



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/3/24/DKZP

DKZP.WKZ4.440.3.2024.MŁ

Warszawa, dnia 26.03.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Centrum Realizacji Inwestycji

ul. Targowa 74

03-734 Warszawa

prowadzący postępowanie:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Centrum Realizacji Inwestycji

Region Śląski

ul. Joannitów 13

50-525 Wrocław

Rodzaj zamówienia:

roboty budowlane

Rodzaj procedury:

zamówienie sektorowe

Przedmiot zamówienia:

Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice

Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice
w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach
pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E
65 na odcinku Będzin – Katowice Szopienice Płd. –
Katowice – Katowice Piotrowice”

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa
w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)

**Data wszczęcia
postępowania:** 10.02.2022 r.

**Numer ogłoszenia
o zamówieniu:** 2022/S 032-083025

Wartość zamówienia: 3 815 837 330,52 zł (856 798 394,67 euro) w tym:

- wartość zakresu podstawowego – 3 174 261 740,15 zł
(712 740 645,80 euro), w tym przewidywana wartość
kwoty warunkowej – 279 478 340,01 zł (62 753 354,60
euro);
- prawo opcji 1 – 52 750 241,64 zł (11 844 404,89 euro);
- prawo opcji 2 – 29 868 668,70 zł (6 706 634,79 euro);
- przewidywana wartość zamówień podobnych
558 956 680,03 zł (125 506 709,19 euro).

Środki UE: Projekt planowany do współfinansowania przez Unię
Europejską z Instrumentu "Łącząc Europę"

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie
art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień
Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie przez
Zamawiającego:

- 1) **art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty siedzib (adresów) wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu;**
- 2) **art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zwrot wadium po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą;**
- 3) **art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak dokonania zmiany/wykreślenia treści SWZ w zakresie odnoszącym się do możliwości badania dalszych podwykonawców w przedmiocie podstaw wykluczenia;**
- 4) **art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez poszczególnych wykonawców;**
- 5) **art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności udostępnienia kosztorysu inwestorskiego;**
- 6) **art. 524 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności przekazania wykonawcom informacji o wniesieniu odwołania.**

UZASADNIENIE

1. Z przekazanej do kontroli uprzedniej dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, m.in., że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 21.08.2023 r. oraz z dnia 09.01.2024 r. Zamawiający nie wskazał siedzib (adresów) wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Zaniechanie wskazania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty siedzib (adresów) wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu stanowi naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 18.10.2022 r. Pismami z dnia 10.10.2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 17.12.2022 r. (60 dni), z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, (za wyjątkiem konsorcjum: PORR S.A., Trakcja System Sp. z o. o.) wykonawcy biorący udział w postępowaniu, wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, wraz z potwierdzeniem przedłużenia ważności wadium.

Następnie Zamawiający poinformował gwarantów/poręczycieli wykonawców o zwolnieniu ze wszystkich zobowiązań wynikających z przedłożonych gwarancji wadium i dokonał zwrotu tych gwarancji m.in. w dniach 16.05.2023 r. i 25.01.2023 r.

Mając na uwadze powyższe, że zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

W związku z powyższym, należy wskazać, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, zwrot wadium dokonany w dniach 16.05.2023 r. i 25.01.2023 r., czyli po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stanowi naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zgodnie z punktem 25.5. Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ” – Instrukcja dla Wykonawców Zamawiający wskazał, że: *„Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt 8.4 IDW, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę innym Podwykonawcą lub zrezygnować z powierzania wykonania części Zamówienia danemu Podwykonawcy pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części Zamówienia”.*

Ponadto w pkt. 25.6 SWZ wskazano, że: *„Zapisy pkt 24.4 oraz 24.5 IDW mają zastosowanie do dalszych Podwykonawców”*.

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 08.03.2024 r., Zamawiający został poproszony m.in. o przesłanie wyjaśnień, tj. w oparciu o jakie dokumenty lub oświadczenia Zamawiający zamierzał badać podstawy wykluczenia wobec dalszych podwykonawców.

