

UZP/DKUE/KU/67/16

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad <i>prowadzący postępowanie:</i> Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25 31-542 Kraków
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	budowa obwodnicy Dąbrowy Tarnowskiej w ciągu drogi krajowej nr 73
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	30.09.2015 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2015/S 192-346623
Wartość zamówienia:	140.781.663,29 zł (33.321.892,42 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających: 46.927.221,10 zł (11.107.297,47 euro)
Środki UE:	zamówienie przeznaczone do finansowania ze środków POIiŚ 2014-2020

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający dwukrotnie wezwał pismami z dnia 12.05.2016 r. oraz z dnia 09.08.2016 r. wykonawcę Konsorcjum firm: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (lider), VISTAL GDYNIA S.A. w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwania ww. wykonawca w terminach wyznaczonych przez zamawiającego udzielił w pismach z dnia 27.05.2016 r. oraz z dnia 22.08.2016 r. wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość zaofferowanej ceny, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa w poniższy sposób:

1) w piśmie z dnia 27.05.2016 r., cyt.: *„Zastrzegamy, że nie wyrażamy zgody na udostępnianie informacji zawartych w wyjaśnieniu i jego załącznikach gdyż stanowiącą TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w szczególności strategii firm biorących udział w przetargu, jej kontaktów handlowych, źródeł dystrybucji, stałych partnerów, itd. Zastrzeżenie nie obejmuje informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji zawartych w ofercie. Aby zapewnić w najwyższym stopniu poufność informacji Vistal Gdynia S.A. dużym nakładem kosztów i czasu wdrożył System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji spełniający wymagania normy ISO/IEC 27001:2013 i uzyskał Certyfikat Systemu Zarządzania DNV-GL. Informacje objęte wyjaśnieniami stanowią znaczącą wartość dla Vistal Gdynia S.A. jako spółki giełdowej oraz firmy KPRD Kielce jako uczestników wielu przetargów o podobnym charakterze, a ujawnienie zastrzeżonych informacji może spowodować naruszenie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie takie ukształtowanie ceny oferty przez Wykonawcę, w ujęciu specyficznych rozwiązań opisanych w niniejszych wyjaśnieniach i zastrzeżonych jako poufne, w przypadku odtajnienia miałoby znaczący wpływ na sytuację firm w przyszłych postępowaniach, ułatwiając konkurencji, nawet wręcz przyjęcie rozwiązań tych wykonawców w sporządzaniu własnych ofert, niwelując przewagę konkurencyjną tych wykonawców. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, może prowadzić do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji: (...).”*

2) w piśmie z dnia 22.08.2016 r., cyt.: *„Zastrzegamy, że nie wyrażamy zgody na udostępnianie informacji zawartych w wyjaśnieniu i jego załącznikach gdyż stanowiącą TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w szczególności strategii firm biorących udział w przetargu, jej kontaktów handlowych, źródeł*

dystrybucji, stałych partnerów. Zastrzeżenie nie obejmuje informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji zawartych w ofercie.”

Zamawiający zaniechał dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Konsorcjum firm: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (lider), VISTAL GDYNIA S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień wraz z dowodami uznając je co do zasady za skuteczne i nie dokonał ich odtajnienia. Powyższe potwierdza treść odwołania wniesionego w kontrolowanym postępowaniu w dniu 09.09.2016 r. przez wykonawcę BUDIMEX S.A., z którego wynika, że w opisywanym zakresie „Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie treść pierwotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum (tylko 1 str.) i przywołane przez tego wykonawcę wyroki KIO w zakresie dotyczącym cen jednostkowych (str. 19 i nast.), a także uzupełniające wezwanie do złożenia wyjaśnień (fragment ogólny, ok. pół str.) i odpowiedź na nie, zawierającą jedynie lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum (ok. pół str.). Pozostała treść korespondencji między Zamawiającym a Konsorcjum została utajniona (...)”

Mając powyższe na uwadze 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 (tj. 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, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne 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 i dokumentów złożonych przez wykonawcę Konsorcjum firm: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

(lider), VISTAL GDYNIA S.A. prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną, jak również nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, nie można uznać, że informacje i materiały zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez ww. wykonawcę w odpowiedzi na wezwania w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez zamawiającego, co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r. (sygn. akt: KIO 1684/16) wydany w przedmiotowej sprawie.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

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.

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.