

Sygn. akt: KIO/KD 41/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 lipca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 czerwca 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 15 czerwca 2020 r. (znak sprawy KND/48/19/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa ul. Szosa Chełmińska w Toruniu,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na częściowe uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie”), w wyniku której, w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z 15 czerwca 2020 r. (dalej „Informacja”), stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp przez zaniechanie złożenia przez R.W. oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach dokonywanych w Postępowaniu w momencie ujawnienia się wykonawców przez zadawanie pytań do treści SIWZ oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp przez podpisanie umowy oraz protokołu postępowania przez R.W., który podlegał wyłączeniu z postępowania na ww. podstawie;
2. art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp przez zaniechanie złożenia przez M.K. oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach dokonywanych w postępowaniu w momencie ujawnienia się wykonawców poprzez zadawanie pytań do treści SIWZ;
3. § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania przez nieuzasadnione zaniechanie udostępnienia wnioskowanych załączników do protokołu w opisanych niżej okolicznościach w sposób niezwłoczny;
4. art. 96 ust. 3 Pzp przez ograniczenie dostępu do dokumentacji postępowania wyłącznie do treści protokołu postępowania oraz ofert w opisanych niżej okolicznościach;
5. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „Znk”) przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień wykonawcy Strabag sp. z o.o. (dalej „Wykonawca St”) z dnia 21.11.2016 r. wraz z załącznikami oraz całości wyjaśnień wykonawcy Eurovia Polska S.A. (dalej „Wykonawca E”) z pisma z dnia 22.11.2016 r. wraz z załącznikami niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
6. art. 8 ust. 3 Pzp przez nieuprawnioną ocenę zasadności zastrzeżenia dokumentów złożonych na rozprawie w KIO z dnia 20.12.2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PBDI S.A., ERBUD S.A. (dalej „Konsorcjum P”) jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

7. art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów przez żądanie zamawiającego względem podmiotów trzecich przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1, 2, 3, 7 i 8 Rozporządzenia, które było nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do wymagań Zamawiającego postawionych wobec wykonawców.

Uzasadniając postawione zarzuty Kontrolujący przedstawił następujące stanowisko.

Ad 1

W Postępowaniu kierownikiem zamawiającego był R.W. – Dyrektor Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu oraz S.K. – zastępca Dyrektora. Zgodnie z pkt 4.A.1 protokołu Postępowania, kierownik zamawiającego wykonywał czynności w Postępowaniu i nie przekazał upoważnienia do ich wykonywania innym osobom.

Po wszczęciu Postępowania i po zapoznaniu się wykonawców z opisem przedmiotu zamówienia, do Zamawiającego wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. Wnioski o wyjaśnienie SIWZ kierowali: Wykonawca E (23.09.2016 r., 05.10.2016 r., 20.10.2016 r.), AMZ Elektro sp. z o.o. (27.09.2016 r.), PBDiM Kobyłarnia S.A. (30.09.2016 r., 05.10.2016 r., 07.10.2016 r., 14.10.2016 r., 21.10.2016 r.), PBDI S.A. (06.10.2016 r.), Wykonawca St (06.10.2016 r., 13.10.2016 r., 18.10.2016 r.), Skanska S.A. (06.10.2016 r.), P.V. Prefabet Kluczbork S.A. (07.10.2016 r.), El-Mar sp. z o.o. (25.10.2016 r.).

W dniu 14.10.2016 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ przez przedłużenie terminu składania i otwarcia ofert do dnia 14.11.2016 r. W dokumentacji znajduje się kopia pisma w tej sprawie zawierająca podpis wraz z pieczętą kierownika zamawiającego – R.W. oraz podpisy członków komisji przetargowej. Poza tym w dokumentacji znajdują się kopie pism wysłanych w tej sprawie do wykonawców, którzy wnosili pytania do treści SIWZ. Pisma te zostały podpisane przez kierownika zamawiającego – R.W.

W dniu 26.10.2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania, które wpłynęły w terminie przewidzianym w art. 38 ust. 1 Pzp oraz na część pytań, które wpłynęły po upływie tego terminu. W ramach odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił treść SIWZ oraz zmiany pkt 8.4 i 10.1 SIWZ przez dodanie drugiego adresu e-mail do kontaktu wykonawców z Zamawiającym. W dokumentacji znajduje się kopia pisma ze zbiorczym zestawieniem odpowiedzi zawierająca podpis wraz z pieczętą kierownika zamawiającego – R.W. oraz podpisy członków komisji przetargowej. Poza tym w dokumentacji znajdują się kopie pism wysłanych w tej sprawie do wykonawców, którzy wnosili pytania do treści SIWZ. Pisma te zostały podpisane przez kierownika zamawiającego – R.W.

W dokumentacji znajdują się również notatki służbowe: z dnia 26.10.2016 r. oraz z dnia 14.11.2016 r., w których komisja przetargowa wniosła o pozostawienie bez odpowiedzi pism części wykonawców, zawierających pytania do treści SIWZ wniesione po terminie. Na wnioskach znajdują się podpisy komisji przetargowej. Wnioski zostały zaakceptowane i podpisane przez R.W.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 14.11.2016 r. Kierownik zamawiającego oraz członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenia określone w art. 17 ust. 2 Pzp po otwarciu ofert, w dniu 14.11.2016 r. R.W. oświadczył o zaistnieniu podstaw do wyłączenia z art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Według informacji przekazanych do Prezesa Urzędu przez autora wniosku o kontrolę (dalej „Wnioskodawca”), przesłanka, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 3 Pzp dotyczy w przypadku R.W. jego wcześniejszego zatrudnienia u Wykonawcy St. Pismem z dnia 15.03.2019 r. Prezes UZP wezwał Zamawiającego do opisanie okoliczności faktycznych, które spowodowały konieczność wyłączenia się R.W. z Postępowania, zwracając się przy tym o potwierdzenie, czy rzeczywiście powodem wyłączenia na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp były relacje z Wykonawcą St, czy też z innym wykonawcą. W dniu 20.03.2019 r. R.W. odpowiedział na powyższe pismo wskazując: „Nadmieniam jednocześnie, że według wiedzy Zamawiającego, p. D.Z. zainicjował postępowanie prokuratorskie przed Prokuraturą Rejonową Warszawa-Wola w sprawie o sygnaturze PR 2 Ds.2063.2018 o składanie fałszywych oświadczeń przez R.W. – Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu. R.W. był przesłuchiwany w tym postępowaniu w charakterze świadka i pytany o podstawy faktyczne wyłączenia się z udziału w postępowaniu takich wyjaśnień udzielił. Jako świadek, R.W. nie jest upoważniony do udzielania informacji w sprawie postępowania PR 2 Ds. 2063.2018, aczkolwiek z informacji, które z tego postępowania uzyskał D.Z., a następnie swobodnie się nimi posługiwał, wynika, że są mu znane okoliczności faktyczne tego wyłączenia”. Po ponownym wezwaniu Prezesa Urzędu z dnia 04.10.2019 r. o sprecyzowanie informacji Zamawiający pismem z dnia 07.10.2019 r. poinformował, że: „[...]jako świadek w prowadzonym z zawiadomienia D.Z. postępowaniu Prokuratury Rejonowej Warszawa-Wola w sprawie o sygnaturze PR 2 Ds.2063.2018 o składanie fałszywych oświadczeń przez R.W. – Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu, według mojej najlepszej wiedzy, nie jestem upoważniony do udzielania informacji objętych tym postępowaniem. Nie jest też mi wiadomo, jaki jest obecny jego etap. Wydaje się zatem, że właściwym organem mogącym udzielić informacji w tym zakresie, jest Prokuratura Rejonowa Warszawa-Wola”. W powyższym piśmie R.W. nie udzielił żądanych

informacji, jednak potwierdził, że Wnioskodawca – D.Z. zna podstawy faktyczne wyłączenia. Nieuzyskanie przez Kontrolującego precyzyjnych informacji o okolicznościach faktycznych, które spowodowały wyłączenie się z Postępowania R.W., w tym w szczególności czy były to relacje z Wykonawcą St, pozostają poza koniecznością ich ustalenia dla oceny czynności podjętych przez R.W., gdyż jak wynika z dokumentacji pytania do SIWZ w Postępowaniu zadawali wszyscy wykonawcy, którzy złożyli następnie oferty, z wyłączeniem jednego podmiotu, który występował jako członek konsorcjum. W związku z tym lista wykonawców, którzy ostatecznie złożyli oferty w Postępowaniu właściwie pokrywa się z listą podmiotów, które ujawniły się na etapie zadawanych pytań do treści SIWZ w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli: (pkt 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; (pkt 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, będą czynności dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które w przetargu nieograniczonym stanowi publikacja ogłoszenia o zamówieniu) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego). W konsekwencji obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania. Powyższy obowiązek nie będzie natomiast dotyczył osób, które realizowały czynności poprzedzające wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak: szacowanie wartości zamówienia lub przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z opisem przedmiotu zamówienia.

Należy również zauważyć, że obowiązek złożenia ww. oświadczenia aktualizuje się w następstwie takich czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności pozwolą na zidentyfikowanie wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego. Dopiero bowiem identyfikacja wykonawców w postępowaniu pozwala na ustalenie istnienia określonych relacji między wykonawcami, a osobami działającymi w imieniu zamawiającego. Za czynności, które ujawniają wykonawcę w danym postępowaniu należy uznać wniesienie pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku skorzystania przez wykonawców z tego uprawnienia, jak również otwarcie złożonych ofert.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy, kierownik zamawiającego – R.W. złożył w dniu otwarcia ofert, tj. w dniu 14.11.2016 r. oświadczenie o zaistnieniu podstawy do wyłączenia z art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Jak zostało ujawnione podejmował czynności w Postępowaniu na etapie przed składaniem ofert, przez udzielanie odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści SIWZ składane przez wykonawców w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. W związku z tym, że praktycznie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu zwracali się o wyjaśnienie treści SIWZ, przesłanki do złożenia oświadczenia przez R.W. materializowały się już w momencie wniesienia pytań przez wykonawcę, w kontekście którego w dniu składania ofert zostało złożone przez R.W. stosowne oświadczenie o wyłączeniu. W konsekwencji, już od momentu wpływu pierwszego z pism tego wykonawcy, w którym ujawnił on swój udział w Postępowaniu, istniała możliwość dokonania przez osoby wchodzące w skład komisji przetargowej oceny zaistnienia przesłanek wyłączenia z postępowania określonych w art. 17 ust. 1 Pzp. Twierdzenie o konieczności zbadania obowiązku złożenia oświadczenia w tym momencie wspiera przy tym dokument wewnętrzny zamawiającego – Zakładowy Regulamin Udzielania Zamówień Publicznych Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu (dalej „Regulamin”). Zgodnie bowiem z § 14 ust. 1 Regulaminu „bezpośrednio po zapoznaniu się ze stronami postępowania członkowie komisji składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie, że nie podlegają lub podlegają wyłączeniu z postępowania zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp”. Przepis ten wyznacza jako moment badania podstaw do wyłączenia „zapoznanie się ze stronami postępowania”, nie zaś konkretnie, np. otwarcie ofert. Jak wskazano wyżej, identyfikację wykonawców, a więc „zapoznanie się” członków komisji przetargowej z nimi, umożliwia już otrzymanie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ.

W kontrolowanej sprawie, okoliczności, które spowodowały decyzję o wyłączeniu R.W. z udziału w Postępowaniu w dniu otwarcia ofert, były aktualne również wcześniej – w dniu

wpływu wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. W tamtym momencie nie doszło jednak do złożenia przez ww. osobę oświadczenia z art. 17 ust. 2 Pzp. R.W. dokonywał czynności w Postępowaniu w okresie od wpływu ww. wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ do dnia otwarcia ofert. Jak opisano wyżej, jako kierownik zamawiającego, w dniu 14.10.2016 r. dokonał zmiany SIWZ przez przedłużenie terminu składania i otwarcia ofert, w dniu 26.10.2016 r. udzielił odpowiedzi na pytania do treści SIWZ wraz z dokonaniem formalnej zmiany SIWZ, jak również zatwierdził notatki służbowe komisji przetargowej z dnia 26.10.2016 r. oraz z dnia 14.11.2016 r.

Powody wyłączenia wskazane przez R.W. a odnoszące się do relacji z wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu, jak również kierował wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, mogły rzutować nie tylko na czynności po otwarciu ofert, względem których R.W. się wyłączył, ale również na czynności wcześniejsze, w tym przypadku na udzielanie odpowiedzi na pytania do treści SIWZ oraz zmiany SIWZ. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada wykonywania czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 7 ust. 2 Pzp). Obowiązkiem osób zaangażowanych w przygotowanie lub prowadzenie postępowania po stronie zamawiającego jest zatem działanie w zgodzie ze stanem faktycznym i prawnym, niezależnie od własnych opinii, odczuć, preferencji lub interesów. Przepisy Pzp wymagają zatem, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie brały udziału osoby pozostające w określonych relacjach z wykonawcą. Przepisy te mają gwarantować, że czynności po stronie zamawiającego, wykonywać będą osoby, które w toku postępowania nie będą kierować się względami osobistymi, co może mieć kluczowe znaczenie dla jego wyniku. Naruszenie tej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływałoby negatywnie na zachowanie zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W świetle przepisów Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wykonywać zatem wyłącznie osoby, których uczestnictwo w procedurze udzielenia zamówienia nie powoduje powstawania konfliktu interesów. Pojęcie to zdefiniowane zostało w art. 24 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W myśl tego przepisu, pod pojęciem konfliktu interesów należy rozumieć każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania

mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Ustawodawca unijny podkreśla konieczność podjęcia przez instytucje zamawiające z państw członkowskich odpowiednich kroków, które mają zapobiegać konfliktom interesów, rozpoznawać je i likwidować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby nie dopuścić do zakłócenia konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Realizacja powyższych zasad w okolicznościach sprawy powinna prowadzić do wniosku, że osoba podlegająca wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nie powinna wykonywać czynności już od momentu identyfikacji wykonawcy w drodze wniesienia pytań do treści SIWZ. Zasada określona w art. 7 ust. 2 Pzp, oparta na przepisie art. 24 Dyrektywy 2014/24/UE, nie dopuszcza do zaistnienia chociażby zagrożenia dla bezstronności i niezależności osób wykonujących czynności w postępowaniu. W przypadku, gdy między kierownikiem zamawiającego a wykonawcą zachodzą okoliczności przewidziane w art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, to udzielenie odpowiedzi na pytania do treści SIWZ tego wykonawcy wywołuje uzasadnione wątpliwości co do zachowania bezstronności i niekierowania się względami osobistymi w działaniu tej osoby. W konsekwencji już na tym etapie zaistniała sytuacja niedopuszczalnego konfliktu interesów kierownika zamawiającego. Prawidłowa ocena zaistniałych okoliczności powinna prowadzić do złożenia przez R.W. oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach postępowania w dniu wpływu do MZD w Toruniu pytań do treści SIWZ, tj. momentu ujawnienia się wykonawcy, w odniesieniu do którego materializowała się przesłanka wyłączenia się z podejmowania czynności w Postępowaniu przez R.W. Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Niezrealizowanie tego obowiązku, tj. złożenia oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach dokonywanych w postępowaniu w momencie ujawnienia się wykonawców poprzez zadawanie pytań do treści SIWZ, stanowi naruszenie art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp.

Udział w czynnościach postępowania kierownika zamawiającego podlegającego wyłączeniu ze względu na powiązania z jednym z wykonawców, powoduje konieczność oceny wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Zgodnie z art. 165 ust. 1 Pzp,

Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. W kontrolowanym postępowaniu pytania do treści SIWZ dotyczyły głównie opisu przedmiotu zamówienia oraz doprecyzowania zakresu dokumentacji projektowej. Wyjaśnienia Zamawiającego miały zatem wpływ na ukształtowanie zakresu robót budowlanych, sposobu ich wykonania, a więc na treść świadczenia wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp kierownik zamawiającego jest osobą odpowiedzialną za przeprowadzenie postępowania. Podpisanie zmiany SIWZ oraz wyjaśnień do treści SIWZ przez R.W., działającego jako kierownik zamawiającego, spowodowało przyjęcie odpowiedzialności za treść ww. czynności przez R.W. Sytuacja, w której R.W. udzielał odpowiedzi na pytania zadawane do SIWZ, jako osoba powiązana z wykonawcą, spowodowała zaistnienie okoliczności wskazujących na zaistnienie konfliktu interesów w relacji tego wykonawcy z R.W. W tych okolicznościach naruszony obowiązek wyłączenia się z Postępowania z momentem ujawnienia się wykonawców przez zadawanie pytań do treści SIWZ dawał możliwość wpływu na ukształtowanie ostatecznej treści opisu przedmiotu zamówienia, decydującego o sposobie kalkulacji ofert przez zainteresowanych wykonawców. Z tych względów stwierdzone naruszenie Pzp należy określić jako mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Po dokonaniu w Postępowaniu ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający podpisał umowę na realizację zamówienia z wykonawcą Skanska S.A. (dalej „Wykonawca Sk”) w dniu 17.03.2017 r.

Ze strony Zamawiającego umowa została podpisana przez kierownika zamawiającego – R.W., który był wyłączony od udziału w czynnościach Postępowania. Jak opisano wyżej w uzasadnieniu, czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 Pzp, będą w szczególności czynności dokonywane od momentu wszczęcia postępowania do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego). Kwestia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r. (sygn. III CZP 103/10), stwierdził, że „[...] postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. [...], da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy.

Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego [...]”. W konsekwencji obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, dotyczyć będzie również osoby podpisującej umowę w sprawie zamówienia publicznego. Czynność zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego stanowi bowiem ostatnią czynność wykonywaną w postępowaniu, a osoby zaciągające zobowiązanie z tego tytułu powinny podlegać weryfikacji pod kątem konfliktu interesów. Z powyższego wynika, że umowa na realizację zamówienia publicznego nie może być podpisana przez osobę, która wcześniej złożyła oświadczenie potwierdzające zaistnienie przesłanki wyłączenia od udziału w czynnościach postępowania.

W kontrolowanej sprawie R.W. był osobą podlegającą wyłączeniu z Postępowania, w związku z czym nie był uprawniony do wykonywania w nim czynności. Wyłączenie obejmowało również dokonanie czynności podpisania umowy na realizację zamówienia publicznego. Podpisanie umowy przez R.W. jako osobę podlegającą wyłączeniu z Postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, stanowi naruszenie tych przepisów. Należy zauważyć, że podpisanie umowy stanowiło następstwo ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Sk. Czynność wyboru natomiast została dokonana przez osobę uprawnioną – kierownika zamawiającego – S.K. Z tych względów stwierdzone naruszenie nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

W toku Postępowania Zamawiający prowadził protokół postępowania, o którym mowa w art. 96 ust. 1 Pzp, na formularzu ZP-PN, stanowiącym załącznik do Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128). Punkt 36 protokołu zawiera rubrykę: „Osoba zatwierdzająca protokół”, w którym podpis składa kierownik zamawiającego, bądź pracownik zamawiającego upoważniony przez kierownika wraz z podaniem miejscowości i daty. W kontrolowanej sprawie protokół został zatwierdzony w dniu 17.03.2017 r. podpisem złożonym przez R.W.

