

Warszawa, dnia 2018 r.

KU/73/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
ul. Targowa 74
03-734 Warszawa
jednostka prowadząca postępowanie:
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy
pl. Matejki 12
31-157 Kraków

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: Prace na linii kolejowej nr 93 Trzebinia – Zebrzydowice na odcinku Oświęcim – Czechowice Dziedzice w ramach projektu POIiŚ 2014 – 2020 nr 5.1-12 pn.: „Prace na linii kolejowej nr 93 na odcinku Trzebinia – Oświęcim – Czechowice Dziedzice”

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony (art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)

Data wszczęcia postępowania: 26.07.2017 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2017/S 141- 290646

Wartość zamówienia: 620 941 275,00 zł (148 732 011,55 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp – 206 980 425,00 zł (49 577 337,18 euro)

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 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, 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 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm), poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa oferty wykonawcy PORR S.A. w zakresie dotyczącym nazw podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach ww. wykonawca polega oraz wszystkich dokumentów zawierających nazwy tych podmiotów trzecich.

UZASADNIENIE

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca PORR S.A. złożył ofertę, w której zastrzegł, tj. w formularzu ofertowym, formularzach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) oraz w zobowiązaniach podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. nazwy podmiotów na zdolnościach których polegał.

W uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty, wykonawca PORR S.A. w zakresie dotyczącym powodów utajnienia m.in. dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego oraz zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby, wskazał, iż „(...) Dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, ponieważ zawierają informacje o sposobie organizacji potencjału osobowego wykonawcy, tj. informacje o pracownikach wykonawcy, tzn. o posiadanych przez nich doświadczeniu oraz podstawie dysponowania przez wykonawcę tymi osobami (por. wyrok KIO z 6.06.2014 r.; KIO

1032/14). Są to więc dane o charakterze organizacyjnym mające istotne znaczenie dla konkurencyjności wykonawcy i jego pozycji na rynku usług budowlanych. Jakość i renoma przedsiębiorstwa są bowiem w dużej mierze budowane w oparciu o prawidłowy dobór kadry. (...) Wszystkie utajnione przez wykonawcę informacje nie mogą być w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej, tj. są to informacje nieznane i niemogące być znane ogółowi oraz osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane ich posiadaniem, tj. w szczególności konkurentom z branży. Utajnione informacje zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania (...) i jedynym miejscem ich zamieszczenia jest przedmiotowa część pisma oraz załączniki objęte niniejszym pismem, które nie zostały ujawnione przez wykonawcę do wiadomości publicznej, są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. zarządowi wykonawcy PORR S.A., a także upoważnionym przez nich pracownikom (...). Na podstawie danych personalnych osoby przeznaczonej do wykonywania zamówienia wraz z opisanym doświadczeniem tej osoby oraz podstawą dysponowania można ustalić, czy wykonawca korzysta z własnych czy obcych zasobów kadrowych, a także jakiego rodzaju kwalifikacjami i doświadczenie legitymują się jego pracownicy i współpracownicy (wyrok KIO z 13.05.2010 r.; KIO/UZP 66/10). Są to zatem informacje przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurowania na rynku usług budowlanych. Dane te mają więc istotną wartość gospodarczą. (...) Ponadto w przypadku ujawnienia tych informacji istnieje duże ryzyko, że wobec pracowników i osób współpracujących z wykonawcą wskazanych w ww. wykazie, firmy konkurencyjne podejmą działania mające na celu ich „przejęcie”, co negatywnie wpłynie na organizację przedsiębiorstwa wykonawcy. W konsekwencji może to utrudnić lub uniemożliwić udział wykonawcy w kolejnych przedsięwzięciach gospodarczych i postępowaniach przetargowych (...) oraz ograniczyć możliwość pozyskania nowych kontraktów, a w konsekwencji spowodować osłabienie pozycji wykonawcy na rynku usług budowlanych. (...) Należy zauważyć, że na rynku usług budowlanych występuje deficyt specjalistów posiadających uprawnienia i doświadczenie wymagane przez zamawiającego (...). Wykonawca dysponuje wykwalifikowaną kadrą legitymującą się doświadczeniem nabytym przy realizacji różnego rodzaju projektów budowlanych w kraju i za granicą. (...) Wykonawca zapewnia stały rozwój umiejętności i kwalifikacji swojego personelu (kadry kierowniczej i robotniczej) (...). W konsekwencji wykonawca w swojej praktyce wielokrotnie doświadczał tzw. dywersji gospodarczej polegającej na „podkupowaniu” pracowników. Ujawnienie zatem takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (...) i doświadczenia oraz statusu względem wykonawcy (...) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupowania”, co może mieć negatywne skutki organizacyjne dla przedsiębiorstwa wykonawcy (...).

