

KU/22/18/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S. A. Pl. Starynkiewicza 5 02-015 Warszawa
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia :</b>	Zadanie V.2.1 Uzupełnienie systemu monitoringu natężenia przepływu i ciśnienia wody w sieci wodociągowej – budowa punktów pomiarowych
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (zamawiający zastosował procedurę, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	07.09.2017 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2017/S 171 - 351098
<b>Wartość zamówienia:</b>	1 378 084 570,83 zł (tj. 330 088 043,03 euro) – całkowita wartość Projektu; wartość kontrolowanego zamówienia: 19 694 000,00 zł (tj. 4 717 238,74 euro)

**Środki UE:** Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko  
2014 – 2020; Projekt „Zaopatrzenie w wodę i  
oczyszczanie ścieków w Warszawie – Faza V”

**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 Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 12a ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku niezwłocznego zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego zmian ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm), zwaną dalej „Uznk”, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, złożonego przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o.o.;
- 3) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcy IDS –BUD S.A.

## **UZASADNIENIE**

### 1) Uzasadnienie naruszenia art. 12a ust.3 ustawy Pzp

W kontrolowanym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 05.09.2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07.09.2017 r. pod numerem 2017/S 171 - 351098. Ogłoszenie zostało również zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego [www.mpwik.com.pl](http://www.mpwik.com.pl) od dnia 07.09.2017 r. do dnia 20.10.2017 r.

W toku postępowania zamawiający dokonywał następujących zmian ogłoszenia:

1. Sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 02.10.2017 r. oraz

opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 05.10.2017 r. pod nr 2017/S 191 - 391966.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż ww. zmiana ogłoszenia o zamówieniu została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 17.10.2017 r., tj. 15 dni po przekazaniu zmiany ogłoszenia do UPUE.

2. Sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 13.10.2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17.10.2017 r. pod nr 2017/S 199 - 410191.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż ww. zmiana ogłoszenia o zamówieniu została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 17.10.2017 r., tj. 4 dni po przekazaniu zmiany ogłoszenia do UPUE.

Zgodnie z art. 12a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie po zamieszczeniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub jej przekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieszcza informację o zmianach na stronie internetowej. Przepis ten przewiduje bezwzględny obowiązek niezwłocznego zamieszczenia na stronie internetowej informacji o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu, która została przekazana Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje o dokonaniu dwóch powyższych zmian ogłoszenia o zamówieniu - przekazanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 02.10.2017 r. oraz w dniu 13.10.2017 r. odpowiednio po 15 i 4 dniach od dnia przekazania zmiany ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej.

W związku z tym, iż przepis art. 12a ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłocznie zamieszczenie informacji o zmianach na stronie internetowej, przyjęć należy, iż zamieszczenie zmian treści ogłoszenia, po upływie 15 i 4 dni po ich przekazaniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, stanowi naruszenie art. 12a ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Uzasadnienie naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 Uznk

Pismem z dnia 18.12.2017 r. wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył żądane dokumenty.

Wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł „Wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia”, tj. załącznik nr 2 do IDW.

W wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazał, iż „(...) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, niewątpliwie spełnia wszystkie przesłanki „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można mu odmówić rzeczoności charakteru, bowiem biorąc pod uwagę profil działalności przedsiębiorstwa oraz wiedzę fachową jego pracowników zamówienie niewątpliwie przedstawia wartość nie tylko dla wykonawcy, ale także według obiektywnych kryteriów. Powyższa informacja ma charakter organizacyjny w rozumieniu ustawy, a wykonawca informuje, że co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność. Ponadto z informacji utajnionych wynikają podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa i jego strategią gospodarczą. Podanie do publicznej wiadomości zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom wykonawców i naruszyć relacje konkurencyjne. Może także prowadzić do uzyskania przez przyszłych potencjalnych kontrahentów wykonawcy wiedzy, która może być wykorzystana do podejmowania prób współpracy niezgodnych z zasadami wykonawcy, a które w przypadku ich powodzenia mogłoby skutkować trudnymi do wyobrażenia konsekwencjami finansowymi. (...)” W dalszej części wyjaśnień wykonawca powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Najwyższego.

