



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/83/23/DKZP
DKZP.WKZ.440.83.2023.IC-G

Warszawa, dnia 12.01.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

| | |
|---------------------------------------|---|
| Zamawiający: | Komenda Główna Straży Granicznej Al. Niepodległości 100 02-514 Warszawa |
| Rodzaj zamówienia: | roboty budowlane |
| Rodzaj procedury: | zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa |
| Przedmiot zamówienia: | Budowa zabezpieczenia granicy państwowej z Białorusią na odcinku rzeki Bug w Nadbużańskim Oddziale Straży Granicznej |
| Tryb postępowania: | przetarg ograniczony w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na podstawie art. 410 ust. 1 ustawy Pzp |
| Data wszczęcia postępowania: | 15.09.2023 r. |
| Numer ogłoszenia o zamówieniu: | 2023/S 181-565953 |
| Wartość zamówienia: | 279 674 796,75 zł (62 797 466,49 euro) |
| Środki UE: | Program Krajowego Instrumentu Wsparcia Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej w ramach Funduszu Zintegrowanego Zarządzania Granicami na lata 2021 – 2027 |

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 ze zm.), 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 przedłożonego przez wykonawcę Sprint S.A. Wykazu osób i informacji w nim zawartych za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym.

UZASADNIENIE

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania wykonawca Sprint S.A. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazał m.in.:

- 1) Wykaz osób, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień do dostępu do informacji niejawnych niezbędnych do wykonania zamówienia i o podstawie do dysponowania tymi osobami (zgodnie z załącznikiem nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu),
- 2) Wykaz osób, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich wykształcenia, uprawnień do dostępu do informacji niejawnych niezbędnych do wykonania zamówienia i o podstawie do dysponowania tymi osobami (zgodnie z załącznikiem nr 5a do ogłoszenia o zamówieniu).

Powyższe dokumenty oraz informacje w nich zawarte, zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca wskazał, że dokonuje zastrzeżenia następujących informacji:

1. Wykaz osób posiadających uprawnienia do dostępu do informacji niejawnych oraz uprawnienia budowlane, instalacyjne w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjne w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, konstrukcyjno-budowlane - w zakresie projektowania i kierowania robotami budowlanymi - wraz z kopiami ważnych decyzji lub innych dokumentów potwierdzających posiadanie ww. uprawnień oraz kopiami ważnych poświadczeń bezpieczeństwa oraz aktualnych zaświadczeń stwierdzających odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;

2. Wykaz osób posiadających wykształcenie wyższe informatyczne, elektroniczne, telekomunikacyjne lub cybernetyczne - wraz z kopiami ważnych dokumentów potwierdzających posiadanie wyższego wykształcenia informatycznego, telekomunikacyjnego, elektronicznego lub cybernetycznego,

czyli informacji dotyczących personelu wykonawcy kierowanego do realizacji zamówienia takie jak dane osobowe personelu w tym informacje o wykształceniu, posiadanych uprawnieniach, itp. Wykonawca podniósł, że powyższe informacje mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą. Zauważono, że „(...) z uwagi na charakter działalności Sprint S.A. oraz charakter zamówienia, istotną wartość gospodarczą stanowią osoby zaangażowane przez wykonawcę, a niezbędne do realizacji zamówienia. Profil spółki Sprint S.A. obejmuje świadczenie m.in. specjalistycznych dostaw i usług teleinformatycznych a także robót budowlanych związanych z szeroko rozumianą teleinformatyką. Ze względu na to, wiedza fachowa osób realizujących przedmiot zamówienia, potwierdzona posiadaniem doświadczeniem, kwalifikacjami oraz certyfikatami, stanowi niewątpliwie kluczową wartość gospodarczą. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku budowlanym, informatycznym i telekomunikacyjnym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczenia się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Powszechną praktyką w realiach gospodarki rynkowej jest stosowanie tzw. „head huntingu”. Gdyby informacja o osobach, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, została przechwycona przez konkurencję, to być może mielibyśmy do czynienia z podejmowaniem prób przejęcia tych osób przez konkurencyjne firmy. (...)” Ponadto wykonawca wyjaśnił, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach mają charakter organizacyjny oraz w jakich płaszczyznach przejawia się wartość przedmiotowych informacji (tj. wartość danych osobowych personelu - ewentualne dysponowanie tymi danymi przez konkurencję ułatwiłoby dotarcie do tych osób i podjęcie prób ich przejęcia oraz informacje o realizowanych przez wskazane osoby projektach - posiadanie tych informacji przez konkurencję umożliwia predykcję co do ewentualnego udziału wykonawcy w przyszłych postępowaniach dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia, co pozwala na efektywne zarządzanie cenami). Wykonawca przedstawił także działania jakie zostały podjęte przez spółkę w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów.