Zgodnie z art. 2 pkt 7b Pzp, przez protokół postępowania należy rozumieć dokument sporządzany przez zamawiającego w formie pisemnej, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek jego sporządzenia powstaje w chwili wszczęcia postępowania, następnie wypełniany jest w trakcie postępowania wraz z dokonywaniem poszczególnych czynności.

W kontrolowanym postępowaniu R.W. wyłączył się z wykonywania czynności w dniu otwarcia ofert. Dokumentacja Postępowania wskazuje, że czynności po tym terminie dokonywała druga osoba wskazana jako kierownik zamawiającego – S.K. W związku z tym R.W. nie był osobą właściwą do zatwierdzenia protokołu, który zawiera informacje potwierdzające wykonane czynności w całym postępowaniu. R.W. był osobą podlegającą wyłączeniu z Postępowania w opisywanych wyżej okolicznościach i w związku z tym nie mógł podejmować w nim czynności. Z tego względu nie był również osobą uprawnioną do zatwierdzenia protokołu, który obrazuje i potwierdza przebieg czynności Postępowania. Osobą właściwą do podpisania protokołu była osoba dokonująca poszczególnych czynności, pełniąca również funkcję kierownika zamawiającego – S.K. Zatwierdzenie protokołu postępowania przez R.W., jako osobę podlegającą wyłączeniu z Postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, stanowi naruszenie tego przepisu. Należy zauważyć, że protokół stanowi wyłącznie sprawozdanie z wcześniej podjętych czynności w postępowaniu, w związku z czym zatwierdzenie protokołu postępowania nie oddziałuje na nie i nie zmienia procedury udzielenia zamówienia. W związku z tym zatwierdzenie protokołu Postępowania przez R.W. jako osoby wyłączonej od udziału w postępowaniu nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik Postępowania.

Ad 2

W Postępowaniu komisja przetargowa została powołana w dniu 20.09.2016 r. w drodze zarządzenia nr 120.1.121/16 Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu. Komisja została powołana w składzie: M.K. – przewodniczący, M.K. – sekretarz, M.W., A.F., R.S. – członkowie.

Prezes Urzędu powtórzył ustalenia faktyczne związane z przebiegiem Postępowania opisane w pkt 1 powyżej i wskazał, że w dniu otwarcia ofert (14.11.2016 r.) M.K. oświadczyła o zaistnieniu podstawy do wyłączenia z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp. Pozostałe osoby złożyły oświadczenie o braku podstaw do wyłączenia z Postępowania.

Opis charakteru stosunku prawnego lub faktycznego, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp łączącego M.K. z jednym z wykonawców został zawarty w postanowieniu wydanym przez Prokuraturę Rejonową Toruń Centrum-Zachód w Toruniu, która rozpatrywała zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa w toku prowadzenia Postępowania. W dniu 01.02.2018 r. prokuratura wydała postanowienie, sygn. akt PR 2 Ds. 4.2018, w którym odmówiła wszczęcia śledztwa. W treści uzasadnienia wskazano m. in.: „M.K. zatrudniona była w Miejskim Zarządzie Dróg w Toruniu. Z kolei jej małżonek – P.K. od 2009 roku pełnił w spółce

S. funkcje kierownika budowy i menedżera projektów. Brał on udział w zespołach kalkulujących cenę ofert organizowanych przez MZD w Toruniu”.

Ponadto należy zauważyć, że w toku Postępowania wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12.12.2016 r. odwołanie Konsorcjum P. Odwołujący podniósł m. in. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wyłączenia M.K. wykonującej czynności w postępowaniu, mimo że pozostaje z Wykonawcą Sk w takim stosunku faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tej osoby, co miało wpływ na wynik Postępowania. Konsorcjum P podniosło, że mężem M.K. jest P.K. pełniący funkcję kierownika budowy oraz menadżera projektu u Wykonawcy Sk. Co jednak najbardziej znamienne P.K. wykonuje swoją funkcję na budowach na terenie Torunia i okolic, a więc właśnie w obszarze działania Zamawiającego. W ocenie Konsorcjum P, P.K. jako kierownik budowy czy menadżer projektu musi brać udział w przygotowywaniu ofert składanych Zamawiającemu. Na potwierdzenie powyższych informacji Konsorcjum P wskazało przykładowo na inwestycję „Budowa trasy północnej średnicowej w Toruniu” realizowanej na rzecz Zamawiającego w latach 2013-2015, w ramach której P.K. pełnił funkcję kierownika budowy oraz menadżera projektu. Tym samym, zdaniem Konsorcjum P, w przypadku wystąpienia sytuacji, w której część dochodu M.K. i P.K., pochodzi od Wykonawcy Sk, i wysokość którego może być uzależniona od ilości wygranych przez niego projektów, M.K. nie powinna wykonywać jakiegokolwiek czynności w Postępowaniu. Momentem, w którym M.K. powinna się z niego wyłączyć był najpóźniej moment, w którym Wykonawca Sk ujawnił się jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty (w momencie zadawania pytań do SIWZ lub najpóźniej w dniu otwarcia ofert).

Powyższy zarzut nie został oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wydanym w dniu 22.12.2016 r. wyroku o sygn. KIO 2313/16, ponieważ nie podlegał rozpatrzeniu na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp.

Oferta Wykonawcy Sk została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu, o czym zamawiający poinformował ostatecznie w dniu 06.02.2017 r. Umowa z tym wykonawcą została podpisana w dniu 17.03.2017 r.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za

złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 i 2 Pzp, będą czynności dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które w przetargu nieograniczonym stanowi publikacja ogłoszenia o zamówieniu) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego). W konsekwencji obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania. Powyższy obowiązek nie będzie natomiast dotyczył osób, które realizowały czynności poprzedzające wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak: szacowanie wartości zamówienia lub przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z opisem przedmiotu zamówienia.

Należy również zauważyć, że obowiązek złożenia ww. oświadczenia aktualizuje się w następstwie takich czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności pozwolą na zidentyfikowanie wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego. Dopiero bowiem identyfikacja wykonawców w postępowaniu pozwala na ustalenie istnienia określonych relacji między wykonawcami, a osobami działającymi w imieniu zamawiającego. Za czynności, które ujawniają wykonawcę w danym postępowaniu należy uznać wniesienie pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku skorzystania przez wykonawców z tego uprawnienia, jak również otwarcie złożonych ofert.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy, sekretarz komisji przetargowej – M.K. złożyła w dniu otwarcia ofert, tj. w dniu 14.11.2016 r. oświadczenie o zaistnieniu podstawy do wyłączenia z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jak zostało ujawnione, M.K. pozostawała w związku małżeńskim z P.K., pełniącym funkcję kierownika budowy oraz menadżera projektu u Wykonawcy Sk. Składając ww. oświadczenie po otwarciu złożonych ofert M.K. stwierdziła zatem, że ta relacja stanowi taki stosunek prawny, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności w prowadzonym postępowaniu. W konsekwencji M.K. uznała za konieczne wyłączenie się z wykonywania czynności w dalszym toku postępowania.

Jak opisano wyżej, Wykonawca Sk podjął czynności w Postępowaniu na etapie przed składaniem ofert, przez zwrócenie się do Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ pismem z dnia 06.10.2016 r. W konsekwencji już od tego momentu wykonawca ten ujawnił swój udział w Postępowaniu, co umożliwiło osobom wchodzącym w skład komisji przetargowej ocenę zaistnienia przesłanek wyłączenia z postępowania

określonych w art. 17 ust. 1 Pzp. Twierdzenie o konieczności zbadania obowiązku złożenia oświadczenia w tym momencie wspiera przy tym obowiązujący u Zamawiającego Regulamin. Zgodnie bowiem z § 14 ust. 1 „bezpośrednio po zapoznaniu się ze stronami postępowania członkowie komisji składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie, że nie podlegają lub podlegają wyłączeniu z postępowania zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp”. Przepis ten wyznacza jako moment badania podstaw do wyłączenia „zapoznanie się ze stronami postępowania”, nie zaś konkretnie np. otwarcie ofert. Jak wskazano wyżej, identyfikację wykonawców, a więc „zapoznanie się” członków komisji przetargowej z nimi, umożliwia już otrzymanie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ.

W kontrolowanej sprawie, okoliczności, które spowodowały decyzję o wyłączeniu M.K. z udziału w Postępowaniu w dniu otwarcia ofert, były aktualne również wcześniej – w dniu wpływu wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ Wykonawcy Sk. W tamtym momencie nie doszło jednak do złożenia przez ww. osobę oświadczenia z art. 17 ust. 2 Pzp. M.K. brała udział w czynnościach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okresie od wpływu ww. wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ do dnia otwarcia ofert. Jak opisano wyżej, M.K. była sekretarzem komisji przetargowej powołanej do przygotowania i przeprowadzenia niniejszego postępowania w dniu 20.09.2016 r. w drodze zarządzenia Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu. Jako osoba wchodząca w skład komisji przetargowej składała swój podpis na wymienionych wyżej dokumentach sporządzonych w ramach wyjaśnień i zmian SIWZ, tj. na piśmie dotyczącym zmiany SIWZ z dnia 14.10.2016 r., na piśmie zawierającym wyjaśnienia i zmianę SIWZ z dnia 26.10.2016 r. oraz na notatkach służbowych: z dnia 26.10.2016 r. oraz z dnia 14.11.2016 r. Pismo z dnia 26.10.2016 r. zawierało m. in. odpowiedzi na pytania do SIWZ skierowane przez Wykonawcę Sk. Powyższe pisma, zatwierdzone podpisami członków komisji przetargowej, były następnie wysyłane do wykonawców z podpisem kierownika zamawiającego. Sekretarz, jak i pozostali członkowie komisji przetargowej wykonywali swoje zadania w oparciu o Regulamin. W § 15 ust. 1 Regulamin określa podział czynności między członków komisji przetargowej: tj. przewodniczącego, sekretarza i członka komisji. W zakresie wyjaśniania treści SIWZ regulamin przewiduje, że przewodniczący komisji odpowiada za udzielenie wyjaśnień dotyczących treści SIWZ (§ 15 ust. 1 pkt 1 tiret trzecie), sekretarz odpowiada za przygotowanie projektów dokumentów wyjaśnień dotyczących treści SIWZ w zakresie formalnym (§ 15 ust. 1 pkt 2 tiret ósme), członkowie odpowiadają za przygotowanie projektów wyjaśnień dotyczących treści SIWZ w zakresie merytorycznym (§ 15 ust. 1 pkt 1 tiret trzecie).

Do powyższej kwestii podziału obowiązków między członków komisji przetargowej odnosił się Zamawiający w piśmie z dnia 20.03.2019 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa Urzędu do wyjaśnienia, czy M.K. wykonywała czynności w Postępowaniu na etapie przed otwarciem ofert. Zamawiający wyjaśnił: „Nieprawdziwe jest twierdzenie, że M.K. *udzielała odpowiedzi na pytanie wykonawcy, która miała istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem determinowała Opis Przedmiotu zamówienia*, ponieważ zgodnie z regulaminem udzielania zamówień publicznych: (1) M.K. nie ma kompetencji ani merytorycznego przygotowania, aby udzielać odpowiedzi na zapytania w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia, który w robotach budowlanych stanowi dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, (2) projekt odpowiedzi na zapytania determinujący Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowywali inspektorzy nadzoru pełniący funkcje członków komisji przetargowej – w przedmiotowej sprawie M.W. i A.F. pod nadzorem ich kierownika wykonującego zadania przewodniczącego komisji przetargowej M.K., w konsultacji z wykonawcą dokumentacji projektowej tego zadania i ogólnym nadzorem R.S. – członka komisji z ramienia jednostki Urzędu Miasta Torunia – Wydziału Gospodarki Komunalnej, której podlega MZD w Toruniu, (3) powyższe wynika wprost z postanowień regulaminu udzielenia zamówień publicznych – odpowiednio zapisy dotyczące zakresu czynności przewodniczącego, członków komisji, w tym sekretarza - § 15 ust. 1 pkt 1, 2, 3, (4) zgodnie z regulaminem udzielania zamówień publicznych, na wszelkie pytania w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedzi udziela kierownik zamawiającego po przedłożeniu propozycji odpowiedzi przez przewodniczącego komisji, opracowanych przez osoby merytorycznie odpowiedzialne, a sekretarz komisji odpowiedzi te przesyła wszystkim zainteresowanym podmiotom zachowując wymogi formalne ustanowione przepisami pzp. Kwestie te analizował również Prokurator w postępowaniu PR 2 Ds. 23.2017, w uzasadnieniu odmowy wszczęcia śledztwa wskazując, że żaden z tych podmiotów nie kwestionował tak dokonanych czynności [...]”.

Odnosząc się do powyższego stanowiska należy jednak zwrócić uwagę, że z § 15 ust. 1 Regulaminu wynika, że każda osoba wchodząca w skład komisji przetargowej jest zaangażowana w czynność udzielania wyjaśnień treści SIWZ. Przy tym podział obowiązków w tym zakresie nie jest na tyle ostry i precyzyjny, aby pozwalał na konkretne wskazanie, czy dana osoba nie może wziąć udziału w odpowiedzi na dane pytanie. Postanowienia Regulaminu nie pozwalają na przyjęcie braku możliwości wpływu sekretarza komisji na wyjaśnianie treści SIWZ i w konsekwencji na zupełne marginalizowanie jego

uprawnień i możliwości działania. Należy podkreślić, że sekretarz komisji wchodzi w skład komisji przetargowej tak jak pozostali członkowie i w związku z tym również bierze udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania. Jednocześnie, zgodnie z § 13 ust. 2 Regulaminu, członkowie komisji uczestniczą w pracach komisji na równych zasadach, a także mają oni obowiązek uczestniczyć we wszystkich jej pracach, a dla skuteczności czynności podejmowanych przez komisję wymagana jest obecność co najmniej połowy jej członków (§ 13 ust. 6 Regulaminu). Wpływ sekretarza komisji na jej rozstrzygnięcia może być realizowany w drodze przeprowadzanych głosowań (§ 13 ust. 4 Regulaminu), czy możliwość złożenia zdania odrębnego (§ 13 ust. 5 Regulaminu). Fakt zaangażowania M.K. w sporządzanie odpowiedzi na pytania do treści SIWZ potwierdzają złożone podpisy wraz z pieczętą na piśmie z dnia 26.10.2016 r. zawierającym zebrane odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, jak również na piśmie z dnia 14.10.2016 r. dotyczącym zmiany SIWZ oraz na notatkach służbowych: z dnia 26.10.2016 r. oraz z dnia 14.11.2016 r., w których komisja przetargowa wniosła o pozostawienie bez odpowiedzi pytań do treści SIWZ wniesionych po upływie terminu ustawowego. Zatem wbrew twierdzeniom zamawiającego, udział w czynnościach sporządzania odpowiedzi na pytania do treści SIWZ M.K. nie sprowadzał się tylko do przesłania gotowych pism wykonawcom.

Z powyższych postanowień wynika, że M.K., jako osoba wchodząca w skład komisji przetargowej, miała prawo uczestniczyć w jej pracach na równych zasadach z innymi członkami, zatem jej zdanie miało takie samo znaczenie przy podejmowaniu rozstrzygnięć komisji. W konsekwencji, przepisy Regulaminu dopuszczały możliwość udziału sekretarza komisji w sporządzaniu odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, które w Postępowaniu wniósł również Wykonawca Sk. Jak opisano wyżej, M.K. oświadczyła o wyłączeniu się z udziału w czynnościach Postępowania po otwarciu ofert ze względu na okoliczności związane z tym wykonawcą. Powody wyłączenia wskazują, że M.K. pozostawała z Wykonawcą Sk w takim stosunku prawnym, że mogło to budzić uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności w Postępowaniu. Istnienie powyższej relacji powodującej uzasadnione wątpliwości mogło rzutować nie tylko na czynności po otwarciu ofert, względem których M.K. się wyłączyła, ale również na czynności wcześniejsze, w tym przypadku na udział w sporządzaniu projektu odpowiedzi na pytania do treści SIWZ. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje natomiast zasada wykonywania czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 7 ust. 2 Pzp). Obowiązkiem osób zaangażowanych w przygotowanie lub prowadzenie postępowania po stronie zamawiającego jest zatem

działanie w zgodzie ze stanem faktycznym i prawnym, niezależnie od własnych opinii, odczuć, preferencji lub interesów. Przepisy Pzp wymagają zatem, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie brały udziału osoby pozostające w określonych relacjach z wykonawcą. Przepisy te mają gwarantować, że czynności po stronie zamawiającego, wykonywać będą osoby, które w toku postępowania nie będą kierować się względami osobistymi, co może mieć kluczowe znaczenie dla jego wyniku. Naruszenie tej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływałoby negatywnie na zachowanie zasad zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W świetle przepisów Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wykonywać zatem wyłącznie osoby, których uczestnictwo w procedurze udzielenia zamówienia nie powoduje powstawania konfliktu interesów. Pojęcie to zdefiniowane zostało w art. 24 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W myśl tego przepisu, pod pojęciem konfliktu interesów należy rozumieć każdą sytuację, w której członekowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Ustawodawca unijny podkreśla konieczność podjęcia przez instytucje zamawiające z państw członkowskich odpowiednich kroków, które mają zapobiegać konfliktom interesów, rozpoznawać je i likwidować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby nie dopuścić do zakłócenia konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Realizacja powyższych zasad w okolicznościach niniejszej sprawy powinna prowadzić do wniosku, że osoba podlegająca wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 4 Pzp nie powinna wykonywać czynności już od momentu identyfikacji wykonawcy w drodze wniesienia pytań do treści SIWZ. Zasada określona w art. 7 ust. 2 Pzp, oparta na przepisie art. 24 Dyrektywy 2014/24/UE nie dopuszcza do zaistnienia chociażby zagrożenia dla bezstronności i niezależności osób wykonujących czynności w postępowaniu. W przypadku, gdy między sekretarzem komisji przetargowej a pracownikiem wykonawcy składającego pytania do treści SIWZ zachodzi relacja określona w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp,

to udział sekretarza w czynnościach komisji formułującej propozycje odpowiedzi na pytania tego wykonawcy wywołuje uzasadnione wątpliwości co do zachowania bezstronności i niekierowania się względami osobistymi w działaniu tej osoby. W konsekwencji już na tym etapie zaistniała sytuacja niedopuszczalnego konfliktu interesów osoby wchodzącej w skład komisji przetargowej. Prawidłowa ocena zaistniałych okoliczności powinna prowadzić do złożenia przez M.K. oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach Postępowania w dniu 06.10.2016 r., tj. w dniu wpływu do MZD w Toruniu pisma Wykonawcy Sk zawierającego pytania do treści SIWZ, i do niepodejmowania czynności od tego momentu. Jednocześnie zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Niezrealizowanie tego obowiązku, tj. złożenia oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach dokonywanych w postępowaniu w momencie ujawnienia się wykonawców poprzez zadawanie pytań do treści SIWZ, stanowi naruszenie art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp.

