

Warszawa, dnia 07.09. 2018 r.

KU/135/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.
Pl. Starynkiewicza 5
02-015 Warszawa

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: Zadanie I.1.18 Budowa kanalizacji ściekowej w ul. Kobiałka.

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)

Data wszczęcia postępowania: 28.03.2018 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2018/S 061 - 135664

Wartość zamówienia: 929.674.704,28 zł (tj. 215.616.741,49 euro) – całkowita wartość Projektu;
wartość kontrolowanego zamówienia: 19.248.977,94 zł (tj. 4.464.359,29 euro) – wartość zamówienia podstawowego

oraz 300.000.00 zł (tj. 69.578,12 euro) – wartość zamówień,
o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020;
Projekt „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków
w Warszawie – Faza V”

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania 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, stwierdza naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą „Znk”, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumentu pn.: „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, złożonych przez wykonawcę XX.

UZASADNIENIE

Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca XX wraz z ofertą przedłożył dokument pn.: „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, tj. załącznik nr 4 do IDW, składany w celu oceny oferty w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia Kierownika budowy oraz Kierownika robót drogowych i zastrzegł go jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, pismem z dnia 29.06.2018 r. wykonawca XX na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł „Wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia”, tj. załącznik nr 2 do IDW.

Wykonawca przedstawił analogiczne wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując, iż „(...) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, niewątpliwie spełnia wszystkie przesłanki „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można mu odmówić rzeczoności charakteru, bowiem biorąc pod uwagę profil działalności przedsiębiorstwa oraz wiedzę fachową jego pracowników zamówienie niewątpliwie przedstawia wartość nie tylko dla wykonawcy, ale także według obiektywnych kryteriów. Powyższa informacja ma charakter organizacyjny w rozumieniu ustawy, a wykonawca informuje, że co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność. Ponadto z informacji utajnionych wynikają podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa i jego strategią gospodarczą. Podanie do publicznej wiadomości zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom wykonawców i naruszyć relacje konkurencyjne. Może także prowadzić do uzyskania przez przyszłych potencjalnych kontrahentów wykonawcy wiedzy, która może być wykorzystana do podejmowania prób współpracy niezgodnych z zasadami wykonawcy, a które w przypadku ich powodzenia mogłoby skutkować trudnymi do wyobrażenia konsekwencjami finansowymi. (...)” W dalszej części wyjaśnień wykonawca powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 27.08.2018 r. zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, czy w toku postępowania wykonawcy lub inne podmioty zwracały się do zamawiającego z prośbą o odtajnienie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz załącznika nr 4 „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” przedłożonych przez wykonawcę XX. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przesłanie pism wykonawców lub innych podmiotów wraz z odpowiedzią zamawiającego. Ponadto poproszono o wyjaśnienie, czy zamawiający odtajnił wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” przedłożone przez wykonawcę XX.

Pismem z dnia 29.08.2018 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, iż w toku postępowania żaden z wykonawców nie zwracał się z prośbą o odtajnienie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz załącznika nr 4 „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”. Tym samym kwestia odtajnienia przedmiotowego dokumentu nie była rozważana przez zamawiającego. Ponadto, zamawiający wyjaśnił, iż „(...) uznał na podstawie przedłożonego przez wykonawcę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, iż załączone do oferty dokumenty, (...) tj. opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 4) oraz wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia spełniły przesłanki uznania

zawartych w nich informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W tym miejscu należy zauważyć, iż wykonawca XX w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: XXX, prowadzonym przez zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. dokonał analogicznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. Powyższe było przedmiotem odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 18.01.2018 r. wskazała, iż „(...) *wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, czyli jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych. Możliwość zastrzeżenia niektórych, załączonych do oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i udowodnione. W przypadku zastrzeżonej części oferty Przystępującego [przyp. kontrolera wykonawcy XX], niezależnie od wartości utajnionych informacji uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt lakoniczne. Nie powinno być zatem oparciem dla zamawiającego przy podjęciu decyzji o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty Przystępującego. (...) Izba zwraca ponadto uwagę, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m.in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej. (...).”*

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia

może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa 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. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. 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 zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednocześnie wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę XX w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumentu pn.: *„Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”* prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wydany w analogicznym stanie faktycznym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r., należy wskazać, iż wykonawca XX nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów.

Tym samym, stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie odtajniając ww. dokumentów, dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk.

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.