

Warszawa, dnia 2020 r.

KU/148/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.
Centralna Jednostka Inwestycyjna
ul. Warszawska 165
05 - 520 Konstancin-Jeziorna

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikowice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV

Data wszczęcia postępowania: 03.04.2019 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 066 - 155628

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

Wartość zamówienia: Wartość kontrolowanego postępowania: 57 878 000,00 zł (13 423 475,70 euro);
Wartość całego zamówienia: 259 053 500,00 zł (60 081 522,37 euro).

Środki UE: POIiŚ 2014 - 2020

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 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), zwaną dalej ustawą „Znk”, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia o treści zgodnej ze Wzorem nr 3 do JEDZ, złożonego przez wykonawcę konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A.

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 kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. wraz z ofertą przedłożył m.in. dokument pn.: „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” o treści zgodnej ze Wzorem nr 3 do JEDZ, który w ocenie Zamawiającego został skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z treści ww. dokumentu wynika, iż wykonawca konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami wskazanymi na stanowisko Projektanta branży elektrycznej, Projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej, Kierownika robót budowlanych, Kierownika grupy rozruchowej oraz Prawnika powołał się na zasoby podmiotów trzecich.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał, iż: „(...) *Ponieważ niniejsze postępowanie ma charakter specyficzny, wymagający zaangażowania osób o określonych specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu, które są poszukiwane przez wykonawców na rynku, informacje na temat osób będących w dyspozycji Wykonawcy przedstawiają szczególną wartość*

gospodarczą dla Wykonawcy, ale i każdej innej osoby działającej na tym samym rynku. Ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez Wykonawcę mogą utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez Wykonawcę oraz podważyć pozycję Wykonawcy na rynku w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. (...) Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają charakter organizacyjny w rozumieniu UNZK, co do których Wykonawca podjął działania niezbędne do zachowania ich w poufności. Wykonawca pragnie oświadczyć, iż w celu zachowania poufności danych i informacji zawartych w Wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę (Załącznik nr 3 do JEDZ) do realizacji zamówienia podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze organizacyjnym, technicznym i prawnym.

Wśród działań o charakterze technicznym należy wskazać w szczególności wdrożone u Wykonawcy informatyczny systemy zabezpieczeń danych i informacji zawartych w Wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę (...) Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A. i podmiotów trzecich. Dostęp do tych danych i informacji, przechowywanych na serwerach Wykonawcy, ograniczają względem nieupoważnionych osób trzecich zastosowane zabezpieczenia tychże serwerów będących w fizycznym posiadaniu Wykonawcy i przez niego zabezpieczanych, serwisowanych i aktualizowanych. Wykonawca zabezpiecza przedmiotowe dane również w sposób fizyczny, ograniczając dostęp do tych pomieszczeń Wykonawcy, w których przechowywane są przedmiotowe dane i informacje jako hard-copies. Dostęp do danych zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa mają jedynie ściśle upoważnione osoby (zarząd, pełnomocnicy przygotowujący ofertę), którzy są zobowiązani do nieudostępniania tych informacji innym osobom - także wewnątrz spółki. Nie ulega więc wątpliwości, że dane zawarte w Wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A., podmiotów trzecich stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A., ponieważ nie są znane nieupoważnionym przez Wykonawcę osobom, stanowią informacje organizacyjne i handlowe Wykonawcy oraz posiadają wymierną wartość gospodarczą, tak dla Wykonawcy, jak i innych podmiotów zainteresowanych uzyskaniem takich informacji. (...) Odtajnienie tych dokumentów i ujawnienie ich konkurentom Wykonawcy pozwalałoby tym konkurentom na zidentyfikowanie podmiotów trzecich współpracujących z Wykonawcą oraz udostępniane przez nich na rzecz Wykonawcy zasoby i tym samym wejście w posiadanie informacji o zasobach, którymi Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A., nie dysponuje bezpośrednio. (...)"