Udział w czynnościach postępowania osoby podlegającej wyłączeniu ze względu na powiązania z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, powoduje konieczność oceny wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik Postępowania. Zgodnie z art. 165 ust. 1 Pzp, Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. W kontrolowanym postępowaniu pytania do treści SIWZ dotyczyły głównie opisu przedmiotu zamówienia oraz doprecyzowania zakresu dokumentacji projektowej. Wyjaśnienia zamawiającego miały zatem wpływ na ukształtowanie zakresu robót budowlanych, sposobu ich wykonania, a więc na treść świadczenia wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. W czynnościach komisji przetargowej formułującej projekt odpowiedzi na wniesione pytania brała natomiast udział osoba podlegająca wyłączeniu ze względu na opisane wyżej okoliczności, powodujące zaistnienie sytuacji konfliktu interesów ze względu na powiązania z wykonawcą Skanska S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W tych okolicznościach naruszony obowiązek wyłączenia się z postępowania z momentem ujawnienia się wykonawców poprzez zadawanie pytań do treści SIWZ dawał możliwość wpływu na ukształtowanie ostatecznej treści opisu przedmiotu zamówienia, decydującego wszakże o sposobie kalkulacji ofert przez zainteresowanych

wykonawców. Z tych względów stwierdzone naruszenie Pzp należy określić jako mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Ad 3

Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 02.12.2016 r. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Wykonawcy Sk. Oferta Konsorcjum P została odrzucona.

W dniu 02.12.2016 r. o godz. 15:01 Konsorcjum P przekazało Zamawiającemu w formie elektronicznej wniosek o udostępnienie i umożliwienie wykonania fotokopii dokumentacji Postępowania w siedzibie Zamawiającego w postaci „wszystkich wezwań Zamawiającego skierowanych do wykonawców oraz wszystkich odpowiedzi wykonawców złożonych w niniejszym postępowaniu”. Ponadto, pismem przekazany w dniu 05.12.2016 r. Konsorcjum P zwróciło się z wnioskiem o udostępnienie i umożliwienie wykonania fotokopii oferty Wykonawcy Sk. Konsorcjum P zwróciło się z prośbą o przekazanie kopii oferty w formie elektronicznej na podany adres e-mail.

W dniu 05.12.2016 r. Konsorcjum P ponowiło w formie mailowej swoje wnioski o udostępnienie ww. dokumentów i wskazało, że „konieczność niezwłocznego wglądu do dokumentacji wynika z krótkiego terminu, jaki Wykonawca ma na złożenie odwołania od decyzji Zamawiającego”.

W dniu 05.12.2016 r. o godz. 12:10 Wykonawca St przekazał Zamawiającemu pocztą elektroniczną wniosek o udostępnienie dokumentacji Postępowania w postaci oferty Wykonawcy Sk oraz korespondencji z tym wykonawcą w szczególności wyjaśnienia, uzupełnienia, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wykaz złożonych dokumentów zgodnych z wezwaniem Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp. Wykonawca zwrócił się z prośbą o przekazanie dokumentów w formie elektronicznej na podany adres e-mail.

W dniu 05.12.2016 r. Wykonawca Sk przekazał Zamawiającemu wniosek o udostępnienie wglądu do protokołu Postępowania wraz z załącznikami.

W dniu 06.12.2016 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum P pismo, w którym wskazał, że wniosek konsorcjum z dnia 02.12.2016 r. (piątek) wpłynął po godzinach pracy MZD w Toruniu, w związku z czym zamawiający zapoznał się z nim w dniu 05.12.2016 r. (poniedziałek). Zamawiający powołał się na przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128). Na podstawie § 4 ust. 4 tego rozporządzenia Zamawiający

nie wyraził zgody na samodzielne wykonanie przez wykonawcę fotokopii dokumentacji. Zamawiający wskazał, że zgodnie § 4 ust. 5 rozporządzenia udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Zamawiający wskazał przy tym, że „niezwłocznie nie oznacza natychmiast – jak podniósł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. II CSK 293/06, jest to termin realny mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a zatem uwzględniający po stronie Zamawiającego możliwości techniczne oraz organizacyjne w zakresie przygotowania załączników wskazanych we wniosku”.

Zamawiający przekazał wnioskującym wykonawcom żądane dokumenty w formie elektronicznej: Konsorcjum P – 07.12.2016 r. o godz. 09:59, Wykonawcy Sk – 07.12.2016 r. o godz. 10:29, Wykonawcy St – 07.12.2016 r. o godz. 10:29.

We wniosku o kontrolę Wnioskodawca podkreślił, że w termin na wniesienie odwołania od czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 02.12.2016 r. wynosił 5 dni i upływał w dniu 07.12.2016 r. Konsorcjum P zamierzało wnieść odwołanie i w tym celu skierowało do Zamawiającego wnioski o udostępnienie części dokumentacji. We wniosku o kontrolę wskazano: „Podkreślenia wymaga, że w dniu 05 grudnia, 06 grudnia i 07 grudnia 2016 r. pracownik firmy P, składał nadto osobiście ustne wnioski o uzyskanie dostępu do całej dokumentacji postępowania (w tym protokołu postępowania wraz z wszystkimi załącznikami). Powyższe okoliczności potwierdzają notatki pracowników Zamawiającego. Zamawiający pomijając wnioski składane przez pracowników Konsorcjum P udostępnił i to dopiero w dniu 07 grudnia jedynie część żądanej przez wykonawcę dokumentacji postępowania”.

Zamawiający, w piśmie z dnia 20.03.2019 r., zawierającym ustosunkowanie się do zarzutów Wnioskodawcy wskazał: „Konsorcjum w trakcie prowadzonego postępowania na rozbudowę ul. Szosa Chełmińska, kilkakrotnie składało wnioski o wgląd do dokumentacji postępowania – za każdym razem precyzyjnie formułując zakres przedmiotowy swojego żądania. Nieprawdziwe jest twierdzenie p. D. Z. o składaniu ustnych wniosków, ponieważ przeczą temu wnioski o dostęp do dokumentacji postępowania składane przez Konsorcjum i ustalona praktyka działania poparta zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady pisemności. Notatki służbowe pracowników Zamawiającego dokumentują fakt agresywnych zachowań w stosunku do pracowników MZD i w żaden sposób nie potwierdzają rzekomych ustnych wniosków o dostęp do dokumentacji”.

W dokumentacji postępowania znajduje się notatka służbowa z dnia 07.12.2016 r. sporządzona przez M.K. i E.M., z której wynika, że w dniach 05-07.12.2016 r. w siedzibie

Zamawiającego osobiście stawał się pracownik wykonawcy PBDI S.A., składając wnioski o udostępnienie dokumentacji Postępowania. W dniach 05.12 i 07.12 ww. osoby odpowiedziały wykonawcy, że należy oczekiwać na pisemną odpowiedź na wniosek. W dniu 06.12 przekazano wykonawcy pismo z ustosunkowaniem się do zarzutu utrudniania dostępu do informacji, o którym mowa wyżej. W notatce wskazano: „Powyższe wskazuje na prowokacyjne działania Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowo Inżynieryjnego S.A., które z pominięciem drogi służbowej próbowało pozyskać dokumentację kreując w ten sposób sytuację rzekomego utrudniania do niej dostępu przez pracowników Zamawiającego (Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu)”.

Konsorcjum P złożyło w terminie, w dniu 07.12.2016 r. odwołanie, które zostało uwzględnione w wyroku KIO z dnia 22.12.2016 r., sygn. akt KIO 2313/16. Izba nakazała m.in. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum P.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128): (1) zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek, (2) przekazanie protokołu lub załączników następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (3) w przypadku protokołu lub załączników sporządzonych w postaci papierowej, jeżeli z przyczyn technicznych znacząco utrudnione jest udostępnienie tych dokumentów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do udostępnienia dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione, (4) bez zgody zamawiającego wnioskodawca w trakcie wglądu do protokołu lub załączników, w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, nie może samodzielnie kopiować lub utrzymywać za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (5) zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez

siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.

Jak wskazano wyżej, Konsorcjum P w dniu 02.12.2016 r. o godz. 15:01 przekazało zamawiającemu w formie elektronicznej wnioski o udostępnienie i umożliwienie wykonania fotokopii dokumentacji postępowania w postaci „wszystkich wezwań Zamawiającego skierowanych do wykonawców oraz wszystkich odpowiedzi wykonawców złożonych w niniejszym postępowaniu”. Ponadto, pismem przekazanym w dniu 05.12.2016 r. Konsorcjum P zwróciło się z wnioskiem o udostępnienie i umożliwienie wykonania fotokopii oferty Wykonawcy Sk. Również dwaj inni wykonawcy – Wykonawca St i Wykonawca Sk składali w dniu 05.12.2016 r. wnioski o udostępnienie dokumentacji. W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego, że pismo Konsorcjum P z dnia 02.12.2016 r. wpłynęło po godzinach pracy MZD w Toruniu, w związku z czym nie mogło zostać w tym dniu rozpatrzone, Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający przekazał Konsorcjum P oraz pozostałym wykonawcom informację o wyniku oceny ofert w dniu 02.12.2016 r. między godz. 14:00 a 14:04 za pośrednictwem poczty elektronicznej. Zamawiający zarzuca Konsorcjum P, że złożyło wniosek zbyt późno dnia 02.12.2016 r. i w rezultacie musiał on być rozpatrzony dopiero dnia 05.12.2016 r., jednakże sam zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku oceny ofert na godzinę przed zakończeniem pracy przez MZD w Toruniu. W konsekwencji, wykonawcy nie mieli możliwości złożenia wniosku w taki sposób, aby mógł on być rozpatrzony jeszcze dnia 02.12.2016 r. Zamawiający nie ma zatem podstaw by zarzucać Konsorcjum P zwłoki w złożeniu wniosku o udostępnienie wskazanych dokumentów.

Po złożeniu wniosków z dnia 02.12 i 05.12.2016 r. Konsorcjum P ponawiało je, zwracając się do Zamawiającego pismami w formie elektronicznej, jak również przez przedstawiciela w siedzibie Zamawiającego. W dniu 05.12.2016 r., ponawiając swój wniosek, Konsorcjum P wskazało, że „konieczność niezwłocznego wglądu do dokumentacji wynika z krótkiego terminu, jaki Wykonawca ma na złożenie odwołania od decyzji Zamawiającego”. Pozostali wykonawcy złożyli swoje wnioski w dniu 05.12.2016 r., tj. w istocie w pierwszym dniu roboczym następującym po 02.12.2016 r., w którym mogli zapoznać się z informacją o wyniku Postępowania i sformułować swoje pisma. Zamawiający przekazał wnioskującym wykonawcom żądane dokumenty w formie elektronicznej w dniu 07.12.2016 r. o godz. 09:59 i o godz. 10:29.

W konsekwencji Konsorcjum P uzyskało dokumentację, o którą wносиło w ramach dwóch wniosków: z dnia 02.12.2016 r. oraz 05.12.2016 r., w dniu 07.12.2016 r., tj. w dniu, w którym upływał określony w przepisach Pzp termin na wniesienie odwołania, bądź środka prawnego określonego w art. 181 ust. 1 Pzp. Podobnie rzecz się miała w przypadku Wykonawcy Sk i Wykonawcy St. Oceniając działanie Zamawiającego nie sposób stwierdzić, że przygotowanie kopii dokumentacji w żądanym przez wykonawców zakresie stanowiło czynności, które wymagały kilku dni pracy. Co istotne, przygotowanie kopii wnioskowanych dokumentów mogłoby nastąpić w krótszym terminie, gdyby informacja o wyniku oceny ofert została opublikowana wcześniej, tak aby umożliwić składanie wniosków wykonawców oraz zapoznanie się z nimi przez Zamawiającego jeszcze w dniu 02.12.2016 r. Niemniej, przygotowanie wnioskowanej dokumentacji i przekazanie jej w formie elektronicznej wykonawcom nie wymagało znacznego nakładu pracy i mogło być zrealizowane w trybie wymaganym w rozporządzeniu, tj. niezwłocznie. Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do Konsorcjum P udostępnienie wnioskowanej dokumentacji mogło nastąpić w krótszym terminie, gdyby Zamawiający udzielił zgody na wnioskowaną formę zapoznania się z dokumentacją w postaci wglądu w siedzibie Zamawiającego i wykonania fotokopii. Powyższy tryb wglądu do dokumentacji wymagał od Zamawiającego mniejszego nakładu pracy i stanowił rozwiązanie, które czyniłoby zadość wnioskowi wykonawcy, a z drugiej strony – zapewniłby spełnienie wymagania niezwłocznej realizacji omawianego obowiązku. Taki tryb wglądu do dokumentacji mógł być również zaproponowany pozostałym wykonawcom na podstawie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. Zamawiający nie wykorzystał jednak tej możliwości i odmówił Konsorcjum P wglądu w swojej siedzibie. Co istotne, na dalszym etapie Postępowania Zamawiający wyrażał zgodę Konsorcjum P oraz jego pełnomocnikom na udostępnienie dokumentacji w trybie wglądu do akt w swojej siedzibie, np. pismem z dnia 27.01.2017 r. Zamawiający poinformował, że proponuje udostępnienie protokołu Postępowania bez załączników oraz oferty od dnia 27.01.2017 r. w swojej siedzibie; pismem z dnia 06.02.2017 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum P, że umożliwi wgląd do dokumentacji Postępowania w swojej siedzibie od dnia 06.02.2017 r.

W § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania wskazano, że udostępnienie załączników na wniosek wykonawcy ma nastąpić niezwłocznie. W tej sprawie, po zapoznaniu się z wnioskami wykonawców w dniu 05.12.2016 r., reakcja Zamawiającego nie nastąpiła w tym dniu, ani też dnia 06.12.2016 r., lecz dopiero w dniu 07.12.2016 r. Zakres żądanych dokumentów pozwala na uznanie, że przekazanie ich kopii mogło nastąpić w krótszym terminie. Niezależnie od tego Zamawiający miał możliwość

udostępnienia dokumentów do wglądu w swojej siedzibie, co mogłoby nastąpić wcześniej niż dnia 07.12.2016 r. Nie można przy tym pominąć faktu, że intencją wglądu do dokumentów mogła być wola weryfikacji prawidłowości oceny ofert i złożonych dokumentów i ewentualne podniesienie zarzutów w tej kwestii w ramach odwołania do KIO, bądź poinformowanie Zamawiającego o niezgodnej z przepisami Pzp czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany. Znaczne ograniczenie czasu do zapoznania się z wnioskowaną dokumentacją mogło utrudnić skorzystanie z uprawnienia do wniesienia środków ochrony prawnej, w szczególności Konsorcjum P i Wykonawcy St, i tym samym do weryfikacji czynności Zamawiającego w kwestii oceny oferty i wyjaśnień konkurencyjnego wykonawcy. Wagę obowiązku zamawiającego określonego w § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania podkreśla fakt, że stanowi on jedną z gwarancji realizacji zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ust. 1 Pzp.

Kontrolujący ocenił, że opóźnienie odpowiedzi na wnioski ww. wykonawców nie było uzasadnione żadnymi szczególnymi okolicznościami, w związku z czym należy stwierdzić, że stanowiło naruszenie § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

W okolicznościach sprawy powyższe naruszenie miało wpływ na realną ilość czasu na wniesienie środków ochrony prawnej przez wykonawców. Z przepisów art. 182 ust. 1 i art. 181 ust. 1 Pzp wynika, że środki ochrony prawnej w nich przewidziane ograniczone są wyznaczonym terminem do ich złożenia. Nieuzasadniona zwłoka w udostępnieniu jawnej dokumentacji postępowania prowadzi do ograniczenia czasu na weryfikację prawidłowości czynności zamawiającego w postępowaniu. Działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do ograniczenia możliwości zapoznania się przez wykonawców z całością stanu faktycznego postępowania, ograniczenia możliwości sformułowania ewentualnych zarzutów względem działań lub zaniechań zamawiającego i ostatecznie do ograniczenia możliwości wniesienia środka ochrony prawnej. Środki ochrony prawnej mogą natomiast doprowadzić do zmiany rozstrzygnięć zamawiającego powodując np. konieczność unieważnienia i powtórzenia danych czynności. Z tych względów stwierdzone naruszenie należy określić jako mogące mieć wpływ na wynik Postępowania.

Ad 4

W Postępowaniu, w dniu 22.12.2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o sygn. akt KIO 2313/16. Izba nakazała m. in. unieważnienie czynności z dnia 02.12.2016 r. – wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Konsorcjum P.

W dniu 23.12.2016 r. Zamawiający w zw. z ww. wyrokiem KIO zawiadomił o unieważnieniu powyższych czynności i przystąpił do ponownego badania ofert. Zgodnie z wyrokiem, Zamawiający wezwał Konsorcjum P do złożenia wyjaśnień w kwestii wysokości ceny.

W dniu 26.01.2017 r. Kancelaria Z&P zwróciła się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oświadczenia M.K. o wyłączeniu się z Postępowania, a także o umożliwienie wglądu i wykonania fotokopii pełnych akt sprawy według stanu na dzień 02.12.2016 r., tj. wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odpowiedzi, pismem z dnia 26.01.2017 r., Zamawiający przesłał Kancelarii Z&P oświadczenie M.K. o wyłączeniu się z postępowania. Ponadto, pismem z dnia 27.01.2017 r., Zamawiający poinformował Kancelarię, że proponuje udostępnienie protokołu Postępowania bez załączników oraz oferty od dnia 27.01.2017 r. w swojej siedzibie. Zamawiający przytoczył treść art. 96 ust. 3 Pzp wskazując, że „protokół wraz z załącznikami jest jawny, z tym, że załączniki do protokołu – za wyjątkiem ofert – udostępnia się dopiero po dokonaniu czynności wyboru oferty”. Ponadto, zamawiający poinformował, że mocodawca Kancelarii – Konsorcjum P – uzyskiwał kopie żądanych wcześniej dokumentów w dniach 21.11.2016 r., 07.12.2016 r., 27.12.2016 r.

W dniu 27.01.2017 r. Kancelaria Z&P w odpowiedzi wskazała, że wglądu w dokumentację w dniu 27.01.2017 r. dokona klient, tzn. przedstawiciel Konsorcjum P.

W dniu 27.01.2017 r. Kancelaria Z&P zwróciła się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie regulaminu udzielania zamówień publicznych oraz regulaminu prac członków komisji przetargowej, obowiązujących w Postępowaniu.

W dniu 26.01.2017 r. Konsorcjum P zwróciło się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu Postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami w formie elektronicznej.

W odpowiedzi, pismem z dnia 31.01.2017 r., Zamawiający przesłał Konsorcjum P kopię protokołu Postępowania oraz ofert (nieprzekazanych wcześniej). Jednocześnie Zamawiający dodał, że „jawność pozostałych załączników do protokołu jest na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp [art. 96 ust. 3] czasowo wyłączona. Załączniki mogą zostać Państwu udostępnione dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania”.

W dniu 06.02.2017 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu ponownej oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Sk.

Pismem z dnia 06.02.2017 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum P, że umożliwia wgląd do dokumentacji Postępowania, tzn. do wszystkich załączników do protokołu, z wyjątkiem załączników przekazanych już wcześniej, w swojej siedzibie od dnia 06.02.2017 r.

Pismem z dnia 06.02.2017 r. Zamawiający poinformował Kancelarię Z&P, że umożliwia wgląd do pełnej dokumentacji Postępowania, według stanu na dzień 02.12.2016 r., od dnia 06.02.2017 r. po uprzednim ustaleniu godziny. W tym samym dniu Zamawiający przekazał również Kancelarii Z&P Zakładowy Regulamin Udzielania Zamówień Publicznych.

