

Warszawa, dnia 29.06. 2018 r.

UZP/DKZP/KU/70/18

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

- Zamawiający:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.  
ul. Targowa 74  
03-734 Warszawa  
*jednostka prowadząca postępowanie:*  
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.  
Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni  
al. Niepodległości 8  
61-875 Poznań
- Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane
- Przedmiot zamówienia:** Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273 i 351” – Zadanie A pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny – Police”
- Data wszczęcia postępowania:** 28.06.2017 r.
- Numer ogłoszenia o zamówieniu** 2017/S 121 – 245709
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony (art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp)
- Wartość zamówienia:** 451 421 436,83 zł (tj. 108 127 484,93 euro) – całkowita wartość zamówienia, w tym:  
300 947 624,55 zł (tj. 72 084 989,95 euro) - wartość zamówienia podstawowego,

150 473 812,28 zł (36 042 494,98 euro) - wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp;

Zamawiający przewidział ponadto kwotę warunkową - 14 329 213,55 zł (tj. 3 432 229,17 euro).

**Środki UE:** POIiŚ na lata 2014 – 2020

**Rodzaj procedury:** zamówienie sektorowe

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez konsorcjum firm w składzie: xxx jako tajemnicy przedsiębiorstwa Rozbicia Ceny Ofertowej i zaniechanie odtajnienia tego dokumentu.

### UZASADNIENIE

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca – konsorcjum firm w składzie xxx, złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Rozbicie Ceny Ofertowej. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentu - Rozbicie Ceny Ofertowej. Wykonawca w przedmiotowym uzasadnieniu wskazał m.in., że *„Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę – Rozbicie Ceny Ofertowej, stanowi informacje o kosztach przypisanych przez Wykonawcę do określonego zakresu robót (zakresu opisanego nazwą danej pozycji oraz odpowiednim fragmentem dokumentacji przetargowej - SIWZ, dokumentacji technicznej, STWiORB), stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował na przestrzeni lat, świadcząc roboty budowlane na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Utajnione Rozbicie Ceny Ofertowej pokazuje, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych*

*elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Każdy profesjonalnie działający na rynku robót budowlanych wykonawca, w oparciu o zapisy SIWZ, w tym dokumentacji przetargowej, może bowiem na podstawie danych zawartych w zastrzeżonym kosztorysie - cen jednostkowych, odtworzyć zastosowany przez Wykonawcę mechanizm kalkulacji ceny. Być może mechanizm ten nie będzie pełny, bowiem nie wszystkie założenia można odtworzyć na podstawie tylko i wyłącznie danych finalnych w postaci ceny jednostkowej, niemniej będzie on na tyle szczegółowy, by określać tendencje, trendy wykorzystywane przez Wykonawcę oraz stałe elementy strategii budowania ceny.*

*Okolicznością nie budzącą przy tym większych wątpliwości jest to, że informacje te mają dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą. Co prawda, zastrzeżone Rozbicie Ceny Ofertowej zostało opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia. Zasady kalkulacji, które zastosował w niniejszej sprawie Wykonawca, są bowiem wspólne dla wszystkich kalkulacji opracowywanych przez Wykonawcę, stanowią wynik jego doświadczeń, związanych z funkcjonowaniem na rynku i realizacją robót budowlanych, decydują o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Informacje te mają więc dla Wykonawcy charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których składa ofertę.*

*Nadto, nie sposób nie dostrzec, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych robót powtarzalnych - robót, które są wykonywane także na innych podobnych kontraktach. Przy poziomie szczegółowości kalkulacji wymaganej w SIWZ niniejszego postępowania, można założyć, że pozycje o takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie będą wykonywane w ramach kolejnych kilku lub kilkunastu podobnych kontraktów. Wykonawca mógłby więc ceny jednostkowe zastosowane w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, czego nie będzie mógł uczynić, jeśli ceny te zostaną ujawnione konkurencji. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo wyceniać określony zakres robót, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka itd. Co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej, Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych, prowadzi będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie straty (utracone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień).*

*Bez wątpienia, informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (tak wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). (...) Dodać przy tym należy, że wartość gospodarcza 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 (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14). Tak właśnie jest w niniejszej sprawie. Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie Wykonawcy szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania o zamówienia”.*

W toku oceny oferty, również w wyniku wniosku złożonego przez wykonawcę xxx z prośbą o odtajnienie i udostępnienie treści oferty złożonej przez konsorcjum firm: xxx w części oferty dotyczącej Rozbicia Ceny Ofertowej, zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę Rozbicia Ceny Ofertowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższy dokument nie został ujawniony przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „ustawa ZnK”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu,

że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (zawartym na stronie internetowej pod adresem: [www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczące-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa](http://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczące-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa)) za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje) takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający dołączył do SIWZ wzór Rozbicia Ceny Ofertowej, wg którego należało sporządzić omawiany dokument. Zgodnie z pkt 15 ppkt 1d) SIWZ wykonawca obowiązany był złożyć wraz z ofertą Rozbicie Ceny Ofertowej uzupełnione o ceny poszczególnych pozycji. Dokument ten, wypełniony przez wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty (pkt 13 ppkt 6 SIWZ).

Z uwagi na powyższe analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Rozbicia Ceny Ofertowej prowadzi do wniosku, że informacjom zawartym w tym dokumencie nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy - konsorcjum firm: xxx., iż: *„Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how (...)”*, bowiem treść Rozbicia Ceny Ofertowej została sporządzona przez zamawiającego na potrzeby tego konkretnego postępowania i była ona udostępniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym przedmiotowym zamówieniem. Wskazał to również sam wykonawca stwierdzając, że: *„Co prawda, zastrzegane Rozbicie Ceny Ofertowej zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”*. Tym samym należy stwierdzić, że zawarte w Rozbiciu Ceny Ofertowej ceny - w tym przypadku - nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Jednocześnie, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że: *„Utajnione Rozbicie Ceny Ofertowej pokazuje, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki*

*sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany*”, bowiem samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez zamawiającego dokumencie (w tym przypadku w Rozbiciu Ceny Ofertowej), nie wskazuje na sposób dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, czy sposobu budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii.

Ponadto, żadne z przytoczonych w uzasadnieniu wykonawcy – konsorcjum firm: xxx, orzeczeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazuje na analogiczny do powyższego postępowania stan faktyczny.

Tym samym, nie można uznać, że informacje dotyczące cen wskazanych przez konsorcjum firm: xxx w Rozbiciu Ceny Ofertowej, zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny zostać ujawnione przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy ZnK.

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.