



# Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

---

DKZP.WKZ5.440.41.2023.DD

dot. KU/41/23/DKZP

Warszawa, dnia 08.09.2023 r.

## Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	Politechnika Wrocławska Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27 50-370 Wrocław
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawy
<b>Rodzaj procedury:</b>	zamówienie klasyczne
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	sukcesywna dostawa systemu obliczeniowego i danych wraz z instalacją i integracją w ramach prowadzonych Projektów na potrzeby Politechniki Wrocławskiej
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	21.12.2022 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2022/S 248-724403
<b>Wartość zamówienia:</b>	110.223.400,00 zł, (tj. 24.749.281,48 euro)

Środki UE:

Program Operacyjny Inteligentny Rozwój na lata  
2014-2020

## 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, 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 informuje o stwierdzonym naruszeniu 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 przedłożonych wraz z ofertą oraz dokumentami złożonymi na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust 1 ustawy Pzp uzasadnień (z wyłączeniem załączników) jako pism skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., że zastrzeżone w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia ww. uzasadnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym.

### UZASADNIENIE

Jak wynika z dokumentacji postępowania przekazanej w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej, wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wraz z ofertą przedłożył dokumenty zawarte w folderze „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, tj. m.in.:

- formularz cenowy,
- oświadczenie dotyczące dostawcy na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia, w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (ustawa z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835)),
- certyfikaty, karty katalogowe, listy komponentów oraz potwierdzenia producentów dotyczące oferowanego sprzętu.

Ponadto, ww. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 02.06.2023 r. (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), przedłożył podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in. dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

- wykaz dostaw wraz z referencjami,

- wykaz osób,
- wykaz narzędzi,
- certyfikaty.

Wraz z ofertą oraz ww. dokumentami złożonymi na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca przedłożył uzasadnienia wraz z załącznikami, wskazując, iż stanowią one również dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W toku prowadzonego postępowania, wykonawcy Format Sp. z o.o. oraz ANDRA Sp. z o.o. zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. ubiegającej się o zamówienie w niniejszym postępowaniu przetargowym. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wystosował do ww. wykonawców odpowiedź e-mail z informacją cyt.: „(...) w załączeniu Oferta złożona w postępowaniu SZP/242-270/2022 (w zakresie części jawnej).”

W związku z powyższym, pismem z dnia 03.08.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o szczegółowe wyjaśnienie, czy i ewentualnie, na jakiej podstawie uznał, iż wszystkie informacje zawarte w dokumentach złożonych wraz z ofertą oraz na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust 1 ustawy Pzp (w tym uzasadnienie), które wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały skutecznie zastrzeżone. Ponadto, zamawiający został poproszony o poinformowanie, czy dokonał czynności odtajnienia jakichkolwiek dokumentów niestanowiących w jego ocenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający przy piśmie z dnia 09.08.2023 r. wyjaśnił, że „(...) podczas oceny ofert w postępowaniu uznał, iż wyjaśnienia Wykonawcy spełniały wszystkie wymagania wskazane w art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

*Spełnione zostały łącznie trzy warunki wymagane aby uznać wskazanie dokumenty za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa:*

- *ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,*
- *nie została ujawniona do wiadomości publicznej,*
- *podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.*

*Także przytoczone przez Wykonawcę wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w ocenie zamawiającego potwierdzały skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.*

*Spółki Format Sp. z o.o. oraz ANDRA Sp. z o.o. które zwróciły się o udostępnienie dokumentów w postępowaniu nie zgłaszały żadnych zastrzeżeń w zakresie udostępnienia im tylko części jawnej*

dokumentów, co dowodzi, że we wskazanym obszarze prowadzenia działalności gospodarczej było to normalne działanie.

*Wobec powyższego Zamawiający nie dokonał odtajnienia dokumentów.*

*Jednakże ze względu na wątpliwości w tym zakresie wskazane w piśmie z dnia 03.08.2023 r. dotyczącym udzielenia wyjaśnień, Zamawiający informuje, że komisja przetargowa ponownie dokona analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku potwierdzenia się wątpliwości co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający dokona odtajnienia części lub całości dokumentów."*

Po dokonaniu ponownej analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający poinformował, że podtrzymuje stanowisko w sprawie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. W załączeniu została przekazana notatka z prac komisji przetargowej, z której wynika, iż „Komisja przetargowa po ponownej analizie uzasadnienia, podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie uznania, że wykonawca skutecznie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Komisja wskazuje, że przedmiot zamówienia nie jest typowym produktem dostępnym powszechnie na rynku ale przedmiotem zamówienia jest stworzenie odpowiedniej konfiguracji urządzeń spełniających wymagania zamawiającego.

*W ocenie komisji zastrzeżenie dotyczy właśnie tego unikalnego sposobu dokonania konfiguracji urządzeń, rodzaju zastosowanych urządzeń, informacji o wykonawcach z którymi współpracuje a także informacje o specjalistach, którzy biorą udział w stworzeniu unikalnego rozwiązania technicznego. Należy uznać, że wyjątkowa sytuacja dotycząca wyłączenia zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego występuje właśnie w badanym przypadku.*

*Wykonawca wskazał wystąpienie wszystkich przesłanek wskazanych w ustawie w art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie dokonał zastrzeżenia informacji, które zgodnie z art. 222 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą być zastrzeżone. Zdaniem komisji przetargowej, niewłaściwe jest zmuszanie wykonawców w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego do ujawniania informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa, wypracowanych relacji handlowych, czy informacji o specjalistach z którymi współpracują przy realizacji kontraktów. W przypadku ujawniania takich informacji wykonawca, który przez lata zdobywał wiedzę i doświadczenie pozbawiłby się swojej pozycji na rynku."*

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, prowadziłyby 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.”.

W ocenie Prezesa Urzędu, wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie wykazał, iż zastrzegane informacje zawarte w obu uzasadnieniach dotyczących objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa (z wyłączeniem załączników do tych uzasadnień) mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Trudno zresztą byłoby wskazać, co w samym uzasadnieniu mogłyby mieć wartość gospodarczą i wymagać zachowania poufności, skoro uzasadnienie to służy jedynie do wykazania zasadności objęcia przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji stanowiących treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (z wyłączeniem załączników do tych uzasadnień). W tym miejscu należy podkreślić, 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.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 02.09.2022 r. (sygn. akt 2194/22): „(...) w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wynika to choćby z powoływanego przez samego przystępującego wyroku Izby z dnia 28.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, w którym stwierdzono: „Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może

*być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to (...). Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawdziwości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne". Trudno zresztą byłoby wskazać (i przystępujący nie wskazał), co w samym uzasadnieniu mogłoby mieć wartość gospodarczą i wymagać zachowania poufności, skoro uzasadnienie to służy jedynie do wykazania, dlaczego inne informacje, np. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podlegają ochronie. Tym samym brak ujawnienia przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk."*

W związku z powyższym, zamawiający poprzez uznanie przedłożonych wraz z ofertą oraz dokumentami złożonymi na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust 1 ustawy Pzp uzasadnień (z wyłączeniem załączników) jako pism skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., że zastrzeżone w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia ww. uzasadnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy 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.

Wykazane 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 Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.