

Warszawa, dnia 10.04.2018 r.

KU/25/2018/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	Miasto Gorzów Wielkopolski ul. Sikorskiego 3-4 66-400 Gorzów Wlkp.
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Rodzaj procedury:</b>	zamówienie klasyczne
<b>Przedmiot zamówienia :</b>	przebudowa ulicy Kostrzyńskiej
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	25.11.2017 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2017/S 227 - 472297
<b>Wartość zamówienia:</b>	całkowita wartość zamówienia: 252.155.568,37 zł (tj. 60.397.989,98 euro); wartość kontrolowanego zamówienia: 82.516.798,95 zł (tj. 19.764.976,16 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – 19.042.338,22 zł (tj. 4.561.148,34 euro)

**Środki UE:**

Regionalny Program Operacyjny Województwa Lubuskiego na lata 2014 – 2020 Oś 5, Transport, Działanie 5.1 oraz POIS na lata 2014-2020, Priorytet VI Rozwój niskoemisyjnego transportu zbiorowego w miastach, Działanie 6.1 Rozwój publicznego transportu zbiorowego w miastach.

**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, zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 419), poprzez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

**UZASADNIENIE**

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca X złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. Tabelę Elementów Rozliczeniowych. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie, w którym przedstawił uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wykonawca w przedmiotowym uzasadnieniu wskazał m.in., że *„Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę - kalkulacje ceny ofertowej (kosztorysy ofertowe) stanowią informacje o kosztach przypisanych przez Wykonawcę do określonego zakresu robót (zakresu opisanego nazwą danej pozycji oraz odpowiednim fragmentem dokumentacji przetargowej - siwz, dokumentacji technicznej, STWiOR), 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 kalkulacje pokazują, 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 zastrzeganym 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, zastrzegane kalkulacje zostały 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, prowadzić będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie starty (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 orzecniczą, 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 trwale 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 uchwytty 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”.*

Pismem z dnia 14.02.2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę X o udzielenie wyjaśnień, tj. czy podtrzymuje stanowisko odnośnie zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odpowiedzi wykonawca podtrzymał swoje stanowisko odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa, za wyjątkiem samego oświadczenia dotyczącego niniejszej tajemnicy. Pismem z dnia 20.02.2018 r. Zamawiający w odpowiedzi na pismo jednego z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przekazał informację, że odmawia udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę X.

W toku kontroli uprzedniej Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień na jakiej podstawie uznał argumentację wykonawcy X, odnośnie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający w piśmie z dnia 27.03.2018 r. udzielił m.in. następujących wyjaśnień:

*„Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Wykonawca: X, składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji: Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz z załącznikami (Lista osób, Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityka Bezpieczeństwa Informacji) i wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Firma X potwierdziła powyższe odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dn. 16.02.2018 r. w sprawie ponownego przeanalizowania stanowiska w zakresie udostępnienia całości lub części zastrzeżonych dokumentów. Wykonawca wyjaśnił, iż podstawą, na jakiej budowane są polityki i procedury w Grupie X (w tym dotyczące sposobu postępowania z informacją) jest Polityka Bezpieczeństwa Informacji X ustanowiona przez prezesa zarządu. Na jej podstawie przygotowano wewnętrzne procedury związane z klasyfikacją informacji, sposobem jej przechowywania, przetwarzania i usuwania. Ponadto, w ramach Zintegrowanego Systemu Zarządzania opartego o normy ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001 oraz zasad uczestnictwa w indeksie RESPECT GWT, został utworzony w firmie X system zarządzania bezpieczeństwem informacji. Poza tym w firmie X zostały określone uregulowania związane z dostępem i możliwością przetwarzania informacji w zależności od rodzaju projektu, w którym firma bierze udział. Zgodność powyższych uregulowań z międzynarodowymi standardami bezpieczeństwa informacji potwierdzone są przez niezależne centra certyfikacyjne oraz audyty.

W związku z odpowiedzią firmy X, Zamawiający przyjął argumentację wykonawcy i podjął decyzję o odtajnieniu jedynie oświadczenia stanowiącego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ostateczna decyzja Zamawiającego w tej sprawie nie została zakwestionowana przez innych uczestników postępowania”.

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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 419), 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.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (zawartym na stronie internetowej pod adresem: [www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa](http://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-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.

Z uwagi na powyższe analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Tabeli Elementów Rozliczeniowych – dalej „TER”, prowadzi do wniosku, że nie przysługuje w tym zakresie status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić z stanowiskiem wykonawcy X, iż: *„Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how (...)”*, bowiem treść TER 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 kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”*. Tym samym należy stwierdzić, że zawarte w TER ceny - w tym przypadku - nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i nie posiadają wartości gospodarczej. Jednocześnie, nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że: *„Utajnione kalkulacje pokazują, 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 kosztorysie (w tym przypadku TER), 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 X orzeczeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazuje na analogiczny do powyższego postępowania stan

faktyczny, w którym to zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, sporządził kosztorys (w tym przypadku TER), a zadaniem wykonawcy było jedynie wypełnienie pól dotyczących cen w poszczególnych jego pozycjach.

Tym samym, nie można uznać, że informacje dotyczące cen wskazanych przez wykonawcę X w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, 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.

Wykazane naruszenie nie ma 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.