

UZP/DKZP/KU/116/18

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu
ul. Bolesława Prusa 75-79
50-316 Wrocław

Rodzaj zamówienia: dostawy

Przedmiot zamówienia: „Dostawa 50 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu”

Data wszczęcia postępowania: 13.12.2017 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2017/S 239 – 496850

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

Wartość zamówienia: 140 000 000,00 zł (tj. 33 533 737,34 euro) – wraz z prawem opcji, w tym 70 000 000,00 zł (16 766 868,67 euro) wartość zamówienia podstawowego

Środki UE: Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego 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, stwierdza naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 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 XX złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa strony 7-12 oferty. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie, w którym przedstawił uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wskazując, iż: *„W związku z faktem zastrzeżenia poufności części ofert złożonej w niniejszym postępowaniu informujemy, iż zawarte w tej części informacje mają istotne znaczenie gospodarcze dla naszego Przedsiębiorstwa.*

Korzystając z przysługujących nam uprawnień pozwalających na rozszerzenie zakresu ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z działalnością zawodową Wykonawcy, w tym wszelkich informacji, mających dla naszego przedsiębiorstwa wartość gospodarczą, wykonawca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji.

Dotyczy to:

- informacji technicznych zawartych w dokumentach świadectw homologacji,*
- wyników testów SORT,*
- rysunków technicznych,*
- opisów technicznych autobusów ze względu na unikalność zastosowanych rozwiązań technicznych – konstrukcyjnych.*

Uwzględnione w świadectwach homologacji dokładne wyniki przeprowadzonych pomiarów i badań mogą stanowić cenne źródło informacji na temat funkcjonalności rozwiązań stosowanych przez XX.” W ocenie wykonawcy „wymienione powyżej dokumenty zawierają szczegółowe informacje techniczne dotyczące oferowanych pojazdów, oraz zastosowanych w nich rozwiązań, unikalnych dla konstrukcji XX.

Posiadanie tak zgromadzonej wiedzy – bez uprzedniego poniesienia nakładów i ryzyka gospodarczego związanego z opracowaniem danych rozwiązań – przez konkurentów XX, stawiałoby ich w uprzywilejowanej pozycji rynkowej w stosunku do XX.

Treści zawarte w części zastrzeżonej oferty stanowią dla nas zbiór informacji, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W toku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie na jakiej podstawie uznał treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, którą wykonawca - XX, objął informacje zawarte na stronach 7-12 złożonej oferty, za zasadną oraz skutecznie zastrzeżoną?

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 24.09.2018 r. udzielił m.in. następujących wyjaśnień:

„W odniesieniu do zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści w ofercie Wykonawcy od strony nr 7 do 12, w zakresie:

- a) skuteczności wniesionego zastrzeżenia: Wykonawca wniósł zastrzeżenie zgodnie z postanowieniami art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. Wykonawca, w terminie składania ofert zastrzegł informacje, które nie mogą być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, zastrzeżenie zostało wniesione skutecznie, zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp,*
- b) zasadności wniesionego zastrzeżenia: Wykonawca w swojej ofercie zastrzegł, by nie ujawniać treści zawartych na stronie od 7 do 12, które stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, jednocześnie poinformował, że treść zastrzeżenia, w tym i uzasadnienia, objęta jest ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie zastrzeżone treści nie stanowiły informacji, które na mocy art. 86 ustawy Pzp nie mogą zostać zastrzeżone i podlegają ujawnieniu z mocy ustawy.”*

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że zasada jawności postępowania określona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Wyjątek 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 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze 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 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 ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy Znk, 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.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę XX informacji, rysunków i opisów technicznych oraz wyników testów SORT zamawianych pojazdów prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym informacjom, powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne i lapidarne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. 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 zastrzeżenia części oferty wykonawcy XX uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt ogólne i nie poparte żadnymi dowodami. Nie powinno być zatem oparciem dla zamawiającego przy podjęciu decyzji o odtajnieniu zastrzeżonej części oferty ww. wykonawcy.

Oceniając decyzję zamawiającego polegającą na uwzględnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, rysunków i opisów technicznych oraz wyników testów SORT zamawianych pojazdów należy podkreślić wagę wymienionej wyżej zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta oznacza obowiązek zapewnienia wykonawcom, jak również wszystkim podmiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem, dostępu do informacji związanych z tym postępowaniem. Zamawiający może odstąpić od powyższej zasady i ograniczyć dostęp do informacji

związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z tych przypadków przewiduje art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że powyższa możliwość stanowi wyjątek od ustawowej zasady i nie może być interpretowana rozszerzająco. Zamawiający, oceniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, obowiązany jest zbadać faktyczne zaistnienie przesłanek zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 2 ustawy Znk.

W kontrolowanym postępowaniu okoliczności przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwalają na stwierdzenie, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera wykazanie wartości gospodarczej lub technicznej czy organizacyjnej. Jako argument dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazał jedynie, iż *„wymienione powyżej dokumenty zawierają szczegółowe informacje techniczne dotyczące oferowanych pojazdów, oraz zastosowanych w nich rozwiązań, unikalnych dla konstrukcji XX”* oraz, że *„posiadanie tak zgromadzonej wiedzy (...) przez konkurentów XX, stawiałoby ich w uprzywilejowanej pozycji rynkowej w stosunku do XX”*.

Jednakże wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie zabezpieczenia się przez niego przed możliwością dopuszczenia ww. danych w zakresie informacji, opisów i rysunków technicznych oraz wyników testów SORT do publicznej wiadomości.

Następnie należy stwierdzić, iż uznanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie na podstawie złożonych wraz z ofertą wyjaśnień wykonawcy XX w ww. zakresie, jest nieuzasadnione, bowiem, jak wskazano to powyżej, ww. wykonawca nie wykazał w wystarczający sposób powodu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych informacji.

Reasumując, należy po pierwsze wskazać, iż zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa opierając się jedynie na terminie zastrzeżenia informacji, które nie mogą być udostępniane oraz przedstawieniu zastrzeżonych informacji wskazanych w oświadczeniu wykonawcy XX. Po drugie, w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał jedynie na ogólnikowe informacje dotyczące znaczenia gospodarczego dla przedsiębiorstwa wiadomości zawartych w zastrzeżonej części oferty.

Tym samym, nie można uznać, że informacje techniczne, wyniki testów SORT oraz rysunki i opisy techniczne zamawianych pojazdów zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 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.