Wykonawca wskazuje, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym. Do pierwszej z nich zaliczyć należy wprowadzenie przez wykonawcę wewnętrznych reguł obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez wykonawcę grupa osób. Poza fizycznymi środkami ochrony wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność (...)."

Pismem z dnia 05.03.2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę PORR S.A do złożenia dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia, w terminie do dnia 15.03.2018 r. (ostateczny termin 21.03.2018 r.), określonych w § 5 pkt 1 - 3 oraz 5 - 9, § 2 ust. 4 pkt 1 i 10, § 2 ust. 2 pkt 1 i 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126, dalej: „rozporządzenie”). Zamawiający żądał złożenia w odniesieniu do podmiotów trzecich dokumentów określonych w § 5 pkt 1-3, 5-9 rozporządzenia.

Wykonawca złożył w terminie ww. dokumenty, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa oświadczenia i dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego. Wykonawca uzasadniając zastrzeżenie ww. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołał się wprost do uzasadnienia wskazanego w ofercie na stronie 56 - 58, tj. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego oraz zobowiązania podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 19.03.2018 r. zamawiający powołał biegłego do oceny dokumentów w zakresie wyjaśnienia zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych dokumentów złożonych w ofertach wykonawców.

Pismami z dnia 06.04.2018 r. biegły wydał opinie w zakresie zastrzeżenia przez wykonawców niektórych dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do zastrzeżenia dokumentów w ofercie wykonawcy PORR S.A. biegły wskazał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez ww. wykonawcę jest w całości uzasadnione. W swojej opinii biegły wskazał, iż „(...) Zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy dla ochrony poufności informacji wykonawca stosuje wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. (...) Wykonawca nie przedstawia jednak, jakie konkretnie zasady były

stosowane w jego przedsiębiorstwie dla ochrony danych zastrzeżonych w opiniowanym postępowaniu: Wykonawca nie opisał polityki bezpieczeństwa obowiązującej u niego, sposobu dostępu do tych informacji oraz nie przedstawił dowodów, które powyższe okoliczności by potwierdzały. Brak jest też szerszej informacji co do przywołanych przez wykonawcę zasad obiegu dokumentów, zabezpieczeniach sieci w kontekście dostępu do danych kadrowych i ofertowania. (...) Opiniująca nie ma też danych np. o złożeniu przez wykonawcę w innych postępowaniach tych samych danych bez ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa co powodowałoby ich ujawnienie szerokiemu kręgowi zainteresowanych, przyjęc więc trzeba, że dane te nie są dostępne publicznie. (...) Biorąc pod uwagę powstały w sprawie stan faktyczny i stanowisko orzecznictwa przyjęc należy, że wykonawca podjął i wykazał wobec PKP PLK starania, by objęte wnioskiem dane zachować jako informacje poufne, choć opiniująca zastrzega, że (...) brak wykazania, iż wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności informacji objętych zastrzeżeniem to może być kwestionowane przez innych uczestników postępowania. (...)”

Zamawiający w toku kontroli uprzedniej został poproszony o udzielenie udokumentowanych wyjaśnień w związku z faktem, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca PORR S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. nazwy podmiotów, na których zdolnościach wykonawca polega. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 23.05.2018 r. udzielił m.in. następujących wyjaśnień „Zamawiający zgodnie z opinią radcy prawnego uznał dokumenty zastrzeżone w ofercie PORR S.A. za zastrzeżone skutecznie. W związku z tym zamawiający nie odtajnił żadnej części zastrzeżonej oferty.”