Pismem z dnia 18.03.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in. że: *„Zamawiający wyjaśnia, że dyspozycja wskazana w pkt 25.6 SWZ TOM I IDW, w której wskazano, że „Zapisy pkt 24.4 oraz 24.5 IDW mają zastosowanie do dalszych Podwykonawców” znalazła się w IDW omyłkowo i nie ma zastosowania na etapie prowadzenia procedury przetargowej na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) jak również na etapie realizacji przedmiotowej umowy.”*.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, należy podnieść, iż zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają Zamawiającemu możliwość zmiany treści SWZ. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany treści SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian treści SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ, etc. A zatem, brak dokonania zmiany/wykreślenia treści punktu 25.6 SWZ w zakresie odnoszącym się do możliwości badania dalszych podwykonawców w przedmiocie podstaw wykluczenia, stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca BUDIMEX S.A. załączył do oferty wyjaśnienia, w których wskazał, iż nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia, określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Wykonawca zastrzegł, iż obejmuje następujące dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

1) Plik „12. TAJEMNICA przedsiębiorstwa_załączniki do self- cleaningu”:

1. Zarządzenie nr 3/2022 prezesa Zarządu, dyrektora generalnego Budimex S.A. z dnia 06.04.2022 r.,

2. Zarządzenie nr 4/2022 prezesa Zarządu, dyrektora generalnego Budimex S.A. z dnia 06.04.2022 r. w sprawie wprowadzenia jednolitych zasad wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
 3. Wytyczne Prezesa Zarządu, Dyrektora Generalnego Budimex S.A. do Zarządzenia nr 3/2022 z dnia 06.04.2022 r. i Zarządzenia nr 4/2022 z dnia 06.04.2022 r. z dnia 06.04.2022 r.,
 4. Polecenie nr 2/2022 Członka Zarządu, dyrektora Pionu Prawno-Organizacyjnego Budimex S.A. z dnia 6 kwietnia 2022 r.,
 5. Umowa na szkolenie z PZP – JEDZ.
- 2) Plik „13. TAJEMNICA przedsiębiorstwa_wyjaśnienia i Dowody do Wyjaśnień”:
1. BUDIMEX_Wyjaśnienia pkt 7_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA,
 2. Zał nr 1_Porozumienie do Umowy z dn 14.07.2021_TAJEMNICA,
 3. Zał nr 2_referencje_Biurowiec Lublin_TAJEMNICA,
 4. Zał nr 3_List Referencyjny Hala Jaskółka,
 5. Zał nr 4_ŚP- RZZO Ostrów Wlkp_TAJEMNICA,
 6. Zał nr 5_List referencyjny RZZO Ostrów Wlkp_TAJEMNICA,
 7. Zał nr 6_Protokół odbioru końcowego Brachyterapia_TAJEMNICA,
 8. Zał nr 7_Protokół odbioru końcowego Drewnica_TAJEMNICA,
 9. Zał nr 8_Opinia IZ Drewnica_TAJEMNICA,
 10. Zał nr 9_Decyzja ws. udzielenia pozwolenia na użytkowanie Drewnica_TAJEMNICA.
- 3) Plik „14. TAJEMNICA przedsiębiorstwa_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c”:
1. BUDIMEX_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust.1 pkt 2 lit. c_TAJEMNICA,
 2. Zał nr 1a - Decyzja - Wronki_TAJEMNICA,
 3. Zał nr 1b - Decyzja - Szamotuły-TAJEMNICA,
 4. Zał nr 2 - dowód uiszczenia kar dot. Placów_TAJEMNICA,
 5. Zał nr 3a - pismo przekazujące odwołanie - Wronki_TAJEMNICA,
 6. Zał nr 3b - pismo przekazujące odwołanie - Szamotuły_TAJEMNICA,
 7. Zał nr 4 - raporty z wyników badań laboratoryjnych_TAJEMNICA,
 8. Zał nr 5 - fragment dokumentu Komisji Europejskiej_TAJEMNICA,
 9. Zał nr 6 - przykładowy wniosek o zatwierdzenie materiałów_TAJEMNICA,
 10. Zał nr 7a - zestawienie KPO - Wronki_TAJEMNICA,
 11. Zał nr 7b - zestawienie KPO - Szamotuły_TAJEMNICA,