Pismem z dnia 08.01.2018 r. wykonawca IDS – BUD S.A. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 55/18), w którym zarzucił zamawiającemu m.in. naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacje znajdujące się w wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i że wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. wykazał, iż informacje znajdujące się w wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wyrokiem z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W zakresie ww. zarzutu w wyroku wskazano, iż „(...) Izba oddaliła odwołanie ze względu na treść art. 192 ust. 2 Pzp stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę rozstrzygnięcie w zakresie pozostałych zarzutów, nakazanie odtajnienia zastrzeżonej przez Przystępującego [przyp. kontrolera wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.] części oferty nie zmieniłoby niczego w sytuacji Odwołującego w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę fakt, któremu Odwołujący w toku

rozprawy nie zaprzeczył, że z tytułu informacji ujętych w zastrzeżonym wykazie osób Przystępujący nie uzyskał żadnych dodatkowych punktów w toku oceny oferty. Izba zwraca jednak uwagę, że wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, czyli jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych. 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 zastrzeżonej części oferty Przystępującego, niezależnie od wartości utajnionych informacji uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt lakoniczne. Nie powinno być zatem oparciem dla Zamawiającego przy podjęciu decyzji o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty Przystępującego. (...) Izba zwraca ponadto uwagę, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m. in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej. (...) Mimo potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk, Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, ze względu na fakt, że Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego ujemnie wpłynęło na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.(...)”.

Pismem z dnia 07.03.2018 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy w toku postępowania wykonawcy lub inne podmioty zwracały się do zamawiającego z prośbą o odtajnienie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o.o. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przesłanie pism wykonawców lub innych podmiotów

wraz z odpowiedzią zamawiającego. Ponadto poproszono o wyjaśnienie, czy w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18), w którym Izba stwierdziła, iż „(...) wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania (...)”, zamawiający odtajnił wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożony przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o.o.

Pismem z dnia 12.03.2018 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, iż „W toku postępowania jedynie wykonawca IDS – BUD S.A. zwracał się z prośbą o wgląd do dokumentacji postępowania. Dokumentacja ta została wykonawcy udostępniona z wyłączeniem „wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” złożonego przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o.o., w stosunku do którego wykonawca zastrzegł, iż stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca IDS – BUD S.A., ani żaden inny wykonawca nie zwracał się w toku postępowania z prośbą o odtajnienie powyższego dokumentu. Zagadnienie dotyczące odtajnienia przedmiotowego wykazu osób pojawiło się po raz pierwszy dopiero w odwołaniu wykonawcy IDS – BUD S.A. w postaci podniesionego zarzutu i wniosku o udostępnienie odwołującemu do wglądu wykazu osób. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający uznał odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp (...). Od powyższej czynności zamawiającego, przystępujący (POLAQUA Sp. z o.o.) wniósł sprzeciw. Powyższa kwestia stała się zatem przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku (...) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie w całości (w tym w zakresie nakazania zamawiającemu udostępnienia odwołującemu do wglądu wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia). KIO w uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdziła wprawdzie, iż wskazane przez POLAQUA Sp. z o.o. wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy nie spełniły wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, jednakże uznała, iż nakazanie odtajnienia zastrzeżonej przez przystępującego części oferty nie zmieniałoby niczego w sytuacji odwołującego w postępowaniu. (...)”.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza tylko pozornie wypełnia wskazane w ww. przepisie warunki. Dodatkowe dokumenty, które miały potwierdzać zasadność zastrzeżenia zostały przedstawione dopiero na etapie rozprawy, co w ocenie Izby nie może być uznane za działanie prawidłowe.

Tym samym, dzieląc przywołaną powyżej argumentację przedstawioną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała wprost, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

### 3) Uzasadnienie naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Użyte w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie „niezwłocznie” oznacza bez zbędnej zwłoki, z czego wnioskować należy, że najpóźniej następnego dnia po ustaniu przyczyny przetrzymywania wadium zamawiający powinien zwrócić je wykonawcy.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 20.10.2017 r. Do upływu wyznaczonego terminu złożono 2 oferty:

- 1) POLAQUA Sp. z o.o.
- 2) IDS – BUD S.A.

Pismem z dnia 27.12.2017 r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o.o.

Pismem z dnia 07.03.2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o przesłanie potwierdzenia dokonania zwrotu wadium wykonawcy IDS – BUD S.A.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 12.03.2018 r. zamawiający przesłał potwierdzenie zwrotu wadium ww. wykonawcy. Z załączonego dokumentu wynika, iż zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcy IDS – BUD S.A. w dniu 12.03.2018 r.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż zwrot wadium wykonawcy którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie ponad 2 miesięcy od daty powiadomienia

wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

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.