

Warszawa, dnia 09.08.2018 r.

KU/113/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Gmina Miasto Szczecin Pl. Armii Krajowej 1 70-456 Szczecin
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa zintegrowanego węzła komunikacyjnego Łętko wraz z infrastrukturą na przebiegu Trasy Średnicowej dla obsługi wewnątrz aglomeracji ruchu pasażerskiego w Szczecinie
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (zamawiający zastosował procedurę, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	06.02.2018 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2018/S 025-052384

Wartość zamówienia: 124.779.871,69 zł (tj. 28.939.831,55 euro) – całkowita wartość przedmiotowego zamówienia; w tym wartość zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp – 30.000.000,00 zł (tj. 6.957.812,46 euro)

Środki UE: Regionalny Program Operacyjny Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020

Rodzaj procedury: zamówienie klasyczne

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 Tabeli Elementów Rozliczeniowych przedłożonej wraz z ofertą przez wykonawcę BUDIMEX S.A.

UZASADNIENIE

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

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Budimex S.A. złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Tabelę Elementów Rozliczeniowych. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie, w którym zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentu. 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, STWiORB), 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, prowadzi do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie straty (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 uchwytny 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”.

W toku oceny oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę Tabeli Elementów Rozliczeniowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, o czym zamawiający w ramach wyjaśnień poinformował w piśmie skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30.07.2018 r., powyższy dokument nie został ujawniony przez zamawiającego, odtajnione natomiast zostało jedynie uzasadnienie objęcia wskazanego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa

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 uznk, 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 ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach uznk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. 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) za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje) takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

W kontrolowanym postępowaniu Tabela Elementów Rozliczeniowych stanowiła załącznik nr 3 do rozdz. XV SIWZ. Zgodnie z rozdz. X pkt 2 SIWZ: *„Cenę należy obliczyć wypełniając trzy Tabele Elementów Rozliczeniowych. Cena oferty stanowić będzie sumę wartości poszczególnych trzech Tabel Elementów Rozliczeniowych. Cena ofertowa jest sumą wartości poszczególnych elementów rozliczeniowych, uwzględniającą podatek VAT zgodny z obowiązującymi przepisami. Wartość elementu rozliczeniowego należy obliczyć poprzez pomnożenie ilości jednostek obmiaru podanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych przez cenę jednostkową netto zawierającą wszystkie koszty niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego”*. Nie ulega zatem wątpliwości, iż dokument ten, wypełniony przez wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty. W postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

Z uwagi na powyższe analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Tabeli Elementów Rozliczeniowych prowadzi do wniosku, że informacjom zawartym w tym dokumencie nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy BUDIMEX S.A., iż: *„Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego*

know-how (...)”, bowiem treść Tabeli Elementów Rozliczeniowych 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 Tabeli Elementów Rozliczeniowych ceny – w tym przypadku – nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Jednocześnie, nie można zgodzić się 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 w Tabeli Elementów Rozliczeniowych), 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 BUDIMEX S.A. 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 sporządzał kosztorys (w tym konkretnym przypadku – Tabelę Elementów Rozliczeniowych), 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 BUDIMEX S.A. 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 uznk.

Stwierdzone 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.