12. Zał nr 8 - załączniki do pisma Spółki z dnia 27 lutego 2020_TAJEMNICA,
 13. Zał nr 9a - pismo Spółki z dnia 26 listopada 2019 r. Wronki_TAJEMNICA,
 14. Zał nr 9b - pismo Spółki z dnia 26 listopada 2019 r. Szamotuły_TAJEMNICA,
 15. Zał nr 10 - Dowód rozwiązywania stosunku pracy z Kier Zesp OŚ_TAJEMNICA,
 16. Zał nr 11 - Dowód zatrudnienia radcy prawnego spec się w prawie OŚ_TAJEMNICA,
 17. Zał nr 12 - Struktura zatrudnienia specjalistów ds. OŚ_TAJEMNICA,
 18. Zał nr 13 - Certyfikat ISO 14001 do 2023_TAJEMNICA,
 19. Zał nr 14 - Uchwała Zarządu dot. Biura Audytu Wewnętrznego_TAJEMNICA,
 20. Zał nr 15 - urnowa o przeprowadzenie szkolenia_TAJEMNICA,
 21. Zał nr 16 - Załączniki do tajemnicy przedsiębiorstwa,
 22. Zał nr 17 - Decyzja UD.6132.32.2021.ŁZ_TAJEMNICA,
 23. Zał nr 18 - Odwołanie od decyzji UD.6132.32.2021.ŁZ_TAJEMNICA,
 24. Zał nr 19 - Pismo Spółki uzup odwołanie od decyzji UD.6132.32.2021.ŁZ_TAJEMNICA.
- 4) Pismo z dnia 19.07.2022 r. wraz z załącznikiem tj. plikiem „TAJEMNICA Załączniki”.
- 5) Załączniki do pisma z dnia 01.02.2023 r. dotyczące aktualizacji załączników do złożonego wraz z ofertą dokumentu JEDZ, tj.:
1. Zał. 1 - BUDIMEX_Przesłanka z 7 i 10_Zawiera TP_komplet,
 2. Zał. 2 - Self-cleaning art. 109 ust. 1 pkt 10_Lovosice_zawiera TP,
 3. Zał. 3 - BUDIMEX_self-cleaning środowiskowy_zawiera TP_komplet.

Z kolei konsorcjum: PORR S.A., Trakcja System Sp. z o.o. załączyło do oferty wyjaśnienia, w których wskazało, iż nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia, określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jednocześnie zastrzegając, iż obejmuje następujące dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

- 1) Część pliku „Wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt. 7 (JEDZ) bez tajemnicy-sig”,
- 2) Plik „Wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt. 7 (JEDZ) Tajemnica Przedsiębiorstwa-sig”,
- 3) Plik „Załącznik Procedury i dokumenty PORR Tajemnica Przedsiębiorstwa-sig”.

Ponadto konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o., Stecol Corporation, w tym podmiot udostępniający potencjał Thales Polska sp. z o.o., zastrzegli następujące dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

I. Stecol Corporation - załącznik do dokumentu JEDZ, plik „ZAŁĄCZNIK NR 1 DO JEDZ - UWAGA TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”.

II. Thales Polska sp. z o. o. - część dowodów wymienionych w oświadczeniu składanym na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp („samooczyszczenie”), tj.:

- 1) Dowód nr 7: Lessons Learnt (plik .pdf pn.: Dowód 7. Lessons Learnt TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 2) Dowód nr 8: Program szkoleń (plik .pdf pn.: Dowód 8. Program szkoleń TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 3) Dowód nr 9: Raport szkoleniowy nr 7 (plik .pdf pn.: Dowód 9. Raport szkoleniowy nr 7 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 4) Dowód nr 10: Oświadczenie HR Thales Polska (plik .pdf pn.: Dowód 10. Oświadczenie HR Thales Polska TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 5) Dowód nr 11: Główne Zasady Organizacji i Zatwierdzania Ofert (MRBOA) wraz z tłumaczeniem (pliki .pdf pn.: Dowód 11. MRBOA TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA oraz Dowód 11. MRBOA - tłumaczenie TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 6) Dowód nr 13: Porozumienie z dnia 5 lipca 2019 r. (plik .pdf pn.: Dowód 13. Porozumienie z dnia 05.07.2019 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 7) Dowód nr 14: Analiza zmian w procesie projektowania branż automatyki kolejowej, telekomunikacji i elektroenergetyki dla Thales Polska sp. z o.o. z szczególnym uwzględnieniem rozwoju Wewnętrznego Biura Projektowego (plik .pdf pn.: Dowód 14. Analiza zmian w procesie_WBP TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 8) Dowód nr 15: Procedura przygotowania ofert (plik .pdf pn.: Dowód 15. Przygotowanie ofert TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
- 9) Dowód nr 16: prezentacja Chorus 2.0 Process Essentials wraz z tłumaczeniem (pliki .pdf pn.: Dowód 16. prezentacja Chorus 2.0 Process Essential TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA oraz Dowód 16. Prezentacja Chorus 2.0 Process Essential - tłumaczenie TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)
- 10) Protection of Group Information wraz z tłumaczeniem (pliki .pdf pn.: Zał. 2 do uzasadnienia - Protection of Group information TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA oraz Zał. 2 do uzasadnienia - Protection of Group information - tłumaczenie TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA), stanowiący załącznik nr 2 do niniejszego uzasadnienia.

Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 08.03.2024 r. zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o udzielenie wyjaśnień, tj. czy Zamawiający informował

wykonawców o dokonaniu czynności odtajnienia części ofert zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 18.03.2024 r. udzielił poniższych wyjaśnień:

„Zamawiający nie informował wykonawców o dokonaniu czynności odtajnienia części ofert zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były prawidłowe i wystarczające, w związku z tym nie wystąpiła okoliczność odtajnienia części ofert.”.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zasada jawności postępowania 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. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „ustawą Znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa

może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): *„Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczcyszczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu”.*

W ocenie Prezesa Urzędu ww. wykonawcy nie wykazali, iż zastrzegane informacje mają dla nich jakąkolwiek wartość gospodarczą. Wykonawcy przedstawili jedynie ogólne, lakoniczne, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W omawianym stanie faktycznym wykonawcy zaniechali szczegółowego omówienia wartości gospodarczej

w odniesieniu do dokumentów, którego zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazali, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcom udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawcy zaniechali wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło ich samych. Ponadto w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano, jakie środki zostały przez wykonawców podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji/dokumentów. W szczególności nie wskazano, jakie grono osób spośród pracowników/współpracowników wykonawców ma lub miało dostęp do informacji/dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz, w jaki sposób wykonawcy kontrolują krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji.

W świetle powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu wykonawcy nie wykazali, jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Podkreślić bowiem należy, iż wartość gospodarcza zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. Tym samym, informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią.

Analogiczne stanowisko zaprezentowane zostało w uchwale KIO/KU 34/22 z dnia 28 grudnia 2022 r., w ramach, której KIO poddała analizie zastrzeżenie przez wykonawcę Budimex S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących zrealizowanych kontraktów, wdrożonych certyfikatów (m.in. ISO 14001:2015), dokumentacji dotyczącej wewnętrznych procedur obowiązujących u wykonawcy oraz procedury self-cleaningu (w tym wszystkie dokumenty przedłożone przez wykonawcę w ramach przedmiotowego postępowania w Pliku „12.

TAJEMNICA przedsiębiorstwa załączniki do self- cleaningu"). Kwestionując stanowisko wykonawcy (Budimex S.A.) oraz zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie), iż ww. dokumentom przysługiwał status tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba podkreśliła, iż: „...Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez ww. wykonawców dokumentów/informacji jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tych wykonawców, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawców o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Z nadesłanej do kontroli uprzedniej dokumentacji wynika, że wykonawca ZUE S.A. - Kraków w dniu 21.08.2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania, tj.:

„1. Na podstawie art.74 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ((t.j. Dz.U. 2021, poz. 1129 z późn.zm.) oraz na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) prosimy o niezwłoczne przekazanie kopii elektronicznej protokołu postępowania wraz z załącznikami, za wyjątkiem skanów ofert.

2. Na podstawie art. 1 ust. 1 w zw. art. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1429 z późn. zm., dalej „ustawa o dostępie do informacji publicznej”) w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. 2022, poz. 1710 z późn. zm, dalej „Ustawa PZP”) zwracam się z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznych w zakresie udostępnienia kosztorysu inwestorskiego z cenami jednostkowymi. W myśl orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 12.06.2012 r., sygn. akt II SA/Łd 356/12, kosztorys inwestorski sporządzany przez organ administracji publicznej w toku postępowania o udzielenie zamówienia na realizację zadania publicznego stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 1 i 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, podlega zatem udostępnieniu w trybie tej ustawy.