W dniu 07.02.2017 r. Konsorcjum P zwróciło się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie kosztorysów inwestorskich stanowiących podstawę szacowania wartości zamówienia.

W dniu 07.02.2017 r. Konsorcjum P dokonało wglądu w dokumentację Postępowania w postaci protokołu Postępowania i wszystkich załączników.

W dniu 08.02.2017 r. Zamawiający, w nawiązaniu do pisma z wnioskiem o udostępnienie kosztorysów inwestorskich, poinformował Konsorcjum P, że pełna dokumentacja Postępowania została udostępniona w dniu 07.02.2017 r.

W dniu 13.02.2017 r. Konsorcjum P wniosło do KIO odwołanie od czynności odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ i przewidującej rażąco niską cenę.

W dniu 06.03.2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o sygn. akt KIO 297/17, w którym oddaliła odwołanie Konsorcjum P.

We wniosku o kontrolę Wnioskodawca zarzucił Zamawiającemu niezasadną odmowę dostępu do protokołu Postępowania ze wszystkimi załącznikami w odpowiedzi na wniosek Kancelarii Z&P oraz Konsorcjum P z dnia 26.01.2017 r.

W odpowiedzi przekazanej Konsorcjum P Zamawiający przesłał wyłącznie kopię protokołu Postępowania oraz ofert i wskazał, że „jawność pozostałych załączników do protokołu jest na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp [art. 96 ust. 3] czasowo wyłączona. Załączniki mogą zostać Państwu udostępnione dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania”.

Wnioskodawca uzasadniając zarzut wskazał: „W wyniku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów podniesionych w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający został zobligowany wyrokiem Izby, m.in. do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po podjęciu przez niego tej czynności Konsorcjum P ponownie zażądało udostępnienia protokołu postępowania wraz

z załącznikami, w odpowiedzi na co w dniu 27 stycznia 2017 r. uzyskało odpowiedź, iż ma prawo wglądu jedynie w treść ofert wykonawców, z pominięciem pozostałych załączników do protokołu postępowania, obrazujących stan postępowania na dzień 02.12.2016 r.

Wskazać przy tym należy, że we wniosku o wgląd PBDI, jak i w moim złożonym w trybie dostępu do informacji publicznej – wyraźnie zaznaczono datę graniczną stanu akt, z którymi chcieliśmy się zapoznać (2 grudnia 2016 r. – dzień poprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej). Zamawiający miał obowiązek udostępnić akta w zakresie objętym co najmniej tą datą.

Wskazać należy, że skoro w dniu 2 grudnia 2016 r., dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, to z tą datą dla każdej osoby (nie tylko wykonawcy) pełne akta postępowania o zamówienie publiczne stały się jawne.

[...]

Akta według stanu na dzień 2 grudnia 2016 r., były więc jawne dla każdej osoby także w dniu 27 stycznia 2017 r., a jeżeli do tego dnia Zamawiający nie dokonał żadnej czynności to w pełnym zakresie”.

Oceniając powyższy stan faktyczny należy stwierdzić, że jedną z kluczowych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada jawności określona w art. 8 ust. 1 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający – stosownie do art. 8 ust. 2 Pzp – może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Praktycznym przejawem zasady jawności jest konieczność udostępniania dokumentów postępowania sporządzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z treści art. 96 ust. 3 i ust. 5 Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami, konstytuują przepisy wykonawcze do ustawy, tj. aktualnie obowiązujące rozporządzenie w sprawie protokołu. Ponadto, w myśl art. 96 ust. 2 Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Ustęp 3 art. 96 Pzp wskazuje, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym wyjątkiem, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 96 ust. 3 Pzp ma charakter bezwzględnie wiążący w tym sensie, że zamawiający nie może uchylić się od obowiązku udostępnienia wymienionych załączników od momentu wskazanego w jego treści. Przepis ten wyznacza bowiem moment, od którego udostępnieniu podlegają poszczególne załączniki do protokołu. Jednocześnie, przepisy Pzp nie zawierają odrębnych uregulowań, które w jakikolwiek sposób ograniczałyby możliwość zastosowania dyspozycji art. 96 ust. 3 Pzp, w taki sposób, że raz ujawniona dokumentacja postępowania podlegałaby ponownemu (trwałemu lub czasowemu) utajnieniu. Należy jednocześnie pamiętać, że wszelkie działania zamawiającego podejmowane w postępowaniu, w tym również te dotyczące udostępniania poszczególnych elementów protokołu, powinny być zgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Działania zamawiającego, w wyniku których raz ujawnione dokumenty przestałyby następnie być jawne, skutkowałyby *de facto* tym, że wnioskodawcy w zależności od dnia złożenia wniosku o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami dysponowałiby innym zakresem informacji, co należałoby oceniać negatywnie w kontekście naruszenia zasady jawności i przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Takie działanie zamawiającego mogłoby również utrudnić wykonawcom składanie środków ochrony prawnej na czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

A zatem, w przypadku, gdy zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, raz ujawnione załączniki do protokołu podlegają co do zasady udostępnieniu po dokonaniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie może skutkować ograniczeniem, chociażby czasowym, dostępu do protokołu wraz z załącznikami. Dokumenty sporządzone w wyniku powtórzonych czynności podlegają zaś udostępnieniu, na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp, po dokonaniu kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jak opisano wyżej, Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek o umożliwienie wglądu i wykonania fotokopii pełnych akt sprawy według stanu na dzień 02.12.2016 r. złożony przez Kancelarię Z&P zaproponował udostępnienie protokołu Postępowania bez załączników oraz udostępnienie ofert od dnia 27.01.2017 r. w swojej siedzibie.

Podobnie, w odpowiedzi na wniosek Konsorcjum P o udostępnienie protokołu Postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami w formie elektronicznej, Zamawiający przesłał Konsorcjum P wyłącznie kopię protokołu Postępowania oraz ofert

(nieprzekazanych wcześniej). Jednocześnie Zamawiający dodał, że „jawność pozostałych załączników do protokołu jest na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp [art. 96 ust. 3] czasowo wyłączona. Załączniki mogą zostać Państwu udostępnione dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania”.

Należy zauważyć, że wnioski Konsorcjum P, jak i ww. kancelarii prawnej dotyczyły załączników do protokołu obrazujących tok postępowania zakończony informacją o wyniku oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 02.12.2016 r. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 96 ust. 3 Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z czym w dniu 02.12.2016 r. załączniki do protokołu niniejszego postępowania stały się jawne. Z brzmienia przepisu art. 96 ust. 3 Pzp należy wywieść wniosek, że raz ujawnione załączniki do protokołu podlegają co do zasady udostępnieniu po dokonaniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie może skutkować czasowym ograniczeniem dostępu do protokołu wraz z załącznikami.

W związku z tym, stanowisko Zamawiającego wynikające z odpowiedzi z dnia 27.01.2017 r. na wniosek Kancelarii Z&P oraz odpowiedzi z dnia 31.01.2017 r. na wniosek Konsorcjum P jest nieprawidłowe i stoi w sprzeczności z regulacją art. 96 ust. 3 Pzp. Z treści tego przepisu wynika, że zamawiający nie może uchylić się od obowiązku udostępnienia wymienionych załączników od momentu wskazanego w treści art. 96 ust. 3 Pzp, tj. w tym przypadku – od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, który miał miejsce pierwotnie w dniu 02.12.2016 r. Zatem w odpowiedzi na wnioski z dnia 26.01.2017 r. Zamawiający obowiązany był do udostępnienia wnioskodawcom protokołu Postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami dotyczącymi przebiegu Postępowania przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 02.12.2016 r. Ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do dokumentacji Postępowania wyłącznie do treści protokołu Postępowania oraz ofert, z wyłączeniem wskazanych wyżej załączników do protokołu, stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp.

Zaistnienie nieuzasadnionej odmowy udostępnienia jawnej dokumentacji postępowania prowadzi do ograniczenia czasu na weryfikację prawidłowości czynności zamawiającego w postępowaniu. Działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do ograniczenia możliwości zapoznania się przez wykonawców z całością stanu faktycznego postępowania, ograniczenia możliwości sformułowania ewentualnych dodatkowych zarzutów względem działań lub zaniechań zamawiającego i ostatecznie do ograniczenia możliwości wniesienia środka ochrony prawnej. Środki ochrony prawnej mogą natomiast doprowadzić do

zmiany rozstrzygnięć zamawiającego powodując np. konieczność unieważnienia i powtórzenia danych czynności. Z tych względów stwierdzone naruszenie należy określić jako mogące mieć wpływ na wynik Postępowania.

Ad 5

Wykonawca St zastrzegł w Postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość informacji zawartych w piśmie z dnia 21.11.2016 r. oraz w załącznikach do tego pisma. Pismo stanowiło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.11.2016 r. w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w celu ustalenia czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Do wyjaśnień wykonawca załączył następujące dokumenty: rejestr umów ramowych, zestawienie sprzętu, wyszczególnienie czynników produkcji, opinie bankowe, zestawienie wartości ofert poszczególnych wykonawców, zestawienie wartości czterech najtańszych ofert, stawka robocizny i sprzętu, oferty podwykonawców i dostawców przed negocjacjami.

W piśmie zawierającym wyjaśnienia dotyczące ceny, Wykonawca St zawarł następujące uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

„Wykonawca wskazuje, że informacje zawarte w przedstawionych do wyjaśnień Załącznikach 1, 2, 3 i 8 oraz samych Wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca wyjaśnia, że zawarte w w/w Załącznikach dane są informacjami poufnymi i niejawnymi, zawierającymi istotne dane o wartości gospodarczej i organizacyjnej Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych zastrzega, że nie mogą one być udostępniane i wnosi o:

1) utajnienie

W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowywania ofert składanych przez nas w przetargach dostęp ma ograniczona liczba osób. Wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązano są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Krąg tych osób jest ograniczony i znany Spółce, Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarządzania dokumentami (tak wewnętrznymi dokumentami spółki, jak również przedstawionymi Zamawiającemu

ofertami podwykonawców) uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób nie dedykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami. Zasady prowadzenia negocjacji ofert z podwykonawcami wymagają od ich uczestników zachowania poufności i nierozpowszechniania informacji uzyskanych w trakcie negocjacji. Umowy z pracownikami dostępne są jedynie dla spółki i pracownika, którego dotyczą. Ich ujawniania bez zgody pracownika możliwe jest jedynie w szczególnie uzasadnionych sytuacjach, np. wezwanie sądu, organu administracji skarbowej. Spółka nie publikuje (nie rozpowszechnia) szczegółowych danych technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych związanych z wykonywaniem przez nią działalności. Informacje techniczne, technologiczne i informacyjne zastrzegane są przez STRABAG Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach czy wnioskach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z tym nie podlegają ujawnieniu. Podsumowując, działania jakie podjął STRABAG Sp. z o.o. obejmują środki prawne i fizyczne, które mają na celu utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności.

Dodatkowo, informacje utajnione przez STRABAG Sp. z o.o. stanowią określony zbiór danych posiadających jako całość wymierną wartość gospodarczą. W tym miejscu – wyłącznie z ostrożności należy podkreślić, iż zbiór danych podlega ochronie prawnej nawet jeżeli jego poszczególne elementy podane zostały do publicznej wiadomości (wyrok SN z 22.02.2007 r., sygn. akt V CSK 44/2006).

Z uwagi na powyższe Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega ww. informacje nie mogą one być udostępniane i wnosi o nie ujawnianie przez Zamawiającego zawarty tam informacji”.

Powyższe pismo wraz ze wszystkimi załącznikami Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i wyłączył je z jawności dokumentacji Postępowania. Powyższe pismo wraz z załącznikami nie było zatem udostępniane podmiotom wnioskującym o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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 celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest zatem jednoczesne wykazanie przez wykonawcę wystąpienia następujących przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowej procedury), tj.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą;
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Jak wynika z powołanego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych przepisów wynika, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przy tym wyraźnie podkreślić różnicę, pomiędzy „wykazaniem” a „wyjaśnieniem” danej okoliczności. Na różnicę tę zwraca uwagę orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 23 marca 2017 r., KIO 421/17, Izba stwierdziła: „W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ZamPublU ogólne wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważyła, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla „wykazania”

wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy - tak Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15. Podobnie w wyrokach z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15, z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 863/15”.

W tej sprawie obowiązkiem Zamawiającego było zatem poddać ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy S zawarte w piśmie z dnia 23.11.2016 r.

W odniesieniu do pierwszej z przytoczonych wyżej przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „Znk”) należy stwierdzić, że uzasadnienie wykonawcy zawiera wyłącznie lakoniczne stwierdzenia, że informacje zawierają „istotne dane o wartości gospodarczej i organizacyjnej wykonawcy” i dodatkowo: „informacje utajnione przez Strabag Sp. z o.o. stanowią określony zbiór danych posiadających jako całość wartość gospodarczą”. Uzasadnienie wykonawcy nie zawiera żadnych innych argumentów mających wykazać zasadność kwalifikacji zastrzeganych informacji jako informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innym posiadającym wartość gospodarczą. Należy stwierdzić, że uzasadnienie wykonawcy w powyższym zakresie zawiera wyłącznie ogólne stwierdzenia powielające w istocie treść sformułowań zawartych w art. 11 ust. 4 Znk, które mają charakter ogólnych wytycznych. Obowiązkiem wykonawcy jest natomiast wykazanie, że konkretne informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz w załączanych dokumentach w danym postępowaniu stanowią informacje o charakterze określonym w art. 11 ust. 4 Znk. W uzasadnieniu Wykonawcy S brak natomiast odniesienia do informacji przedstawionych w wyjaśnieniach i do któregośkolwiek z dziewięciu załączonych dokumentów. Wykonawca nie przypisał konkretnym danym cechy informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa. Ponadto, poza ogólnym stwierdzeniem, nie zostało wykazane, ani nawet w żaden sposób wyjaśnione, dlaczego zastrzegane informacje posiadają istotną wartość gospodarczą. Informacja, której wartość gospodarcza wynika jedynie z faktu braku dostępu do niej pozostałych wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie podlega ochronie na gruncie art. 8 ust. 3 Pzp. Powołując się na kwestię wartości gospodarczej wykonawca obowiązany był do przekonującego wykazania

obiektywnej wagi zastrzeganych informacji, niesprowadzającej się jedynie do zwiększenia sobie szans uzyskania zamówienia, na które prowadzone jest bieżące postępowanie.

Ze względu na lakoniczne uzasadnienie powyższej przesłanki, pozbawione konkretnych argumentów nawiązujących chociażby w minimalnym stopniu do treści zastrzeganych informacji należy stwierdzić, iż uzasadnienie zastrzeżenia przedstawione w odniesieniu do pierwszej przesłanki wskazanej w przepisie art. 11 ust. 4 Znk było daleko niewystarczające, ażeby móc stwierdzić, że doszło do jej wykazania.

W podobny sposób należy ocenić uzasadnienie dotyczące trzeciej przesłanki – podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. Informacje w tej kwestii mają charakter ogólny i nie dostarczają konkretnych argumentów wykazujących podjęcie działań wymaganych w przepisie Znk. Wykonawca S podał, że krąg osób uczestniczących w przygotowaniu oferty jest ograniczony i znany spółce. Wymaga jednak podkreślenia, że wykazanie przesłanek pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sprowadza się tylko do ogólnikowego powołania się na odpowiednie działania, ale polega właśnie na wskazaniu tych konkretnych działań podejmowanych przez wykonawcę. Uzasadnienie wykonawcy w niniejszej sprawie powinno zatem zawierać wyjaśnienie, na czym polega ograniczenie kręgu osób uczestniczących w sporządzeniu oferty i uczestnictwie w postępowaniu.

Wykonawca S wskazał również w uzasadnieniu, że „wszystkie osoby uczestniczące w przygotowywaniu ofert zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty”. Ograniczenie się do wskazania tego rodzaju ogólnej informacji nie stanowi wykazania ustawowej przesłanki niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. W przypadku, gdy wykonawca nałożył na pracowników określone obowiązki i zobowiązania w kwestii zachowania poufności informacji, powinien w ramach przedmiotowego uzasadnienia wskazać na konkretne rozwiązania uregulowane w stosownych regulaminach wewnętrznych, czy umowach. W takim przypadku obowiązkiem wykonawcy było załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia przykładowych dokumentów, z których wynikają opisywane zobowiązania pracowników. Podnoszona przez wykonawcę okoliczność mogła zatem zostać udowodniona poprzez tego rodzaju dokumenty. Zaniechanie wykazania spełnienia omawianej przesłanki w ten sposób czyni wyjaśnienia w tym zakresie niewystarczającymi i zbyt ogólnymi.

Wykonawca S stwierdził również, że zastrzeżone w informację nie są ujawniane przez niego również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak stwierdzić, że tego rodzaju okoliczność nie stanowi samodzielnej podstawy uznania,

że w stosunku do określonych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co stanowi treść trzeciej przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia pisma z dnia 21.11.2016 r. wraz z załącznikami, należy stwierdzić, że Wykonawca S nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 8 ust. 3 Pzp. W oparciu o przedstawione wyjaśnienia brak jest możliwości stwierdzenia, że wykazana została zasadność zastrzeżenia omawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i co za tym idzie, zasadność ograniczenia ustawowej zasady jawności postępowania. Tym samym, nie można uznać, że informacje zawarte w piśmie z dnia 21.11.2016 r. zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że powinny być zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zaniechanie Zamawiającego ujawnienia wyjaśnień Wykonawcy S z dnia 21.11.2016 r. wraz z załącznikami stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk.

Z kolei, Wykonawca E zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość informacji zawartych w piśmie z dnia 22.11.2016 r. oraz w załącznikach do tego pisma. Pismo stanowiło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.11.2016 r. w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w celu ustalenia czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Do wyjaśnień Wykonawca E załączył następujące dokumenty: decyzję marszałka Województwa Dolnośląskiego dotyczącą zatwierdzenia programu gospodarki odpadami oraz oferty handlowe wraz z cenami od dostawców mieszanek mineralno-bitumicznych, kostki kamiennej i innych materiałów budowlanych.

W piśmie zawierającym wyjaśnienia dotyczące ceny Wykonawca E zawarł następujące uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

„jednocześnie powołując się na art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wnosimy o nieujawnianie przez Zamawiającego treści:

- ofert dostawców na mieszanki betonowe, elementy betonowe i kamienne, mieszanki mineralno-asfaltowe;
- przedstawionej kalkulacji całkowitego kosztu wykonania zamówienia i zakładanego całkowitego zysku;
- okoliczności, które dały oszczędności przy kalkulacji ceny oferty.

Niniejszym w zgodzie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, dokonujemy utajnienia części niniejszego pisma, w której zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.) w związku z czym nie mogą one być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim. Wykonawca wykazuje, iż powyżej wymienione dane dotyczące m. in. warunków wyceny, ofert dostawców, kalkulacji pozycji cenotwórczych zawierają w swojej treści informacje mające wartość gospodarczą dla Eurovia Polska S.A. W świetle powyższego Eurovia Polska S.A. zwraca się do państwa z prośbą o nieodtajnianie zastrzeżonych w ofercie dokumentów wraz z niniejszym uzasadnieniem”.

