powyższym poproszono o udzielenie wyjaśnień dlaczego Zamawiający nie dokonał poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie wykonawcy Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. parametru „*Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75*” wskazanego w wierszu nr 5 tabeli formularza opisu technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA na podstawie wyliczeń wynikających z zapisu w ww. załączniku nr 2.1a do OPZ, iż „*liczba miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m² (wskaźnik napelnienia -8 osoby/m² powierzchni podłogi S₁ przeznaczonej dla pasażerów stojących)*” oraz rysunków złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą.

Zamawiający pismem z dnia 04.02.2025 r. (przekazanym w dniu 04.02.2025 r.) udzielił następujących wyjaśnień, tj. „*Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w ofercie wykonawcy Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. parametru „Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75” wskazanego w wierszu nr 5 tabeli formularza opisu technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA na podstawie wyliczeń wynikających z zapisu w ww. załączniku nr 2.1a do OPZ, iż „liczba miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m² (wskaźnik napelnienia - 8 osoby/m² powierzchni podłogi S₁ przeznaczonej dla pasażerów stojących)*” oraz rysunków złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, z nw. powodu:

Zamawiający informuje, że nie ma możliwości wyliczenia liczby miejsc pasażerskich stojących wyłącznie na podstawie wyliczeń wynikających z zapisu w ww. załączniku nr 2.1a do OPZ, iż „liczba miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m² (wskaźnik napelnienia – 8 osoby/m² powierzchni podłogi S₁ przeznaczonej dla pasażerów stojących)” oraz rysunków złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą.

Zgodnie z zapisami w załączniku nr 2.1a, liczba miejsc pasażerskich stojących powinna być ustalona na podstawie zasad określonych w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ. Jednakże wskaźnik napelnienia, określony jako 8 osób/m² powierzchni podłogi przeznaczonej dla pasażerów stojących (S₁), stanowi jedynie jeden z parametrów koniecznych do wyliczenia liczby pasażerów (metodologia wyliczania liczby miejsc pasażerskich stojących podana w Regulaminie nr 107 EKG ONZ dotyczy jedynie maksymalnej liczby miejsc pasażerskich stojących).

Ostateczne określenie liczby miejsc pasażerskich (stojących i siedzących) wymaga jednak również uwzględnienia masy własnej pojazdu i dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu (DMC), ponieważ maksymalne napełnienie autobusu jest ograniczone nie tylko przez dostępną powierzchnię podłogi, ale także przez dopuszczalną masę całkowitą pojazdu.

Zamawiający, poza powołaniem się na przywołany Załącznik nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, wskazał także w Załączniku nr 2.1a do OPZ, w pkt 2, że oferowane autobusy EV muszą spełniać wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia. Zgodnie z tym Rozporządzeniem, w § 3. Ust. 1 pkt. 12) wskazane zostało, że dopuszczalna masa całkowita autobusu przegubowego o trzech osiach nie może przekraczać 28 ton; dopuszczalna masa całkowita pojazdu zasilanego paliwem alternatywnym może zostać powiększona maksymalnie o 1 tonę, a dopuszczalna masa całkowita pojazdu bezemisyjnego może zostać powiększona maksymalnie o 2 tony.

Zatem, samo matematyczne wyliczenie wynikające z zapisu wskazanego w tabeli nie byłoby prawidłowe, ponieważ nie jest to jedyny wskaźnik, który należy wziąć pod uwagę przy ustaleniu liczby miejsc pasażerskich w autobusach. Zamawiający, wskazał w tabeli minimalne, wymagane liczby miejsc, które są także optymalne, ponieważ, z jednej strony, zapewniają utrzymanie wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera, z drugiej zaś, nie powodują nadmiernego obciążenia autobusu.

Nawet, gdyby Zamawiający miał możliwość wyliczenia liczby miejsc pasażerskich stojących w oparciu o wskaźnik powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera oraz rysunków złożonych przez wykonawcę, Zamawiający rozważyłby możliwość dokonania poprawek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp informacji podanych przez Wykonawcę w pkt IX „Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV”, ponieważ dokument ten stanowi przedmiotowy środek dowodowy.