Pismem z dnia 06.12.2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający odtajnił ww. informacje zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi przeczącej,

poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 13.12.2019 r. Zamawiający wyjaśnił, iż: „(...) Wykonawca konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Badawcze Wdrożeniowe OLMEX S.A. skutecznie zastrzegł na Platformie jedynie Załącznik nr 3 do JEDZ — Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Zamawiający postawił bardzo konkretne, specyficzne wymagania w odniesieniu do personelu mogącego realizować zamówienie. Na rynku przedmiotowych robót budowlanych ograniczony jest krąg osób, który posiada wymagane przez Zamawiającego umiejętności, doświadczenie oraz uprawnienia. Zjawisko przejmowania pracowników jest powszechnie znane, co dostrzega również Krajowa Izba Odwoławcza (np. wyrok z dnia 14.10.2014 r sygn. akt KIO 1977/14). Wykonawca wykazał, iż informacje o osobach skierowanych do realizacji zamówienia mają realną wartość gospodarczą dla Wykonawcy o charakterze organizacyjnym. Wykonawca podjął również działania o charakterze organizacyjnym, technicznym i prawnym w celu zachowania w poufności tych informacji, które to działania zostały szczegółowo opisane w piśmie Wykonawcy pn.: „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Zamawiający uznał, iż Wykonawca spełnił przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz U. z 2019 r, poz. 1010) oraz w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym skutecznie zastrzegł Załącznik nr 3 do JEDZ — Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.”

Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w dniu 13.12.2019 r. zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą o wyrażenie zgody na odtajnienie ww. wykazu osób.

Pismem z dnia 18.12.2019 r. wykonawca Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. poinformował, że nie wyrażamy zgody na odtajnienie ww. części ani pozostałych części oferty zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

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 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. 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. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez wykonawcę konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem. Wykonawca wywiódł, iż informacje o kwalifikacjach, doświadczeniu i potencjale kadrowym osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji mają znaczenie gospodarcze. Argumentował, iż ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia mogą utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez wykonawcę, co w konsekwencji może podważyć jego pozycję na rynku. Ponadto wykonawca oświadczył, iż wdrożył informatyczny system zabezpieczeń danych i informacji zawartych w wykazie osób, a dostęp do tych danych mają jedynie ściśle uprawnione osoby.

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą,

kwalfikacje (wykształcenie, uprawnienia budowlane) i proponowane stanowisko na kontrakcie. W szczególności w analizowanej sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji okazała się bardzo ogólna. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie lakonicznie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. Nie wskazano natomiast, czy i jak, jeżeli tak to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też Zamawiającemu żadnego dowodu. Nie zostało również wykazane, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego jest dostępnych na rynku. Ponadto w okolicznościach niniejszej sprawy istotne jest, to, iż jawne pozostały zobowiązania, dokumenty JEDZ podmiotów trzecich oraz informacje zawarte w części II pkt 7 Formularza oferty, wskazujące na nazwy firm podwykonawców, z którymi współpracuje ww. wykonawca. Podkreślić należy, iż informacja o podmiotach trzecich, które udostępniły wykonawcy Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. swój potencjał kadrowy jest powszechna na rynku w danej branży, o czym świadczy fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu także wykonawca ELTEL Networks Energetyka S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. powołali się na zasoby kadrowe ww. podmiotów trzecich. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż informacje na temat nazwisk autorów projektów budowlanych, czy nazwisk kierowników robót oraz kierowników budowy pozostają jawne ze względu na przepisy prawa budowlanego. Odnosząc się natomiast wprost do argumentu wykonawcy w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia należy wskazać, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników, poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r., sygn. akt KIO 55/18, w którym Izba wskazała, iż „(...) 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 one ujawnione do wiadomości publicznej. Odnosząc się do podniesionego przez Przystępującego w toku rozprawy argumentu, że ujawnienie wykazu doświadczonych pracowników naraziłoby go na ich „podkupienie” przez konkurencję, a tym samym doprowadziłoby do wymiernych strat oraz trudności ze zrealizowaniem zawartych kontraktów, Izba za prawidłowe uznała stanowisko Odwołującego. W interesie Przystępującego jest zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników – choćby przez stworzenie im na tyle atrakcyjnych warunków pracy, by nie byli skłonni przejść do konkurencyjnych firm.”

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie odtajniając dokumentu pn.: „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” (Wzór nr 3 do JEDZ), złożonego przez wykonawcę konsorcjum Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A., 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.

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.