Pismem z dnia 01.12.2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę E o odtajnieniu części wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w dniu 23.11.2016 r. Zamawiający odtajnił stronę nr 6 wyjaśnień zawierającą fragment ww. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz spis załączników zawierający dwie pozycje: „oferty kontrahentów Spółki” oraz „decyzję marszałka Województwa Dolnośląskiego nr PGO 189/2010”, a także odtajnił załączniki poza ofertami dostawców, tzn. wspomnianą wyżej decyzję administracyjną. Zdaniem zamawiającego „Analiza treści Państwa wyjaśnień w żadnej mierze nie potwierdza, ażeby dotyczyły one nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub też innych informacji mających wartość gospodarczą. W treści wyjaśnień, Zamawiający nie dopatrył się informacji mogących stanowić szeroko pojętą wartość gospodarczą. [...] Natomiast dane nieujawnione do wiadomości publicznej, o informacje nieznanie ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu, nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł. Jak wskazał Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 26 października 2006 r. (I ACa 947/06) zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. [...] A w zwykłej i dozwolonej drodze każdy zainteresowany może, choćby z Państwa strony internetowej, uzyskać informację o realizowanych projektach, partnerach biznesowych, zapleczu sprzętowym, kadrowym, czy materiałowym. Wartość gospodarczą, zdaniem Zamawiającego oraz w świetle orzecznictwa mają pozostałe załączniki oraz treść zawarta na stronie szóstej pisma”.

Powyższe pismo Wykonawcy E w zakresie, w którym zamawiający nie wyłączył zakazu ujawniania, zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i wyłączył je z jawności dokumentacji postępowania. W tym zakresie pismo wraz

z załącznikami nie było udostępniane podmiotom wnioskującym o udostępnienie protokołu Postępowania wraz z załącznikami.

Wykonawca przedstawił wraz z pismem z dnia 22.11.2016 r. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które zawierało wskazanie informacji, które wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca przekazał informację, że dane dotyczące m. in. warunków wyceny, ofert dostawców, kalkulacji pozycji cenotwórczych zawierają w swojej treści informacje mające wartość gospodarczą oraz że nie mogą być ujawniane i udostępniane podmiotom trzecim.

Przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera wyłącznie wniosek o nieujawnianie informacji i stwierdzenie, że wymienione dane i załączniki mają wartość gospodarczą. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą być uznane za wykazanie zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga, jak wskazano wyżej, wykazania spełnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 Znk.

W odniesieniu do pierwszej z tych przesłanek należy stwierdzić, że uzasadnienie wykonawcy zawiera wyłącznie lakoniczne stwierdzenia, że wyjaśnienia i załączniki zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk oraz zawierają informacje mające wartość gospodarczą dla Wykonawcy E. Poza ogólnym stwierdzeniem, nie zostało wykazane, ani nawet w żaden sposób wyjaśnione, dlaczego zastrzegane informacje posiadają istotną wartość gospodarczą. Informacja, której wartość gospodarcza wynika jedynie z faktu braku dostępu do niej pozostałych wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie podlega ochronie na gruncie art. 8 ust. 3 Pzp. Powołując się na kwestię wartości gospodarczej wykonawca obowiązany był do przekonującego wykazania obiektywnej wagi zastrzeganych informacji, niesprowadzającej się jedynie do zwiększenia sobie szans uzyskania zamówienia, na które prowadzone jest bieżące postępowanie. W przedstawionym wyjaśnieniu wykonawca nie wykazał zatem faktu posiadania przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej.

Ponadto, w przedstawionym uzasadnieniu nie ma żadnej wzmianki w kwestii okoliczności zawartych w pkt 2 i 3 art. 11 ust. 4 Znk. Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz że podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia pisma z dnia 22.11.2016 r. wraz z załącznikami, należy stwierdzić,

że Wykonawca E nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 8 ust. 3 Pzp. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, że wykazana została zasadność zastrzeżenia omawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i co za tym idzie, zasadność ograniczenia ustawowej zasady jawności postępowania. Pismem z dnia 01.12.2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę E o odtajnieniu części wyjaśnień i załączników złożonych w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w dniu 23.11.2016 r. Należy jednak stwierdzić, że informacje zawarte w ww. piśmie w żadnym zakresie nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zaniechanie Zamawiającego ujawnienia całości wyjaśnień wraz z załącznikami stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk.

Z uwagi na fakt, że oferta Wykonawcy S i Wykonawcy E nie były najkorzystniejsze w Postępowaniu, stwierdzone wyżej naruszenia nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik Postępowania.

Ad 6

Pismem z dnia 27.12.2016 r. Wykonawca Sk wniósł do zamawiającego o odtajnienie i udostępnienie materiałów dowodowych związanych z rozprawą w Krajowej Izbie Odwoławczej o sygn. akt KIO 2313/16.

Pismem z dnia 05.01.2017 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum P o wyłączeniu zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych informacji w wyjaśnieniach złożonych dnia 20.12.2016 r. na rozprawie w KIO z wyłączeniem oferty Elkard. Zgodnie z uzasadnieniem zamawiającego: „W ocenie Zamawiającego zastrzeżenie jest bezskuteczne w zakresie kosztorysu ofertowego oraz kalkulacji szczegółowej. (...) Analiza treści Państwa wyjaśnień w zakresie, w jakim Zamawiający dokonuje wyłączenia zakazu ujawnienia zastrzeżonych informacji, w żadnej mierze nie potwierdza, ażeby dotyczyły one nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub też innych informacji mających wartość gospodarczą.

W zakresie w jakim Zamawiający wyłącza zakaz ujawnienia informacji należy wskazać, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 05.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67 orzekł, iż przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze w szczególności następujące dokumenty (informacje):*

- *aktualny odpis z właściwego rejestru;*

- *informacje ujawniane przez zamawiającego w czasie otwarcia ofert (art. 86 ust. 4 Pzp), a więc, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie;*
- *kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.*

W świetle powyższego wyroku, w ocenie Zamawiającego nieuprawnione jest zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa kosztorysu ofertowego wraz z kalkulacją szczegółową. Ponadto, do zastrzeżonych informacji nie zostało dołączone żadne uzasadnienie, które stanowi jedną z przesłanek jego skuteczności, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp”.

Pismem z dnia 09.01.2017 r. Zamawiający przekazał wnioskodawcy skany żądanych dokumentów złożonych w KIO, z wyłączeniem dokumentów zastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 11.01.2017 r. Konsorcjum P wniosło do Zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 i 2 Pzp informację o czynności podjętej niezgodnie z przepisami tej ustawy. Informacja została wniesiona w następstwie decyzji Zamawiającego o wyłączeniu zakazu ujawnienia zastrzeżonych informacji, zawartych w dokumentach złożonych w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. W uzasadnieniu Konsorcjum P wskazało, że na rozprawie, działając na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp, złożyło wniosek o zastrzeżenie części dokumentów i wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba przychyliła się do tegoż wniosku, dopuściła dowód z przedłożonych dokumentów, a następnie zastrzegła złożone przez konsorcjum dowody jako tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Następnie Konsorcjum P wskazało w piśmie:

„W tym miejscu Wykonawca podnosi, że decyzja Zamawiającego pozbawiona jest całkowicie podstaw prawnych. Wykonawca wskazuje, iż żaden przepis prawa zamówień publicznych, ani jakiegokolwiek innej ustawy nie uprawnia Zamawiającego do uchylania rozstrzygnięcia jakie zapadło przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie jest także uprawniony do dokonywania innego rodzaju weryfikacji ustaleń, zaleceń czy też decyzji podejmowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w prowadzonym przez nią postępowaniu w stosunku do dowodów składanych w tym postępowaniu przez strony.

Należy podkreślić, iż przedmiotowe dowody zostały złożone przez Wykonawcę w toku postępowania odwoławczego prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą, a nie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego. Dowody te podlegały wyłącznie rygorom określonym w art. 190 ustawy pzp, zgodnie z którym to przepisem Krajowa Izba Odwoławcza może dopuścić i przeprowadzić dowód lub tego odmówić, oraz zgodnie z którym Izba jest dysponentem zgromadzonego w toku tego postępowania materiału dowodowego i tylko ona jest władna podejmować czynności dotyczące tegoż materiału. Przedmiotowe dowody nie były składane przez Wykonawcę w trakcie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego i w kontekście tego nie ma jakichkolwiek podstaw nie tylko do ich ujawniania, ale także do podejmowania jakichkolwiek decyzji z nimi związanych. Co więcej zgodnie z art. 190 ust. 8 pzp członkowie Izby zachowują poufność informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony, co zostało podkreślone przez przewodniczącego prowadzącego rozprawę, który wskazał także, iż w przypadku zastrzeżenia określonych dowodów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dostęp do tych dowodów ma wyłącznie wykonawca, którego tajemnica dotyczy oraz Zamawiający, który nie może tych informacji dalej ujawnić.

W świetle tegoż Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego kwestionowania rozstrzygnięć innego organu, w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej, które zapadły w innym postępowaniu, w oparciu o samodzielnie podejmowane czynności. Podkreślić należy, iż w sytuacji, w której Zamawiający nie zgadza się z orzeczeniem wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą ma on możliwość dochodzenia swoich praw przed sądem składając skargę na jej rozstrzygnięcie.

[...]

Niezależnie od powyższego, Wykonawca stoi na stanowisku, iż przedmiotowe działanie Zamawiającego stanowi kolejny przejaw dyskryminacji w stosunku do Wykonawcy. Zamawiający pomimo niekorzystnego dla niego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w dalszym ciągu podejmuje działania niezgodne z prawem zamówień publicznych i nie stosuje się do zaleceń oraz treści rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Okoliczność tę potwierdza fakt, iż Zamawiający przykładowo:

1. pismami z dnia 23 grudnia 2016 roku i 27 grudnia 2016 roku wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie i w sposób niezgodny z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej,

2. w sposób nieuprawniony ujawnił skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy”.

Pismem z dnia 13.01.2017 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum P odpowiedź na powyższą informację w trybie art. 181 ust. 1 Pzp. W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że informacja została wniesiona po upływie ustawowego terminu, jednak następnie odniósł się do złożonych zarzutów. Zamawiający podniósł m. in.: „Na rozprawie w Krajowej Izbie Odwoławczej z udziałem stron, tj. Państwa, Zamawiającego oraz Skanska S.A. utajniliście Państwo te wyjaśnienia. Izba przyjęła je jako dowód, natomiast w motywach ustnych uzasadnienia ogłoszonego wyroku z dnia 22.12.2016 r. podniosła, iż w żaden sposób nie odniosła się w sposób merytoryczny do tego materiału. Motywy ustne uzasadnienia są Państwu bardzo dobrze znane, ponieważ zarówno w piśmie z dnia 27.12.2016 r. oraz w piśmie z dnia 05.01.2017 r. powoływaliście się na nie oraz załączaliście ich treść do wyżej wymienionych pism, twierdząc, iż Zamawiający nie wypełnia dyspozycji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie, że Krajowa Izba Odwoławcza poczyniła w tym zakresie jakiegokolwiek wiążące zastrzeżenie, a Zamawiający w sposób bezprawny uchyla decyzję Krajowej Izby Odwoławczej, bo jej nie było. Ponadto, wyjaśnienia złożone na rozprawie stanowią część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie rozbudowy ul. Szosa Chełmińska, które nie zostało prawomocnie zakończone i pozostaje w toku”.

Pismem z dnia 17.01.2017 r. Konsorcjum P przekazało odpowiedź na powyższe ustosunkowanie się Zamawiającego do informacji w trybie art. 181 ust. 1 Pzp i podtrzymało swoje stanowisko. Zgodnie z pismem „Wykonawca nie podziela argumentu Zamawiającego, jakoby zastrzeżenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów i wyjaśnień przedłożonych na rozprawie przez Wykonawcę było nie wiążące. W tym miejscu Wykonawca ponownie podnosi, że decyzja Zamawiającego pozbawiona jest całkowicie podstaw prawnych. Wykonawca wskazuje, że żaden przepis prawa zamówień publicznych, ani jakiegokolwiek innej ustawy nie uprawnia Zamawiającego do uchylania rozstrzygnięcia, jakie zapadło przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie jest także uprawniony do dokonywania innego rodzaju weryfikacji ustaleń, zaleceń czy też decyzji podejmowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w prowadzonym przez nią postępowaniu odwoławczym, w stosunku do dowodów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez strony. Należy również podkreślić, iż przedmiotowe dowody zostały złożone przez Wykonawcę w toku postępowania odwoławczego prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą, a nie w trakcie postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego [...] Z uwagi, iż, jak to wcześniej już wskazywał Wykonawca, postępowanie o udzielenie zamówienia i postępowanie odwoławcze nie są postępowaniami tożsamymi, ponieważ prowadzone są przez różne organy i mają inny zakres przedmiotowy, Zamawiający nie może wykorzystywać w dowolny sposób dowodów przedłożonych w postępowaniu odwoławczym na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W dniu 19.01.2017 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na powyższe pismo Konsorcjum P. Zgodnie z pismem Zamawiającego, „Zamawiający stoi na stanowisku, iż to Państwo dokonaliście zastrzeżenia wyjaśnień złożonych na rozprawie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała merytorycznej ich oceny, a zatem bezsprzecznie nie podjęła decyzji o ich utajnieniu, co czyni nieuprawnionym Państwa twierdzenie, że Zamawiający w sposób bezprawny *uchyla rozstrzygnięcie jakie zapadło przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa*, bo żadnego takiego rozstrzygnięcia nie było.

[...]

Zapominacie również Państwo, że przedmiotowe wyjaśnienia zostały na rozprawie w Krajowej Izbie Odwoławczej przedłożone również Zamawiającemu i stanowią część dokumentacji postępowania, na co Zamawiający wskazywał w piśmie z dnia 13.01.2017 r.

Jak podkreślają autorzy komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych A. Bazan, J. E. Nowicki, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II, *Uznając, że częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowanie odwoławcze, należy przyjąć, iż dokumenty składane przez wykonawców oraz zamawiającego w takim postępowaniu również stanowią załączniki do protokołu*, co oznacza, że Państwa wyjaśnienia złożone Zamawiającemu na rozprawie stanowią część protokołu postępowania, o którym mowa w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i jak najbardziej są w dyspozycji Zamawiającego”.

W toku kontroli ustalono, że w dniu 20.12.2016 r. w Krajowej Izbie Odwoławczej przeprowadzona została rozprawa w sprawie o sygn. akt KIO 2313/16. Jak wynika z protokołu rozprawy, Odwołujący – Konsorcjum P wniosło do Izby o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. analizy wybranych asortymentów branży drogowej;
2. wstępnego rozeznania warunków gruntowo-wodnych sporządzonego na zlecenie odwołującego;
3. oferty kontrahenta Odwołującego;

4. kosztorysu ofertowego w branży elektrotechnicznej;
5. obmiarów;
6. kosztorysu ofertowego obejmującego koszty bezpośrednio, pośrednio i zysk.

Zgodnie z treścią protokołu, „odwołujący wyjaśnia, że dokumenty z pkt 5 i 6 stanowią elementy oczekiwane przez Zamawiającego w wezwaniu z 25.11.16 r., które z uwagi na krótki czas przewidziany na złożenie wyjaśnień nie zostały do nich załączone.

Odwołujący oświadcza, że ww. dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa wobec czego ich odpisy składa jedynie dla Zamawiającego.

W tym miejscu Przystępujący kwestionuje zasadność ww. zastrzeżenia, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełnienia przez zastrzeżone informacje przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto uważa, że zasada kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego powinna mu umożliwić ocenę i odniesienie się do każdego przedstawionego dowodu.

Na pytanie przewodniczącego Odwołujący wyjaśnia, że elementy wyjaśnień składanych w postępowaniu były zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i Zamawiający, tak w odniesieniu do Odwołującego, jak innych wykonawców, którzy również zastrzeżeń takich dokonywali, respektował je. Podaje, że złożone dokumenty mają związek z wyjaśnieniami i gdyby Odwołujący miał więcej czasu na ich przygotowanie to zostałyby załączone do wyjaśnień.

Odwołujący podaje, że wyjaśnienia z dnia 28.11.16 r. zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, tym niemniej Zamawiający w poufności zachował jedynie załączniki”.

Następnie Przewodniczący zarządził przerwę.

Po przerwie, zgodnie z protokołem, „Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o ujawnienie treści dokumentów objętych wnioskami dowodowymi odwołującego”.

Ustalony powyżej stan faktyczny potwierdza, że Konsorcjum P w toku rozprawy wniosło do Izby o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wymienionych wyżej dokumentów i jednocześnie oświadczyło, że składane dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym konsorcjum złożyło odpis dokumentów jedynie dla zamawiającego. Jak wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego, a także ww. pisma zamawiającego z dnia 05.01.2017 r. Konsorcjum P nie dołączyło do zastrzeganych dokumentów pisemnego

uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wynika z protokołu rozprawy, wykonawca przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego – Skanska S.A. – wyraził swój sprzeciw względem wniosku Konsorcjum P i zażądał ujawnienia złożonych dokumentów. Powyższy wniosek Przystępującego został oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą, która postanowiła o jego oddaleniu. Należy zauważyć, że zgodnie z § 23 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 964), w brzmieniu obowiązującym w toku prowadzonej rozprawy, skład orzekający w toku rozprawy podejmuje decyzję w sprawie dopuszczalności udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentacji postępowania odwoławczego, która może zawierać informacje stanowiące tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inne niż informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Podstawa rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej wynikała zatem wprost z odpowiednich uregulowań dotyczących postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kwestia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowana jest w art. 8 ust. 3 Pzp. Zatem składając w postępowaniu ofertę, bądź inne dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobligowany jest nie tylko do poinformowania o zastrzeżeniu informacji, ale również do wykazania zasadności zastrzeżenia w świetle wymagań przewidzianych w art. 11 ust. 4 Znk. Jak wynika z przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, zamawiający ocenia prawidłowość dokonanego zastrzeżenia i w przypadku stwierdzenia niewykazania posiadania przez zastrzegane informacje cech tajemnicy przedsiębiorstwa, wyłącza zakaz ujawniania tych informacji. W niniejszej sprawie dokumenty złożone przez Konsorcjum P na rozprawie w dniu 20.12.2016 r. nie zawierały pisemnego uzasadnienia wykazania podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zostały ocenione przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie określonym odrębnymi przepisami regulującymi rozpoznawanie odwołań. Z uwagi na fakt, że ww. dokumenty były składane na rozprawie w postępowaniu odwoławczym, wykonawca nie był objęty rygorami zawartymi w art. 8 ust. 3 Pzp, jak wynika bowiem z protokołu rozprawy i dokumentacji, KIO oceniła zasadność zastrzeżenia informacji, do których nie było dołączone pisemne uzasadnienie zastrzeżenia. Ze względu na fakt, że przedmiotowe zastrzeżenie nie było dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz w toku rozprawy przed KIO, Zamawiający nie był uprawniony do poddawania ocenie zasadności zastrzeżenia na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający ocenia zastrzeżenie w oparciu o pisemne uzasadnienie zawierające

wykazanie stosownych przesłanek, które to nie było wymagane w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Wykonawca przygotowywał przedmiotowe dokumenty z intencją przedstawienia ich na rozprawie w KIO, nie zaś jako pismo do Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z tego względu wykonawca nie załączył pisemnego uzasadnienia zastrzeżenia informacji, które jest wymagane przepisami określającym przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś rozprawę przed KIO. Zamawiający ocenił zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji gdy nie posiadał uzasadnienia wykonawcy, którego wykonawca nie miał obowiązku składać dla dokumentów przedkładanych na rozprawie w KIO. W związku z tym zastrzeżone dokumenty Konsorcjum P zostały odtajnione, mimo że wykonawca nie miał możliwości wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tych względów zamawiający nie był uprawniony do oceny zasadności zastrzeżenia dokumentów złożonych na rozprawie w KIO z dnia 20.12.2016 r. Zniesienie zakazu ujawniania tych informacji (poza ofertą handlową jednego z podwykonawców), stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp.