W toku prowadzonej kontroli uprzedniej pismem z dnia 04.01.2024 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie m.in., czy badał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sprint S.A. W przypadku odpowiedzi twierdzącej

poproszono o wyjaśnienie na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wykonawca w sposób prawidłowy zastrzegł ww. dokument.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiający, w piśmie z dnia 09.01.2024 r. wyjaśnił, że „(...) *po zapoznaniu się z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Sprint S.A. uznał zastrzeżenie wykonawcy za zasadne*”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia 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. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej: „ustawa 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*.”. Natomiast treść art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż wykonawca jest uprawniony do zastrzeżenia jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Zgodnie z treścią 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. Na Zamawiającym zaś

cięży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postaci Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przez wykonawcę Sprint S.A. prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim informacji i materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i przez każdego wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte stosownymi dowodami. Wykonawca wywiódł, iż dane osobowe potencjału kadrowego mają charakter organizacyjny i wartość gospodarczą przedsiębiorstwa. Powyższe argumentowano tym, iż wskazywanie danych zasobów kadrowych wykonawcy może doprowadzić do prób ich przejęcia przez konkurencyjnych wykonawców, a w efekcie do wzmocnienia pozycji rynkowej konkurencji. Ponadto, wyszczególniono jakie podjęto działania niezbędne do zachowania poufności informacji, tj. wdrożenie zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, organizacji pracy zespołów projektowych/przetargowych w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach, zawieraniu z pracownikami umów o zakazie konkurencji oraz umów o zachowaniu poufności, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów i rozwiązań w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści do informacji, których publikacja nie naraża wykonawcy na szkodę i zastrzeganiu informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegających ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których wykonawca składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty.

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca Sprint S.A. w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał w wystarczający sposób, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że w Wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko, informacje na temat kwalifikacji zawodowych i posiadane uprawnienia, uprawnienia do dostępu do informacji niejawnych, numer i datę wystawienia zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych

i informację o podstawie do dysponowania osobą – w przypadku Załącznika nr 5 oraz imię i nazwisko, wykształcenie i informację o podstawie do dysponowania osobą – w przypadku Załącznika nr 5a. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji jest bardzo ogólna. Wykonawca powołuje się jedynie ogólnikowo na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach i wykształceniu. Nie wskazano natomiast, czy i jak, jeżeli tak to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też Zamawiającemu żadnego dowodu. Nie zostało również wykazane, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Ponadto nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż informacje na temat nazwisk wskazanych w Załączniku nr 5 pozostają jawne ze względu na przepisy prawa budowlanego. Odnosząc się natomiast wprost do argumentu wykonawcy w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia należy wskazać, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników, poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r., sygn. akt KIO 55/18, w którym Izba wskazała, iż „(...) 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 one ujawnione do wiadomości publicznej. Odnosząc się do podniesionego przez Przystępującego w toku rozprawy argumentu, że ujawnienie wykazu doświadczonych pracowników naraziłoby go na ich „podkupienie” przez konkurencję, a tym samym doprowadziłoby do wymiernych strat oraz trudności ze zrealizowaniem zawartych kontraktów, Izba za prawidłowe uznała stanowisko Odwołującego. W interesie Przystępującego jest zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników – choćby przez stworzenie im na tyle atrakcyjnych warunków pracy, by nie byli skłonni przejść do konkurencyjnych firm.”

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Sprint S.A. informacji zawartych w Wykazie osób – Załączniku nr 5 i Załączniku nr 5a, jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji 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.

Wskazane 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.