W związku z powyższym ZUE S.A. jako Lider Konsorcjum zwraca się z wnioskiem o przesłanie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego w przedmiotowym postępowaniu.”.

W dniu 22.08.2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcy link do lokalizacji, w której znajdują się poszczególne materiały przedmiotowego postępowania. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że: „Stanowisko Zamawiającego w sprawie kosztorysu inwestorskiego zostanie przekazane w odrębnej korespondencji.”.

Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 22.03.2024 r. zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o nadesłanie odpowiedzi Zamawiającego (wraz z potwierdzeniem przekazania odpowiedzi wykonawcy) na wniosek wykonawcy ZUE S.A. -- Kraków z dnia 21.08.2023 r., tj. kiedy Zamawiający przesłał wykonawcy kosztorys inwestorski.

W odpowiedzi w dniu 26.03.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że: „(...) nie przesłał Wykonawcy kosztorysu inwestorskiego.”

Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

- 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
- 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Biorąc pod uwagę powyższe w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego, stwierdzić należy, że zaniechanie dokonania czynności udostępnienia kosztorysu inwestorskiego, stanowi naruszenie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Z nadesłanej do kontroli uprzedniej dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że Zamawiający zaniechał dokonania czynności przekazania wykonawcom pisma z dnia 10.05.2022 r., o wniesieniu odwołania przez wykonawcę STECOL Corporation (sygn. akt KIO 1251/22).

Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 22.03.2024 r. zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o nadesłanie potwierdzenia przekazania wykonawcom pism z dnia 10.05.2022 r., którymi Zamawiający informował o wniesieniu odwołania przez wykonawcę STECOL Corporation (sygn. akt KIO 1251/22).

Wraz z pismem z dnia 25.03.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Zamawiający przekazuje jako załącznik potwierdzenie zamieszczenia na Platformie zakupowej pism z dnia 10.05.2022 r., którymi Zamawiający informował o wniesieniu odwołania przez Wykonawcę STECOL Corporation (sygn. akt KIO 1251/22). Jednocześnie Zamawiający informuje, że w opisie pliku PDF Zawiadomienie o odwołaniu_10.02.2022 omyłkowo wpisano 10.02.2022 zamiast 10.05.2022. Ponadto w załączeniu Zamawiający przekazuje treść ww. zawiadomienia.”.

Z uwagi na powyższe Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 26.03.2024 r. ponownie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o nadesłanie potwierdzenia przekazania wykonawcom pism z dnia 10.05.2022 r., którymi Zamawiający informował o wniesieniu odwołania przez wykonawcę STECOL Corporation (sygn. akt KIO 1251/22). Jednocześnie poproszono o wyjaśnienie, czy Zamawiający przekazał przedmiotowe pisma na właściwe adresy poczty elektronicznej wykonawców.

Wraz z pismem z dnia 26.03.2024 r. Zamawiający wyjaśnił m.in., że:

„Zamawiający przekazuje jako załącznik potwierdzenie zamieszczenia na Platformie zakupowej pism z dnia 10.05.2022 r., którymi Zamawiający informował o wniesieniu odwołania przez Wykonawcę STECOL Corporation (sygn. akt KIO 1251/22). Jednocześnie Zamawiający informuje, że w opisie pliku PDF Zawiadomienie o odwołaniu_10.02.2022 omyłkowo wpisano 10.02.2022 zamiast 10.05.2022. Odwołanie wpłynęło na etapie przed otwarciem ofert i dotyczyło treści SWZ. W załączeniu zamawiający przekazuje treść ww. zawiadomienia.”.

Do żadnego z ww. pism Zamawiający nie dołączył potwierdzenia przekazania wykonawcom pism z dnia 10.05.2022 r., o których mowa powyżej.

Zgodnie z treścią art. 524 ustawy Pzp, Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z powyższego przepisu wynika wprost, że Zamawiający informuje wykonawców o wniesionym odwołaniu bez względu na jakim etapie postępowania zostało wniesione. Natomiast w przypadku, gdy odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, dodatkowo zamieszcza tą informację również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia.

Reasumując, zaniechanie dokonania czynności przekazania wykonawcom informacji o wniesieniu odwołania, stanowi naruszenie art. 524 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej Zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.