Ad 7

O udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12–23 i art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia, Zamawiający żądał złożenia w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 Pzp:

- dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 4, 5 i 6 rozporządzenia;
- w stosunku do wykonawców zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2b oraz ust. 3 rozporządzenia.

Zamawiający w pkt 7.4.9 SIWZ wskazał, że żąda złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotów trzecich, tj. dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 (informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp) – § 9 rozporządzenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji;
- spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego;
- brak podstaw wykluczenia;

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.

Z art. 25 ust. 1 Pzp wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W konsekwencji, żądanie dokumentów lub oświadczeń jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w zakresie, w jakim ww. dokumenty i oświadczenia potwierdzają spełnianie postawionych warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia wyznacza listę dokumentów, których zamawiający może żądać na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego. W świetle art. 25 ust. 1 Pzp treść tego przepisu prowadzi do wniosku, że zakres żądania dokumentów od podmiotu trzeciego nie może być szerszy niż żądany od wykonawcy. Podmiot trzeci udostępniający zasoby powinien być weryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Jeżeli więc zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o konkretne, określone w dokumentacji przetargowej przesłanki wykluczenia, wówczas podmiot trzeci badany jest pod takim samym kątem, ergo podmiot trzeci nie może być weryfikowany w zakresie szerszym niż sam wykonawca, a rozszerzenie badania podmiotu trzeciego będzie działaniem nieuprawnionym.

W pkt 7.2.3 SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie złożenia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 Pzp dokumentów wymienionych w § 5 pkt 4, 5 i 6 rozporządzenia, co ustalił za wystarczające do wykazania braku podstaw do wykluczenia. Jednocześnie w pkt 7.4.9 SIWZ

Zamawiający ustalił, że w odniesieniu do podmiotów trzecich wykonawcy zobowiązani są do przedłożenia dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia. W odniesieniu do podmiotu trzeciego należało zatem przedłożyć więcej dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, niż było to wymagane względem samych wykonawców. Jednocześnie, część żądanych od podmiotu trzeciego dokumentów odnosiła się do fakultatywnych przesłanek wykluczenia z Postępowania, które w ogóle nie zostały zastrzeżone, zatem żądane dokumenty nie służyły wykazaniu spełnienia danej przesłanki. W konsekwencji, nie były to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia Postępowania.

Ze względu na fakt, że żądanie Zamawiającego względem podmiotów trzecich przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1, 2, 3, 7 i 8 rozporządzenia było nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do wymagań postawionych wobec samego wykonawcy wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z 19 czerwca 2020 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli Prezesa UZP, w których zakwestionował stanowisko Kontrolującego w całości i przedstawił następującą argumentację.

Ad 1

W dokumentacji Postępowania znajdują się m.in. oświadczenia o wyłączeniu z udziału w Postępowaniu kierownika zamawiającego R.W. oraz M.K. – sekretarza komisji przetargowej. Treść tych oświadczeń wskazuje wynikającą z art. 17 Pzp podstawę wyłączenia z udziału w Postępowaniu – odpowiednio art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 i art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zgodnie ze stanowiskiem Kontrolującego oświadczenie złożone przez R.W. było spóźnione, bowiem zostało złożone po dokonaniu otwarcia ofert, a udzielenie odpowiedzi na pytania do SIWZ mogło mieć wpływ na wynik Postępowania. Prezes UZP stwierdził także, że ustalenie podstaw faktycznych wyłączenia się z udziału w Postępowaniu R.W. pozostają bez znaczenia w sprawie, ponieważ pytania do SIWZ zadawali wszyscy wykonawcy, którzy złożyli następnie oferty w tym postępowaniu, z wyłączeniem jednego podmiotu, który występował w tym postępowaniu jako członek konsorcjum, wobec czego, przesłanki do złożenia oświadczenia przez R.W. materializowały się już w momencie wniesienia pytań przez wykonawcę, w kontekście którego w dniu składania ofert zostało złożone stosowne oświadczenie o wyłączeniu.

Zamawiający zakwestionował to ustalenie wyjaśniając, że w szczególności pytań do SIWZ nie zadał nie tylko jeden wykonawca występujący później, jako członek konsorcjum,

tj. ERBUD S.A., gdyż pytania do SIWZ zadawał również wykonawcy Prefabet Kluczbork S.A. (07.10.2016 r.), El-Mar sp. z o.o. (25.10.2016 r.) oraz AMZ Elektro sp. z o.o. (27.09.2016 r.), którzy również nie złożyli ofert w Postępowaniu.

Opisany wyżej i prawidłowo ustalony stan faktyczny potwierdza, że określenie stron postępowania (uczestników) możliwe jest najwcześniej w chwili złożenia oferty w postępowaniu, na co wskazuje także przywołany we wnioskach kontroli § 14 ust. 1 Regulaminu.

Przedstawione stanowisko jest nie tylko zgodne z doktryną i orzecnictwem, ale również wieloletnim stanowiskiem samego Prezesa Urzędu. Zgodnie z opinią UZP pt. „Termin złożenia oświadczenia na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o nie podleganiu wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, którą to Zamawiający w pełni podziela „art. 17 ust. 2 ustawy PZP ustanawiając obowiązek złożenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania, nie określa jednak terminu, w którym oświadczenie to powinno być złożone [...] Analiza przesłanek wyłączenia z postępowania określonych w art. 17 ust. 1 ustawy PZP prowadzi do wniosku, iż ustalenie istnienia, bądź nie istnienia tych przesłanek, możliwe jest dopiero w momencie, gdy ujawnione zostaną wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu (wykonawcy). Przemawia za tym fakt, iż przesłanki te odnoszą się do istnienia określonych relacji (rodzinnych, prawnych, faktycznych) pomiędzy osobą dokonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego a wykonawcą. [...] Zatem z samej istoty przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 1-4 ustawy PZP wynika, iż oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania może być złożone dopiero po ujawnieniu podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (wykonawców). Z reguły następować to będzie z chwilą otwarcia ofert (arg. z art. 86 ust. 4 ustawy PZP). Przy czym brak jest przesłanek – tak jurydycznych, jak i faktycznych – wskazujących, iż oświadczenie w zakresie podstawy wyłączenia określonej w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, powinno być składane wcześniej, przed oświadczeniem w zakresie przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 1-4 ustawy PZP. W konsekwencji zasadnym jest przyjęcie stanowiska, że złożenie oświadczenia co do każdej z przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy PZP może nastąpić jednocześnie. Wyrazem powyższego stanowiska jest wprowadzenie w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 188, poz. 1154) jednego wzoru oświadczenia o braku lub

istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (druk ZP-11 określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia). Powyższe wyjaśnienia pozwalają na ustalenie najwcześniejszego terminu, w którym może być złożone oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia. Będzie to zatem możliwe dopiero po ujawnieniu wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu, co z reguły następować będzie wraz z otwarciem ofert (art. 86 ust. 4 ustawy PZP)”.

Zamawiający stwierdził, że stwierdzenie w Informacji „praktycznie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w kontrolowanym postępowaniu zwracali się o wyjaśnienie treści SIWZ, przesłanki do złożenia oświadczenia przez R.W. materializowały się już w momencie wniesienia pytań przez wykonawcę w kontekście którego w dniu składania ofert zostało złożone przez R.W. stosowne oświadczenie o wyłączeniu. W konsekwencji zatem już od momentu wpływu pierwszego z pism tego wykonawcy, w którym ujawnił on swój udział w postępowaniu, istniała możliwość dokonania przez osoby wchodzące w skład komisji przetargowej oceny zaistnienia przesłanek wyłączenia z postępowania określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp” uznać należy za sprzeczne z cytowaną opinią, nielogiczne, gdyż zakłada, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu mają *de facto* „przewidzieć”, który z podmiotów zadających pytania do SIWZ złoży ofertę w postępowaniu, ale przede wszystkim niezgodne z literalnym brzmieniem adekwatnych przepisów Pzp.

Zamawiający podkreślił, że art. 17 Pzp mówi o „wykonawcach ubiegających się o udzielenie zamówienia”, nie zaś „wykonawcach „ujawniających udział w postępowaniu”. Pzp nie definiuje tego pierwszego (prawnego) pojęcia, lecz jego wykładnia możliwa jest na podstawie innych jej przepisów – przykładowo art. 23 czy art. 141, które to przepisy mówiąc o „wykonawcach (wspólnie) ubiegających się o udzielenie zamówienia” odnoszą się wyłącznie do etapu składania ofert czy wykonania umowy, nie zaś etapów postępowania poprzedzających złożenie ofert w postępowaniu (a więc również etapu zadawania pytań do SIWZ).

Należy również zwrócić uwagę, że taka (zgodna z Informacją) wykładnia pojęcia „wykonawców ubiegających się o wykonanie zamówienia” jest sprzeczna z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, która to ogólną definicję „Wykonawcy” (każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie

usług) uzupełnia definicją „Oferenta”, tj. „wykonawcy, który złożył ofertę” (art. 2 pkt 10–11 Dyrektywy).

Prezes UZP w cytowanej wyżej opinii oparł swoje stanowisko na wykładni art. 17 ust. 3 Pzp, który nakazuje powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w art. 17 ust. 1, aczkolwiek za wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, wnioski Kontrolującego są niezrozumiałe, ponieważ Zamawiającemu zarzuca się naruszenie przepisu art. 17 ust. 3 Pzp, pomimo że ten nie wskazuje żadnego konkretnego terminu na złożenie oświadczenia oraz spóźnione złożenie oświadczenia, pomimo zastosowania się R.W. do prezentowanej przez samego Prezesa Urzędu wykładni przepisów Pzp, podzielonej następnie w licznych publikacjach branżowych, jak i w orzecznictwie KIO.

Z ostrożności Zamawiający odniósł się również do ustalenia, że fakt udzielenia przez R.W. odpowiedzi na pytania wykonawców mógł mieć wpływ na wynik Postępowania. Zgodnie z Informacją „[...] naruszony obowiązek wyłączenia się z postępowania z momentem ujawnienia się wykonawców poprzez zadawanie pytań do treści SIWZ dawał możliwość wpływu na ukształtowanie ostatecznej treści opisu zamówienia, decydującego o sposobie kalkulacji ofert przez zainteresowanych wykonawców”.

Zdaniem Zamawiającego tak skonstruowana argumentacja jest nielogiczna, gdyż ewentualny konflikt interesów (z uwagi na powody wyłączenia się R.W.) dotyczył wyłącznie jednego wykonawcy. Z uwagi na powyższe ustalenie możliwego „wpływu na wynik Postępowania” wymaga wykazania, nie czy sam fakt udzielenia odpowiedzi mógł mieć wpływ na wynik, lecz która lub które z odpowiedzi i w jaki sposób mogłaby mieć wpływ na ten wynik i w odniesieniu do którego z wykonawców. Innymi słowy, w jaki sposób treść udzielonych przez R.W. odpowiedzi preferowała Wykonawcę S; konkretnie, które z nich stwarzały preferencyjne warunki udziału dla tego wykonawcy.

W kontekście tego wyводу i argumentacji przedstawionej przez Kontrolującego warto zadać pytanie czy R.W. mógł w Postępowaniu brać udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia? Należy domniemywać, że odpowiedź Prezesa UZP będzie twierdząca, gdyż czynność ta nie stanowi etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A przecież to w ramach tej czynności „kształtuje się” treść OPZ.

Podsumowując ten wątek Zamawiający stwierdził, że Kontrolujący czyni Zamawiającemu zarzut, że ten wypełnił obowiązek z art. 38 Pzp odpowiadając wszystkim zainteresowanym podmiotom na zadane pytania odnośnie SIWZ oraz zamieszczając te odpowiedzi na swojej stronie internetowej. Co warto podkreślić - na żadną z tych czynności Zamawiającego nie wniesiono środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami Pzp, co podniósł także Prokurator w postanowieniu o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 07.03.2017 r. PR 2 Ds.23.1017, a co dobitnie świadczy, że nie miała ona wpływu na wynik Postępowania.

Zamawiający wskazał ponadto, że wnioski Kontrolującego są w tym zakresie wzajemnie sprzeczne, bowiem już w ustaleniu naruszenia określonego w pkt 5 wniosków kontroli, Prezes UZP stwierdził, że oferta Wykonawcy S nie była najkorzystniejsza w Postępowaniu, a dokonane wobec niej czynności nie mogły i nie miały wpływu na wynik Postępowania.

Odnosząc się do zarzutu podpisania przez R.W. protokołu Postępowania oraz umowy o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy podlegał on wyłączeniu Zamawiający stwierdził, że jest on sprzeczny z wcześniejszym ustaleniem, że R.W. oświadczenie z art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp złożył w związku z Wykonawcą S. Zatwierdzając protokół Postępowania dnia 17.03.2017 r. oraz w tym samym dniu podpisując umowę o udzielenie zamówienia publicznego z Wykonawcą Sk, R.W. nie podlegał już wyłączeniu się z udziału w Postępowaniu. Uprawnomocnił się już wówczas wybór najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Sk dokonany 06.02.2017 r. Moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, za który Kontrolujący przyjął zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, nie wynika z przepisu art. 2 ust. 7a Pzp. Jest to kolejna (objęta kontrolą) kwestia sporna w doktrynie i orzecznictwie. Przywołany przez Prezesa Urzędu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10 można traktować jako wskazówkę interpretacyjną, ale w żadnym razie nie jest on wiążący ani w tej, jak również w żadnej innej sprawie. Wiążącą moc ma jedynie art. 2 ust. 7a Pzp, zgodnie z którym przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Co więcej, w opinii prawnej UZP pt.: „Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu

okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 p.z.p.)” stwierdza się, że: „[...] zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi czynność prawną odrębną od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegającą ocenie według reguł prawa cywilnego (por. art. 702 § 3 w zw. z art. 703 § 3 k.c.), tj. nie stanowi *czynności w postępowaniu* (por. art. 17 ust. 1 i 2 in principio p.z.p.). Zawarcie umowy, jako czynność podejmowana po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma na celu nawiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wyłonionym w wyniku zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy prowadzi zatem do zaciągnięcia przez zamawiającego zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym i z tych względów stanowi jedynie pochodną wyboru najkorzystniejszej oferty albo uzgodnienia treści przyszłej umowy - w przypadku postępowań prowadzonych trybie zamówienia z wolnej ręki. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki ustawodawca powiązał skutek w postaci zakończenia postępowania z chwilą ustalenia warunków przyszłej umowy, a nie z chwilą jej zawarcia (arg. z art. 2 pkt 7a p.z.p.)”.

Stanowisko co do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10 zajął Paweł Wójcik w publikacji pt.: „Komentarz do wybranych przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamówienia badawczo-rozwojowe”, gdzie podniósł, że „Z tezą tą nie sposób się jednak zgodzić. Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została sformułowana w art. 2 pkt 7a p.z.p. i należy rozumieć przez nie *postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy*. Bezdyskusyjnie więc początkiem postępowania jest ogłoszenie o zamówieniu (zaproszenie), a finałem wybór oferty najkorzystniejszej, albo w przypadku zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowanie postanowień umowy. Wybór oferty najkorzystniejszej jest czynnością wieńczącą postępowanie. Jest ostatnią czynnością w postępowaniu i jednocześnie ostatnią czynnością, w której zamawiający

dokonuje jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Postępowanie jest prowadzone *w celu dokonania wyboru oferty*, użycie zaś w przepisie sformułowania *z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego* wskazuje jedynie na cel dokonania owego wyboru. Odmienne wnioski wydają się być dość trudne do obrony. Dodatkowym argumentem za pozostawieniem czynności zawarcia umowy poza postępowaniem jest także oznaczenie momentu kończącego postępowanie w przypadku zamówienia z wolnej ręki – to wynegocjowanie postanowień umowy. Przyjmując zatem, że w trybie konkurencyjnym ostatnią czynnością w postępowaniu jest czynność zawarcia umowy, to konieczne by było równocześnie przyjęcie, iż w przypadku zamówienia z wolnej ręki jest to wynegocjowanie postanowień umowy. Jest to sprzeczność. Nie można bowiem ustalać różnego końca postępowania w zależności od jego trybu. Zawarcie umowy to jedynie skutek postępowania, jego efekt materialny. Efektem proceduralnym, zakończeniem, jest wybór oferty najkorzystniejszej”.

Ad 2

Zdaniem Zamawiającego Kontrolujący błędnie i z pominięciem podstaw faktycznych i prawnych ustalił, że M.K. wyłączyła się z udziału w Postępowaniu w oparciu o art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, ze względu na pozostawanie z Wykonawcą Sk w takim stosunku prawnym, że mogło to budzić uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności w Postępowaniu. Żaden taki fakt nie wynika z dokumentacji Postępowania, w szczególności z treści oświadczenia złożonego przez samą zainteresowaną datowanego na 14.11.2016 r. Obowiązek podania podstaw faktycznych wyłączenia się z udziału w postępowaniu członka komisji przetargowej, kierownika zamawiającego, czy innej osoby wykonującej czynności w postępowaniu nie wynika przede wszystkim z art. 17 ust. 1 Pzp ani też z innych przepisów tej ustawy.

Kontrolujący ma obowiązek działać w oparciu o przepisy prawa, obiektywnie i bezstronnie. Tymczasem doniesłe ustalenie Kontrolującego zostało poczynione li tylko w oparciu o faktyczne „doniesienia” D.Z. skierowane do Prezesa Urzędu oraz Prokuratury, jak również o treść odwołania z dnia 07.12.2016 r. złożonego przez Konsorcjum P. Przy czym podnieść należy, że Prokurator odnosił się do okoliczności przedstawionych przez zawiadamiającego o przestępstwie D.Z. Konsorcjum P w odwołaniu domagało się wyłączenia się z udziału w postępowaniu Pani M. K. upatrując takiego obowiązku w związku małżeńskim tego pracownika z pracownikiem Wykonawcy Sk, jednakże nie sprawdziwszy wcześniej, czy Pani M. K. wyłączyła się z Postępowania. W sposób oczywisty nie oznacza to przecież, że podstawy faktyczne podjętej przez M.K. decyzji o wyłączeniu się z udziału w Postępowaniu

zostały bezspornie ustalone, tak aby postawić w wynikach kontroli zarzut naruszenia art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp przez zaniechanie złożenia przez M.K. oświadczenia o wyłączeniu się od udziału w czynnościach dokonywanych w Postępowaniu w momencie ujawnienia się wykonawców przez zadawanie pytań do treści SIWZ. Po pierwsze dlatego, M.K. złożyła oświadczenia o wyłączeniu się z udziału w Postępowaniu wskazując art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, a po drugie, ponieważ podstawy faktyczne złożenia tego oświadczenia są jej tylko wiadome.