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 (t.j. 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, 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.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PORR S.A. w zakresie nazwy podmiotu trzeciego prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom w zakresie nazwy podmiotu, na którego zdolnościach technicznych i zawodowych wykonawca polega, powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną. Możliwość zastrzeżenia niektórych, załączonych do oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowane w sposób ścisły. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. W przypadku zastrzeżonej części oferty wykonawcy PORR S.A. uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt ogólne i nie poparte żadnymi dowodami. Nie powinno być zatem oparciem dla zamawiającego przy podjęciu decyzji o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty ww. wykonawcy.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wskazać, iż wykonawca PORR S.A. nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganej nazwy podmiotu trzeciego. Przede wszystkim wykonawca nie wykazał, aby odtajnienie nazwy podmiotu trzeciego w przedmiotowym postępowaniu umożliwiałoby konkurentom nawiązanie współpracy z ww. podmiotem. W sytuacji, gdy odpowiedni dobór podmiotów trzecich był istotnym elementem uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, to do obowiązków wykonawcy należało opisanie i wyjaśnienie wartości gospodarczej wskazanej informacji. Tymczasem, wykonawca jako argument dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał głównie możliwość „przejęcia” i „podkupienia” przez pozostałe podmioty potencjału kadrowego dysponującego odpowiednim doświadczeniem, a więc argument typowy dla zastrzeżenia treści wykazu osób w zakresie kluczowego personelu. Jednakże wykonawca nie udowodnił, iż obawa przed ww. „przejęciem” i „podkupieniem” potencjału kadrowego podmiotów, z którymi nawiązał współpracę (na zasobach których polega), jest uzasadniona gospodarczo, technicznie, technologicznie czy organizacyjnie. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie zabezpieczenia się przez niego przed możliwością dopuszczenia ww. informacji w zakresie nazw podmiotów trzecich do publicznej wiadomości.

Ponadto wykonawca PORR S.A. w zakresie podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności wskazanych informacji, powoływał się w uzasadnieniu na wewnętrzne reguły obiegu dokumentów, technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci

informatycznych, czy odpowiednie klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. Ponadto wskazano, iż dostęp do niniejszych informacji ma ograniczony i ściśle określony krąg osób. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż wykonawca w uzasadnieniu powoływał się na dokumenty wewnętrzne lub opisywał ogólnie oświadczenia podpisane przez pracowników, nie przytaczając ich treści oraz nie załączając ich jako dowodów do ww. uzasadnienia. Wykonawca nie opisał również polityki bezpieczeństwa, którą prowadzi w zakresie obiegu dokumentów oraz sposobu dostępu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, jak również nie przedstawił dowodów, które powyższe okoliczności by potwierdzały. Zgodnie z powyższym, należy poddać pod wątpliwość, na jakiej podstawie zamawiający ocenił, iż polityka bezpieczeństwa wskazana przez ww. wykonawcę jest rzeczywiście prowadzona.

Następnie należy stwierdzić, iż uznanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie na podstawie złożonych wraz z ofertą wyjaśnień wykonawcy PORR S.A. w zakresie nazw podmiotów trzecich, również w stosunku do wszystkich dokumentów odnoszących się do ww. podmiotów trzecich, złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jest nieuzasadnione. Bowiem, jak wskazano to powyżej, ww. wykonawca nie wykazał w wystarczający sposób objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nazw tych podmiotów. Wykonawca PORR S.A. przedłożył przedmiotowe dokumenty z pieczętką „*tajemnica przedsiębiorstwa*”, w tym m.in. informacje z CEIDG przedsiębiorców, które co do zasady są dokumentami jawnymi.

Reasumując, należy po pierwsze wskazać, iż zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa opierając się jedynie na oświadczeniu wykonawcy PORR S.A., iż dokumenty wewnętrzne wykonawcy uzasadniają zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie potencjału kadrowego, jak i nazw podmiotów na których zdolnościach wykonawca polega. Po drugie, w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał jedynie na ogólnikowe informacje w zakresie podjętych kroków mających na celu zachowanie informacji zamieszczonych w dokumentach zawierających nazwę wskazanego podmiotu jako poufną.

Tym samym, nie można uznać, że informacje dotyczące nazwy podmiotu, na którego zdolnościach ww. wykonawca polega, została skutecznie objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinna być zostać ujawniona przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy ZnK.

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.