

Warszawa, dnia 06.07.2018 r.

KU/92/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie Al. Jana Pawła II 188 30-969 Kraków
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	Likwidacja węzłów grupowych wraz z budową przyłączy do istniejących budynków i instalacją węzłów dwufunkcyjnych (ciepła woda użytkowa) – etap I (etap II) nr POIS.01.05.00-00-0015/16 w ramach działania 1.5 Efektywna dystrybucja ciepła i chłodu, oś priorytetowa I Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (zamawiający zastosował procedurę, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	28.03.2018 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2018/S 061-135669
Wartość zamówienia:	141.700.000,00 zł (tj. 32.864.067,54 euro) – całkowita wartość zamówienia; 14.716.105,13 zł (tj. 3.413.063,36 euro) – łączna wartość kontrolowanego postępowania wartość poszczególnych części: część 1: 9.225.473,15 zł (tj. 2.139.637,07 euro) część 2: 5.490.632,16 zł (tj. 1.273.426,30 euro)
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020
Rodzaj procedury:	zamówienia 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. 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: „uznk”) poprzez nieodtajnienie wyjaśnień oraz dowodów dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej przedłożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. pismem z dnia 17.05.2018 r.

UZASADNIENIE

Uzasadnienie naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 uznk

Jak wynika z kopii dokumentacji przedmiotowego postępowania, pismem z dnia 15.05.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej w zakresie części II przedmiotowego zamówienia w terminie do dnia 18.05.2018 r. Wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia w wyznaczonym terminie załączając dowody w postaci dwóch wycen materiałów przeznaczonych do realizacji przedmiotowego

zamówienia. Wyjaśnienia zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do zastrzeżenia niniejszych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca podniósł, iż: *„Mając na uwadze fakt, iż powyższe wyjaśnienia mają charakter technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa, a także z uwagi na ich wartość gospodarczą (w szczególności pkt 3), Wykonawca (...) uznaje ww. dane za tajemnicę przedsiębiorstwa”*. Przytoczony powyżej pkt 3 brzmi następująco: *„Pragniemy zauważyć, że jako autoryzowany dystrybutor materiałów preizolowanych produkcji LOGSTOR Polska Sp. z o.o. w czasie wieloletniej współpracy wypracowaliśmy wysoki rabat udzielany na kupowane materiały. Podobnie wieloletnia współpraca z producentem i dostawcą kompaktowych węzłów cieplnych, firmą Danfoss Poland Sp. z o.o., pozwalają otrzymać korzystniejsze warunki handlowe niż inni oferenci”*.

W związku z powyższym, w trakcie prowadzenia kontroli przedmiotowego postępowania poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, czy odtajnił wyjaśnienia oraz dowody dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej przedłożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. W przypadku odpowiedzi negatywnej, poproszono o wskazanie, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż ww. informacje oraz dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 03.07.2018 r. wyjaśnił, iż nie odtajnił wymienionych wyżej dokumentów, ze względu na fakt, iż na podstawie przedłożonego przez wykonawcę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa spełniły przesłanki uznania zawartych w nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z uwzględnieniem przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 uznk. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, że żaden z wykonawców nie wnosił o odtajnienie przedmiotowych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe zważyć należy, 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 uznk, 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 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało już wspomniane, 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 (bądź też w terminie złożenia wyjaśnień, o których mowa art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – jeśli zastrzeżenie dotyczy ich treści – *przyp. wł.*), 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 uznk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Z uwagi na powyższe, analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień oraz dowodów dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. prowadzi do wniosku, że nie przysługuje im status tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów przedstawionych zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania. 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 zastrzeżenia wyjaśnień i dowodów dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o., uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt lakoniczne i ogólnikowe. W szczególności wykonawca nie wykazał, że w odniesieniu do ww. informacji materializują się trzy obligatoryjne przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, tj.: informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą (1), informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej (2), podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (3). Wykonawca nie przedstawił również żadnych dowodów na poparcie stanowiska, iż ww. informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Kilkudzaniowy fragment dotyczący powyższej kwestii pozostał ogólny, lakoniczny i stanowi jedynie oświadczenie wykonawcy, że przedstawione informacje o relacjach handlowych z dostawcami wypełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym, nie można uznać, że wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. , zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny zostać ujawnione przez zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie odtajniąc ww. wyjaśnień, dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 uznk.

Powyższe 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.