Ustalenia Prezesa UZP zawarte w przekazanym wyniku kontroli doraźnej stanowią wprost nieuprawnioną manipulację przekazanymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami, a w szczególności załączonymi dowodami na ich poparcie w postaci treści postanowień Prokuratora Prokuratury Rejonowej Toruń-Centrum Zachód – postanowienie PR 2 Ds.23.1017 z dnia 07.03.2017 r. oraz postanowienia PR 2 Ds.4.2018 z dnia 01.02.2018 r. Ta przysłowiowa „żonglerka” ustaleniami Prokuratora ma na celu niejako obudować i uargumentować tezy o rzekomych nieprawidłowościach forsowane przez Wnioskodawcę, przez co Zamawiający odnosi wrażenie, że centralny organ administracji rządowej mający działać w granicach i na podstawie obowiązujących przepisów prawa, bezstronnie i obiektywnie, zajmuje stanowisko jednej ze stron toczącego się sporu w procesie o ochronę dób osobistych z powództwa Gminy Miasta Toruń – Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu przeciwko D.Z. Jest to jednak przede wszystkim wyjście poza zakres uprawnień, ponieważ Kontrolujący przyjmując za dowód w sprawie ww. postanowienia Prokuratora i czyniąc na ich podstawie ustalenia, jest zobowiązany do ich całościowej oceny, a nie do manipulowania ich treścią, tak aby wynik kontroli dopasować do stanowiska prezentowanego przez Pana D. Z..

Skalę tych nieuzasadnionych działań obrazują wyrwane z kontekstu cytaty z treści uzasadnienia Informacji.

Na stronie 13 wyników kontroli, stwierdzono, że: „Opis charakteru stosunku prawnego lub faktycznego, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp łączącego M.K. z jednym z wykonawców został zawarty w postanowieniu wydanym przez Prokuraturę Rejonową Toruń Centrum-Zachód w Toruniu, która rozpatrywała zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa w toku prowadzenia postępowania objętego niniejszą kontrolą. W dniu 01.02.2018 r. prokuratura wydała postanowienie, PR 2 Ds. 4.2018, w którym odmówiła wszczęcia śledztwa. W treści uzasadnienia wskazano m. in.: *M.K. zatrudniona była w Miejskim Zarządzie Dróg w Toruniu. Z kolei jej małżonek – P.K. od 2009 roku pełnił w spółce S. funkcje kierownika budowy i menedżera projektów. Brał on udział w zespołach kalkulujących cenę ofert organizowanych przez MZD w Toruniu*”. Ostatnie z cytowanych zdań wywołuje wrażenie, że jest to konstatacja kończąca logiczny wywód o istnieniu podstaw do

wyłączenia się z udziału w postępowaniu M.K. ze względu na udział w tym postępowaniu Wykonawcy Sk. Tymczasem jest zupełnie odwrotnie. Na kolejnych kilku stronach analizowanego postanowienia, Prokurator bezspornie wskazuje, że M.K. nie miała obowiązku wyłączenia się z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 17 ust. 4 Pzp, ponieważ fakt, że mąż M.K. był wówczas pracownikiem tego wykonawcy, nie rodził żadnego stosunku prawnego ani faktycznego M.K. z Wykonawcą Sk, który budziłby uzasadnione wątpliwości, co do jej bezstronności. Prokurator stwierdził bowiem, że „Prace te wykonywał pod nadzorem przełożonych do których należała decyzja odnośnie ceny oferty i decyzja o złożeniu bądź niezłożeniu oferty przetargowej. P.K. nie był osobą upoważnioną do reprezentacji w/w spółki. Pełnił on funkcję kierownika budowy realizując roboty budowlane w ramach niektórych umów zawartych pomiędzy S. a MZD w Toruniu, a na innych pełnił funkcję menedżera projektów, wykonując ogólny nadzór nad osobami realizującymi roboty budowlane w ramach danego projektu. S. składała oferty, m.in. w następujących przetargach ogłaszanych przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu: *Przebudowa ul. Łódzkiej w Toruniu, Drogi na osiedlu Jar w Toruniu – etap I zadanie II – budowa układu komunikacyjnego, Przebudowa ul. Krakowskiej w Toruniu – etap II, Przebudowa ul. Droga Starotoruńska w Toruniu, Remont ul. Waryńskiego w Toruniu na odcinku od ul. Antczaka do ul. Lubickiej, Przebudowa ul. Zaulek Dworcowy w Toruniu – etap I.* W tych postępowaniach, M.K. pełniła funkcję członka komisji przetargowej. W związku z powyższym, w dniach 25 lutego, 8 kwietnia, 29 maja, 15 czerwca oraz 19 czerwca 2016 roku składała oświadczenia w przedmiocie podlegania wyłączeniu, stosownie do art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W każdym z w/w oświadczeń stwierdzała ona, iż nie występuje w stosunku do niej żadna z okoliczności przytoczonych w w/w przepisie”.

Dalej, po opisie stanu faktycznego dotyczącego przedmiotowej sprawy Prokurator stwierdził: „M.K. w swoim oświadczeniu wskazała jako podstawę wyłączenia pozostawanie z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności. R.W. wskazał natomiast okoliczność pozostawania w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia oraz, że jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego następcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a ponadto że przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, był członkiem organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ramach powyżej opisanego postępowania przetargowego, M.K., jak również Dyrektor Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu R.W. – po wyłączeniu się od jego udziału – nie podejmowali jakichkolwiek czynności bezpośrednio z nim związanych”.

Po dalszym opisie stanu faktycznego w inkryminowanym przetargu, Prokurator przeszedł do rozważań prawnych na temat prawidłowości oświadczenia o podleganiu wyłączeniu się z udziału w Postępowaniu M.K. złożonego na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, co w całości kontrola pominęła. Prokurator podniósł, że: „Należy zauważyć, że w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawodawca użył sformułowania *pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności tych osób*. Z powyższego przepisu wynika, że nie chodzi tu o każdy stosunek prawny lub faktyczny tylko o taki, który budzi uzasadnione wątpliwości. Nie każda więc relacja, koleżeństwo, przyjaźń lub inne związki stanowią podstawę wyłączenia z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 oraz uznanie, że została naruszona określona w art. 7 ust. 2 zasad obiektywizmu i bezstronności. Przesłanka z art. 17 ust. 1 pkt 4 ma natomiast charakter oceny. Nie jest zatem wystarczające ustalenie jakiegokolwiek relacji pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą”, „Sam fakt złożenia oświadczenia o braku podstaw wyłączenia wskazanych w pkt I niniejszego postanowienia – i to jeszcze nie dotyczącego okoliczności obiektywnych takich jakie występują w pkt 2 i 3 (np. praca u wykonawcy) – nie stanowi racjonalnej przesłanki do twierdzenia, że oświadczenia to było fałszywe. Konkluzja ta jawi się jako tym bardziej uzasadniona w obliczu stwierdzenia faktu, iż P. K. nie pełnił w spółce SKANSKA funkcji zarządzających wobec czego nie podejmował decyzji choćby odnośnie ceny oferty oraz w przedmiocie złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Jego rola w tymże przedsiębiorstwie nie była zatem na tyle istotna, by samo stwierdzenie, że pozostaje w związku małżeńskim z jedną z pracownic Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu, skutkowało zaistnieniem tego rodzaju relacji, które wpływają na sytuację prawną innych wykonawców, a także na ostateczny wynik postępowania. Zadania P.K. opierały się bowiem na udziale w zespołach kalkulujących cenę ofert organizowanych przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu. Prace te wykonywał pod nadzorem przełożonych, do których należała decyzja odnośnie ceny oferty i decyzja o złożeniu oferty w postępowaniu przetargowym. P.K. niewątpliwie nie był zatem osobą upoważnioną do reprezentacji spółki S.”.

Co do momentu, w którym należy złożyć oświadczenie o wyłączeniu się na podstawie art. 17 Pzp, Prokurator stwierdził, że „[...] datą złożenia oświadczenia o wyłączeniu na podstawie art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jest dzień otwarcia ofert.

Ustawodawca w przepisach dotyczących wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu nie wskazał jednak w jakim terminie powinny być złożone owe oświadczenia. W doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd, iż osoby są w stanie określić swoje związki z wykonawcami, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopiero po poznaniu listy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, najczęściej po otwarciu ofert w danym postępowaniu. Należy zatem przyjąć interpretację, że oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących przyczynę wyłączenia, należy złożyć właśnie w dniu otwarcia ofert”.

Abstrahując od powyższej argumentacji przedstawionej na odparcie twierdzeń kontroli, kwestionowanie momentu złożenia oświadczenia M.K. w Postępowaniu jest nietrafne z jednego podstawowego powodu – nie można jego treści powiązać ze wskazanymi przez kontrolę podstawami faktycznymi jego złożenia. Jako subiektywna i ocenna przesłanka z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, pozostaje w sferze rozważań osoby zobowiązanej do złożenia oświadczenia o zaistnieniu bądź nie podstaw wyłączenia z udziału w postępowaniu.

W informacji o wyniku kontroli podniesiono, że „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”. Nie jest jednak działaniem w oparciu o obowiązujące przepisy prawa dokonywanie ustaleń kontroli i wniosków o naruszeniach, przez dowolne i wybiórcze traktowanie zgromadzonego materiału dowodowego (a za taki Kontrolujący uznał m.in. materiały z postępowań prokuratorskich), a w subsumpcji, dokonywanie wykładni przepisów przeczącej ich literalnemu brzmieniu, tak aby niejako dopasować wnioski do z góry założonej tezy odpowiadającej wprost wnioskowi Pana D. Z. formułowanym od lat w drodze wielorakich działań, w tym w postępowaniach prokuratorskich i sądowych.

Zamawiający przytoczył ponadto treść przepisów art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 2 pkt 11 Pzp i stwierdził, że bezspornie w prowadzonych przez Zamawiającego przetargach ofertę składał Wykonawca Sk będący osobą prawną, a nie mąż M.K. będący pracownikiem tego wykonawcy. Z kolei przez osobę prawną należy rozumieć – zgodnie z art. 33 K.c. – oprócz Skarbu Państwa również jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Spółka akcyjna, jaką jest Wykonawca Sk, osobowość prawną uzyskała z chwilą wpisu do KRS (art. 37 Kc). Z kolei atrybutem uzyskanej osobowości prawnej jest zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych, a jej wykonywanie powierzono organom osób prawnych, które działają w sposób przewidziany w ustawie i opartym na niej statucie. Wykonawca Sk działa

przez swój organ – zarząd spółki, który w jej imieniu może składać wiążące oświadczenia woli, do których należy zaliczyć także oferty składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 201 § 1 i art. 368 § 1 Ksh „zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę”.

W żadnym dotychczas prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie miała miejsca sytuacja, w której upoważnienie do składania wiążących oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy Sk miał jego pracownik – mąż M.K. Zatem należy stwierdzić, że przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp nie obligował M.K. do wyłączenia się z udziału w Postępowaniu, a także nie było żadnych podstaw prawnych oraz faktycznych, które uniemożliwiłaby pełnienie funkcji sekretarza komisji przetargowej przez M.K. w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, w których ofertę składał Wykonawca Sk. Do tych samych logicznych i mających oparcie w przepisach prawa wniosków doszedł Prokurator – niezależny organ w sprawie, w cytowanym wyżej postanowieniu PR 2 Ds.4.2018 z dnia 01.02.2018 r.

Kontrolujący stwierdza, że M.K. pozostawała z Wykonawcą Sk w stosunku prawnym, jednak twierdzenia tego nie poparto żadnymi argumentami natury prawnej ani faktycznej. Stosunek prawny musi znaleźć odzwierciedlenie w przepisie prawa i rodzić dla stron tego stosunku określone prawa lub obowiązki. Próżno szukać we wnioskach kontroli takiego ustalenia, ponieważ stosunek prawny pomiędzy Wykonawcą Sk a M.K. nigdy nie istniał. Pracownik M.K. nie pozostawała w żadnym stosunku Wykonawcą Sk, ponieważ jej mąż nie był wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a jego pracownikiem.

Przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o wykonawcy, a nie o pracowniku wykonawcy. Pzp, np. w art. 24 ust. 5 pkt 3, wyraźnie wskazuje na wykonawcę lub na osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy, tj. członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. Żadną z tych osób nie był P.K., co ustalił prokurator w postępowaniu sprawdzającym wszczętym z zawiadomienia D.Z. w sprawie PR 2 Ds.23.2017, jak i w sprawie PR 2 Ds.4.2018.

Zamawiający podkreślił, że przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp ustanawia subiektywną przesłankę wyłączenia się z udziału w postępowaniu, a zatem osoba zobowiązana do jego złożenia sama dokonuje oceny zaistnienia wymienionych w nim przesłanek. Wynika to też z oceny zawartej w postanowieniu o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 07.03.2017 r. w sprawie o sygnaturze PR 2 Ds.23.2017, jak i z dnia 01.02.2018 r. w sprawie o sygnaturze PR 2 Ds.4.2018.

Chybione są również twierdzenia, co do momentu, w którym obowiązek wyłączenia się danej osoby z postępowania się aktualizuje, o czy była już mowa w pkt. 1 powyżej i nie wymaga powtarzania.

W ustaleniach kontroli podniesiono także, że sam fakt udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców mógł mieć wpływ na wynik Postępowania. Jednakże powyższe wymaga wykazania, nie czy samo udzielenie odpowiedzi mogło mieć wpływ na wynik postępowania, lecz która z tych udzielonych odpowiedzi i w jaki sposób (przez odwołania do jej treści) mogły mieć wpływ na ten wynik. Innymi słowy, w jaki sposób treść odpowiedzi zaproponowanych kierownikowi zamawiającego przez komisję przetargową, w tym zgodnie Regulaminem, przewodniczącego komisji i dwóch inżynierów, preferowała Wykonawcę Sk, czy Wykonawcę St, albo jakiegokolwiek innego wykonawcę. Konkretnie, które z nich stwarzały preferencyjne warunki udziału dla któregośkolwiek z wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Na żadną z tych czynności Zamawiającego nie wniesiono środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami Pzp, co podniósł także Prokurator w postanowieniu o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 07.03.2017 r. PR 2 Ds.23.1017.

Abstrahując już od nieprawdziwego i bezpodstawnego wniosku Prezesa UZP o powodach wyłączenia się M.K. z udziału w Postępowaniu, który miałby polegać na pozostawaniu z Wykonawcą Sk w stosunku prawnym, należy wskazać, że pismem z dnia 06.10.2016 r. wykonawca ten zadał 17 pytań do SIWZ. Zamawiający przytoczył ich treść z udzielonymi odpowiedziami i stwierdził, że M.K., pełniąca funkcję sekretarza komisji zgodnie z Regulaminem, posiadająca wykształcenie humanistyczne, nie będąca inżynierem, nie mogła merytorycznie odpowiedzieć na zadane pytania, a w ten sposób wpłynąć na ostateczny opis przedmiotu zamówienia stanowiący w przetargu na roboty budowlane – dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, które sporządza projektant posiadający uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z przepisami Prawa budowlanego. Prezes UZP analizując treść Regulaminu całkowicie pominął, że w sposób szczegółowy został tam uregulowany podział obowiązków pomiędzy poszczególne osoby wchodzące w skład komisji przetargowej.

Zgodnie z § 15 Regulaminu przewodniczący odpowiada m.in. za udzielenie wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 15 pkt 1 tiret trzecie), sekretarz za przygotowanie projektów wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie formalnym (§ 15 pkt 2 tiret ósme), a członek komisji za ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, a przede wszystkim

za przygotowanie projektów wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie merytorycznym, dokonanie otwarcia ofert, ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, badanie i ocenę złożonych ofert (§ 15 pkt 3 tiret pierwsze, drugie, trzecie, czwarte i piąte).

Jak więc można obiektywnie stwierdzić, że podział obowiązków pomiędzy poszczególne osoby jest niejasny i że M.K. mogła merytorycznie odpowiedzieć na pytania Wykonawcy Sk, czy jakiegokolwiek wykonawcy. Jak przypisane jej czynności mogły mieć wpływ na wybór któregoś z wykonawców, skoro nie jest uprawniona do dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, czy badania i oceny złożonych ofert. Jak wreszcie jej równy głos mógłby mieć znaczenie dla dokonania czynności, do których dokonania nie miała kompetencji.

Ponadto, jak wynika z treści wspomnianych pytań i odpowiedzi, ale także z całości dokumentacji Postępowania odnoszącej się do udzielania przez Zamawiającego odpowiedzi na zapytania w sprawie SIWZ, Zamawiający udzielił odpowiedzi merytorycznie, w terminie, wszystkim zainteresowanym, nikogo nie dyskryminując ani nie faworyzując. Na tym etapie Postępowania nie czyniono Zamawiającemu żadnych zarzutów, co do podjętych czynności.

W pozostałym zakresie zastrzeżenia do treści Informacji są tożsame jak przedstawione w pkt 1 powyżej. W szczególności tu również warto zadać pytanie czy M.K. mogła w Postępowaniu brać udział w przygotowaniu Opisu Przedmiotu Zamówienia? Należy domniemywać, że odpowiedź Prezesa UZP będzie twierdząca, gdyż czynność ta nie stanowi etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A przecież to w ramach tej czynności „kształtuje się” treść OPZ, a tym samym „zakres robót budowlanych, sposób ich wykonania, a więc treść oświadczenia wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie”.

Ad 3

Przede wszystkim wskazać należy, że według niekwestionowanego stanu faktycznego w sprawie, udostępnienie załączników do protokołu nastąpiło *de facto* w terminie 1 dnia roboczego od dnia skutecznego złożenia wniosków. Z uwagi na okoliczności wskazane w Informacji (złożenie wniosków odpowiednio w dniu 02.12.2016 r. po godzinach pracy Zamawiającego oraz 05.12.2016 r.) – jest to fakt bezsporny, gdyż wnioski zostały skutecznie doręczone w dniu 05.12.2016 r., jak i na cytatach z Informacji: „Zamawiający przekazał wnioskującym żądane dokumenty w formie elektronicznej w dniu 07.12.2016 r. o godz. 09:59 i o godz. 10:29”, a więc w trzeciej godzinie drugiego dnia roboczego pracy Zamawiającego.

Tezy i wnioski Informacji w tym zakresie zdają się obciążać Zamawiającego okolicznościami od niego niezależnymi, tj.: terminami ustawowymi złożenia odwołania, dniami ustawowo wolnymi od pracy, regulaminem pracy Zamawiającego i regulacjami prawa pracy.