Przywołany artykuł ustawy mówi wprost o poprawie omyłek: pisarskich, rachunkowych lub innych w złożonej ofercie. Zamawiający, zatem, ma wątpliwość, czy na podstawie tego przepisu mógłby dokonać poprawy omyłek w przedmiotowych środkach dowodowych, które, w przypadku, gdy są składane w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, nie stanowią treści oferty.”.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Należy zauważyć, iż przepis ten został skorelowany z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie którego treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Jednocześnie, ilekroć w ustawie Pzp jest mowa o dokumentach zamówienia należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań (art. 7 pkt 3 ustawy Pzp). Ponadto, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie

zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający, badając wystąpienie przesłanki odrzucenia oferty w oparciu o podstawę określoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zobowiązany jest do zweryfikowania zawartości merytorycznej oferty, a więc zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego, zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa, w pkt IX. Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV (dokumenty stanowią przedmiotowy środek dowodowy), w tabeli dotyczącej podstawowych parametrów technicznych autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe), wskazał w wierszu nr 5: „*Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75*” parametr poniżej liczby wymaganej przez Zamawiającego, tj. 74.

Zamawiający w załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał w Szczegółowych parametrach technicznych autobusów EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.1a do OPZ w tabeli zawierającej wymagania dotyczące parametrów zamówienia zamieszczonej w pkt 3 wskazał minimalną liczbą miejsc pasażerskich siedzących, tj. 35 oraz minimalną liczbą miejsc pasażerskich siedzących i stojących ogółem, tj. 110. Ponadto, Zamawiający w załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazał w Formularzu Opisu Technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.7a do OPZ w tabeli z wybranymi parametrami autobusu EV doprecyzował liczbę miejsc pasażerskich siedzących wyrażeniem „*co najmniej 35*” oraz liczbę miejsc pasażerskich stojących - „*co najmniej 75*”. W konsekwencji wykonawca zobowiązany był do wskazania parametrów oferowanego autobusu EV wymaganych przez Zamawiającego, tj. liczby miejsc pasażerskich stojących - „*co najmniej 75*”.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, iż „*Rozbieżność pomiędzy zapisami OPZ i zapisami w tabeli formularza opisu technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA wynika z pewnego rodzaju niespójności obu dokumentów w zakresie przedstawienia parametru liczby miejsc siedzących/stojących ogółem*” nie zasługują na uwzględnienie. Pomiędzy tabelą w załączniku nr 2.1a do OPZ, a tabelą w załączniku nr 2.7a do OPZ nie występują rozbieżności. Zamawiający dookreślił minimalną liczbę miejsc pasażerskich siedzących i stojących ogółem, tj. 110 wskazaną w załączniku nr 2.1a do OPZ, w Formularzu Opisu Technicznego oferowanego autobusu EV klasy MEGA, który stanowił załącznik nr 2.7a do OPZ w tabeli z wybranymi parametrami autobusu EV, poprzez doprecyzowanie liczby miejsc pasażerskich siedzących wyrażeniem „*co najmniej 35*” oraz liczby miejsc pasażerskich stojących - „*co najmniej 75*”.

Wykonawca Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. w załączniku nr 3.1 do formularza ofertowego w pkt IX. Pozostałe podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów EV (dokumenty stanowią przedmiotowy środek dowodowy), w tabeli dotyczącej podstawowych parametrów technicznych autobusów EV klasy MEGA (zamówienie podstawowe), wskazał w wierszu nr 5: „*Liczba miejsc pasażerskich stojących, co najmniej 75*” parametr poniżej liczby wymaganej przez Zamawiającego, tj. 74.

Tym samym, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Solaris Bus&Coach Sp. z o.o., z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia. Zaniechanie odrzucenia ww. oferty przez zamawiającego stanowi zatem naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Mając na uwadze powyższe naruszenie, Prezes Urzędu, na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaleca Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Solaris Bus&Coach Sp. z o.o., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

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