Kontrolujący wytyka przy tym Zamawiającemu, że on sam wysłał do wykonawców informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 02.12.2016 r., pomimo że sam stwierdza, że odbyło się to – w odróżnieniu od złożenia pierwszego wniosku wykonawcy z tego dnia – w godzinach pracy Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego Prezes Urzędu nie ma racji, że realizacja wniosków o udostępnienie protokołu nie nastąpiła „niezwłocznie”. W tym zakresie wskazać należy, że Pzp nie zawiera legalnej definicji pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie poprzez art. 14 Pzp odesłano do reguł prawa cywilnego i ich wykładni zawartej w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Na kanwie orzeczenia z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt. II CSK 293/06 przyjęto, że terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, lecz terminem realnym mającym na względzie okoliczności miejsca i czasu. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 marca 2001 r., V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r., V CK 461/03. Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (por. art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (por. art. 355 § 1 Kc), co oznacza, że Zamawiający ma mieć możliwość techniczną i organizacyjną w zakresie przygotowania załączników wskazanych we wniosku, co w ogóle nie było przedmiotem analizy Kontrolującego. W realiach sprawy, kontrola Prezesa UZP trwała ponad rok. Zamawiający ma 7 dni na wniesienie zarzutów. Czy jest to realny czas na dokonanie tych czynności? Czy jest proporcjonalny i odpowiada zakresowi merytorycznemu podlegającemu analizie? Zdaniem Zamawiającego, Kontrolujący w ustaleniach kontroli wchodzi w kompetencje Zamawiającego, co do organizacji pracy, przepływu informacji, w dynamicznie toczącym się postępowaniu. To nie Zamawiający ustalili ustawowe terminy na wniesienie odwołania. Jeżeli jest on zbyt krótki, to nie w kompetencji Zamawiającego jest jego wydłużenie poprzez zmianę przepisów Pzp.

Wobec tego, zdaniem Zamawiającego (dysponującego najdoskonalszą wiedzą co do trybu procedur obowiązujących u niego) przekazanie wykonawcom załączników do protokołu w trzeciej godzinie drugiego dnia roboczego pracy Zamawiającego wypełnia intencje ustawodawcy.

Niezależnie od tego wskazać należy, że wyżej zaprezentowana wykładnia abstrahuje od sposobu udostępnienia protokołu, zaś Zamawiający ma prawo korzystać z każdej formy dozwolonej przepisami. Nie zmienia to faktu, że Kontrolujący nie wykazał, jakoby ewentualne udostępnienie załączników do protokołu w formie umożliwienia osobistego wykonania fotokopii skróciłoby by ten proces. Powyższe nie zmienia faktu, że nie taka jest rola Kontrolującego, który winien koncentrować się nie na domniemaniach, lecz i obowiązujących przepisach, którym Zamawiający w pełni sprostał.

Niezrozumiałe jest także twierdzenie Kontrolującego, że w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się ustnie (!), jeżeli za prawdziwe uznane zostały oświadczenia D.Z. o rzekomych ustnych wnioskach pracowników Konsorcjum P o dostęp do dokumentacji Postępowania. Po pierwsze, żaden taki fakt nie miał miejsca. Nieprawdą jest, że okoliczność taka wynika z notatki służbowej pracowników: E.M. i M.K. z dnia 07.12.2016 r. Notatka ta dokumentuje agresywne zachowania przedstawicieli Konsorcjum P wobec pracowników Zamawiającego, nakłanianie pracowników do dokonania czynności, do których nie były w żaden sposób uprawnione, co przecież jest oczywiste dla każdego, kto zetknął się z pracą w administracji publicznej jakiegokolwiek szczebla. Zasada pisemności postępowania wyrażona jest w art. 9 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tą zasadą Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie. Każda czynność Zamawiającego i wykonawców została udokumentowana. Każdy wykonawca chcąc uzyskać dostęp do dokumentacji składał stosowny, pisemny wniosek, w którym określił zakres żądanych informacji (pisma Konsorcjum P z dnia 05.12.2016 r., pismo Wykonawcy St z dnia 05.12.2016 r., pismo Wykonawcy Sk z dnia 05.12.2016 r.). Czy zatem wnioski kontroli należy rozumieć w ten sposób, że § 4 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącza zasadę pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 Pzp? Wniosek taki byłby niedopuszczalny.

Co do ustaleń Informacji w zakresie wpływu rzekomych naruszeń na wynik Postępowania, wskazać należy, wszyscy wykonawcy wnioskujący o dostęp do dokumentacji otrzymali je w tym samym dniu i zbliżonej godzinie, po tym jak służby Zamawiającego przygotowały dokumentację do wysłania. Bezspornie też, naruszenie to nie mogło i nie miało wpływu na wynik Postępowania, ponieważ jak wynika z dokumentacji Postępowania i ustaleń Prezesa Urzędu Konsorcjum P wniosło skutecznie odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 02.12.2016 r., a Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła to odwołanie wyrokiem z dnia 22.12.2016 r., KIO 2313/16 nakazując jego unieważnienie oraz dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert. Postępowanie wróciło więc do punktu

wyjścia. W żaden więc sposób nie można z przywołanych wyżej okoliczności wywodzić, że doszło do wpływu na wynik Postępowania. Ponadto Kontrolujący zdaje się abstrahować od faktu, że wynik Postępowania został oceniony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.03.2017 r., sygn. akt KIO 297/17, która potwierdziła zasadność odrzucenia oferty Konsorcjum P jako niezgodnej z treścią SIWZ, a tym samym ważność wyboru oferty Wykonawcy Sk.

Ad 4

Zamawiający podkreślił, że na kilka wniosków o przekazanie dokumentacji Postępowania złożonych przez Konsorcjum za każdym razem udostępniał przedmiotową dokumentację w żądanym zakresie. Nigdy nie miała miejsca sytuacja, w której Zamawiający utajnił dokumentację w części, która wcześniej stała się już jawna z naruszeniem art. 96 ust. 3 Pzp.

Wniosek członka Konsorcjum P z dnia 26.01.2017 r. dotyczył stanu faktycznego na ten dzień. Wszystkie załączniki do protokołu zostały temu wykonawcy już wcześniej udostępnione, o czym Zamawiający informował w piśmie z dnia 31.01.2017 r., a mianowicie:

- a. pismem z dnia 15.11.2016 r. wykonawca żądał udostępnienia kosztorysów ofertowych wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu; kosztorysy ofertowe przekazano wraz z pismem z dnia 21.11.2016 r.;
- b. pismami z dnia 05.12.2016 r. wykonawca żądał udostępnienia wszystkich wezwań kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców w postępowaniu oraz odpowiedzi wykonawców na te wezwania, a także całości oferty Wykonawcy Sk; wezwania do wyjaśnienia wraz z odpowiedziami oraz całą ofertę Wykonawcy Sk przekazano wraz z pismem z dnia 07.12.2016 r.;
- c. pismem z dnia 22.12.2016 r. wykonawca żądał udostępnienia wszystkich zapytań o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; zapytania udostępniono wraz z pismem z dnia 27.12.2016 r.

Nie można wobec tego twierdzić, że w odpowiedzi na pismo Konsorcjum P z dnia 26.01.2017 r., Zamawiający nie udostępnił temu wykonawcy jawnej na dzień 02.12.2016 r. części załączników do protokołu. Zamawiający wskazał na tajność tych załączników, która powstała po wydaniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 22.12.2016 r., KIO 2313/16, co było w pełni uprawnione w świetle art. 96 ust. 3 Pzp, o czym szerzej w końcowej części niniejszego wątku.

Co do wniosku z dnia 26.01.2017 r. złożonego przez Wnioskodawcę, to podmiot ten nie miał statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jak również, jak sam twierdzi, nie działał wówczas w imieniu Konsorcjum P. Niezależnie od tego nieprawdziwe i jednostronne jest twierdzenie Prezesa UZP, że D.Z. nie otrzymał dostępu do dokumentacji Postępowania. Było wręcz przeciwnie. Dokonał on osobistego wglądu w akta Postępowania dnia 27.01.2017 r. w siedzibie Zamawiającego, jednakże nie był zainteresowany jawną częścią dokumentacji. Cel jego wizyty do tej pory nie jest jasny, natomiast jego przebieg i owszem. D.Z. straszył pracowników Prokuratorem, Policją, którą ostatecznie wezwał i która odstąpiła od czynności odebrania Zamawiającemu dokumentacji Postępowania i przekazania jej D.Z., przyjmując w tym zakresie wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego. Tymczasem Prezes UZP daje w całości wiarę twierdzeniom D.Z., jak już wyżej wspomniano, opowiadając się *de facto* się po jednej ze stron sporu cywilnego, w całości pomijając stan faktyczny zaistniały w sprawie i wynikający z dokumentacji. Twierdzenia D.Z. są gołosłowne i nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji Postępowania. Jest to prezentowany przez niego pogląd, w żaden sposób nie oparty o fakty.

Kiedy tylko Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty dnia 06.02.2017 r., udostępnił wszystkim zainteresowanym stronom pozostałą część załączników do protokołu (pismo z dnia 07.02.2017 r. skierowane do członka Konsorcjum P) i znowu Konsorcjum P złożyło odwołanie na tę czynność Zamawiającego. Podsumowując nie miało miejsca żadne naruszenie w powyższym zakresie, a tym bardziej nie doszło do negatywnego wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wskazując na tajność załączników, która powstała po wydaniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 22.12.2016 r., KIO 2313/16, w swej decyzji kierował się literalnym brzmieniem powołanego przepisu art. 96 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego Kontrolujący nie wskazał jakiegokolwiek przekonującej argumentacji, że ww. przepis należy pominąć w sytuacji unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Parafrazując twierdzenia Informacji – przepisy Pzp nie zawierają „odrębnych uregulowań”, które w jakikolwiek sposób umożliwiałyby zmianę dyspozycji

komentowanego przepisu, a jak należy uznać, w sytuacji, gdyby ustawodawca przewidywał taką zmianę, uregulowałby to normatywnie.

Warto wskazać, że Zamawiający potraktował „równo” wykonawców w zakresie decyzji warunkowanej literalnym brzmieniem przepisu, stąd faktyczne „gdybanie” o możliwości różnicowania w zakresie dostępnej im informacji jest nieuprawnione. Podobnie, jak teza o możliwym utrudnieniu w złożeniu odwołania, gdyż każdy z wykonawców ma prawo uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym, które może jedynie prowadzić do sytuacji faktycznej zaistniałej w sprawie.

W tym kontekście nie można zgodzić się również z twierdzeniem, że zarzucane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, gdyż – raz jeszcze należy podkreślić – omawiana sytuacja może nastąpić tylko i wyłącznie wskutek postępowania odwoławczego lub samodzielnej decyzji Zamawiającego, z tym że w obu przypadkach każdy z zainteresowanych Wykonawców ma odpowiednio prawo udziału w postępowaniu wywołanym odwołaniem lub też zapoznania się z (obligatoryjnym) uzasadnieniem samodzielnej decyzji Zamawiającego.

Ad 5

Bezspornie, zasadą udzielenia zamówień publicznych jest jawność postępowania, o czym stanowi art. 8 ust. 1 Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 Pzp stanowi wyjątek od tej zasady.

W świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r., III CZP 74/05, Zamawiający bada skuteczność zastrzeżonych przez wykonawcę informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający uczynił tak w stosunku do każdej zastrzeżonej w Postępowaniu informacji podając szczegółowe uzasadnienie każdej swojej czynności i co do każdego dokumentu. Oczywiście zawsze można dojść do odmiennych wniosków, z uwagi na „dynamikę” i rozbieżność w doktrynie i orzecznictwie, o czym szerzej w dalszej części niniejszego wątku.

Odnosząc się merytorycznie do twierdzeń Prezesa, że Wykonawca St nie wykazał spełnienia przesłanek utajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w świetle art. 11 ust. 4 Znk, w ocenie Zamawiającego i na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, brak po jego stronie kompetencji, ażeby odtajniać złożone przez Wykonawcę St następujące dokumenty i informacje:

- a. umowy ramowe z usługodawcami, dostawcami sprzętu i materiałów, podwykonawcami wraz z ich rejestrem;

- b. opis zaplecza sprzętowego i organizacyjnego wykonawcy wraz z poszczególnymi zestawieniami;
- c. opis obowiązującego systemu składania ofert przetargowych wraz z charakterystyką wymiany poszczególnych informacji w ramach oferujących zespołów, opis obowiązującego u wykonawcy systemu obiegu i zarządzania dokumentami objętymi poufnością;
- d. opis sposobu zachowania poufności danych technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych obowiązujących w Spółce;
- e. umowy z X na świadczenie usług laboratoryjnych z zastrzeżeniem klauzuli poufności;
- f. zaświadczenie z banku o posiadanych aktywach oraz sytuacji finansowej wykonawcy;
- g. ofertę X na wykonanie oznakowania poziomego (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);
- h. ofertę Y na wykonanie oznakowania poziomego i pionowego (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);
- i. ofertę X na wykonanie elementów infrastruktury kolejowej (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);
- j. ofertę X na dostawę prefabrykatów (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);
- k. ofertę X na wykonanie ekranów akustycznych (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);
- l. ofertę X na materiały kamienne (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);
- m. ofertę X na materiały betonowe (wyszczególniony rodzaj usług, ilość, cena);

nawet jeżeli uzasadnienie zastrzeżenia mogłoby budzić wątpliwości. Niesłusznym jest także w świetle doktryny i orzecznictwa stwierdzenie, że wartość gospodarcza zastrzeżonej informacji może się przejawiać jedynie w braku dostępu do niej pozostałych wykonawców, czy też innych zainteresowanych podmiotów.

Istotne w sprawie jest również wskazanie, że do 04.09.2018 r., tj. do dnia wejścia w życie nowelizacji Znk, tajemnica przedsiębiorstwa była zdefiniowana w art. 11 ust. 4. Dnia 04.09.2018 r. weszła w życie ustawa z dnia 05.07.2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 1637), która zmodyfikowała dotychczasową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uregulowała zasady jej ochrony. Aktualnie pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uregulowane w art. 11 ust. 2 Znk, zgodnie z którym rozumie się ją jako 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.

Porównanie obu wyżej wymienionych przepisów i wynikających z nich definicji, prowadzi do wniosku, że aktualnie obowiązujące pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie odbiega w znacznym stopniu od tej dającej się wyprowadzić z poprzednio obowiązującego przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Podstawowa zmiana polega na poszerzeniu ochrony wynikającej z Znk na informacje, które nie były upowszechniane zarówno jako całość, jak również w szczególnym zestawieniu lub zbiorze informacji. Pozwala to na wyprowadzenie wniosku, że wskutek zmiany Znk tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią również informacje, które zostały dobrane i zestawione przez wykonawcę na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet pomimo wcześniejszego upublicznienia poszczególnych elementów składających się na zindywidualizowany zbiór informacji.

Podobnie Zamawiający postąpił z wyjaśnieniami Wykonawcy E. Po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów, Zamawiający odtajnił wyjaśnienia w części, tj. treść pisma (wyjaśnień) za wyjątkiem danych zawierających informacje o dostawcach oraz załączonych do wyjaśnień ofert dostawców. Odtajnienie nastąpiło 01.12.2016 r. Wykonawca E nie wniósł środków ochrony prawnej na tę czynność Zamawiającego. Utajnione dokumenty i informacje to:

- a. oferta od X na dostawę mieszanki mineralno-bitumicznej (wyszczególniony rodzaj materiału, ilość, cena);
- b. oferta od X na dostawę kostki kamiennej i opornika kamiennego (wyszczególniony rodzaj materiału, ilość, cena);
- c. oferta od X na dostawę elementów betonowych (wyszczególniony rodzaj materiału, ilość, cena);
- d. oferta od X na dostawę ławy, podbudowy, stabilizacji podsypki (wyszczególniony rodzaj materiału, ilość, cena).

Zamawiający uznał, że ww. informacje mają wartość gospodarczą i organizacyjną. Zamawiający nie dysponował żadnym dowodem mogącym wskazywać, że dane zastrzeżone, jako poufne są dostępne szerszemu kręgowi zainteresowanych w zwykłej i dozwolonej drodze.

Kontynuując, zarzuty Kontrolującego co do naruszeń w tym zakresie należy potraktować łącznie w części, w której sprowadzają się w obu przypadkach do uznania, że wykonawcy „nie wykazali” dlaczego zastrzegane informacje posiadają istotną wartość gospodarczą. Zdaniem Zamawiającego to „wykazanie” determinuje sama treść „zastrzeżonych dokumentów”.

W szczególności zwrócić należy uwagę – w ślad za opinią UZP pt. „Tajemnica przedsiębiorstwa”, z którą to opinią Zamawiający w pełni się zgadza – że „biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96)”.

W ocenie Zamawiającego treść dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę St (m.in. rejestry umów ramowych, zestawienie sprzętu, wyszczególnienie czynników produkcji, opinie bankowe, stawka robocizny i sprzętu, oferty podwykonawców i dostawców) oraz Wykonawcę E (m.in. oferty handlowe) już sama w sobie dowodzi, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, co nie wymaga dalszego „dowodzenia”.

W zakresie zaś zarzutów Informacji dotyczących braku „podjęcia odpowiednich działań w celu zachowania poufności” (dot. wyjaśnień Wykonawcy E), wskazać należy, że m.in. w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 528/10, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona – przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona”. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia powołanego wykonawcy wypełniają te przesłanki. W szczególności wskazał on, m. in. iż osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania poufności na podstawie zawartych umów o zachowaniu poufności, a więc powołał się na „wewnętrzne regulaminy”; podobnie w zakresie podwykonawców i stosowanej technologii teleinformatycznej. Wymaganie załączenia dokumentów potwierdzających w/w „wskazane” okoliczności nie znajduje uzasadnienie w obowiązujących przepisach, zaś Zamawiający nie ma prawa kwestionowania oświadczeń w tym zakresie. Powyższe potwierdza sam Kontrolujący w Informacji cytując (za wyrokiem KIO z dnia 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 568/15), że „czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z tym okoliczności, np. odwołanie się do zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem [...]”.

Ad 6

W tym zakresie, Kontrolujący całkowicie pominął wyjaśnienia Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 19.01.2017 r., stanowiące odpowiedź na pismo Konsorcjum P z dnia 17.01.2017 r. Mianowicie Zamawiający przywołał tam fragment komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa A. Bazana i J.E. Nowickiego, Prawo zamówień publicznych, wyd. II, „[...] Uznając, że częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowanie odwoławcze, należy przyjąć, iż dokumenty składane przez wykonawców oraz zamawiającego w takim postępowaniu również stanowią załączniki do protokołu”. Stanowisko to należy uznać za słuszne, bowiem jeżeli samo odwołanie i odpowiedź na nie stanowią część dokumentacji postępowania, z jakich powodów kolejne pisma w sprawie stanowiące ich kontynuację, składane zarówno przez wykonawców, jak i zamawiających, mają nagle stać się oderwaną od postępowania częścią dokumentacji. We wnioskach kontroli wyprowadzono kuriozalny wniosek, sprzeczny wprost z art. 87 Konstytucji ustanawiającym hierarchię obowiązywania aktów prawnych w Rzeczypospolitej Polskiej, że § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) wyłącza zastosowanie art. 8 ust. 3 Pzp. Jak wskazał Prezes UZP, art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek oceny zasadności dokonania zastrzeżeń przedkładanych przez wykonawcę informacji – a są nimi wszystkie informacje zawarte w każdym dokumencie stanowiącym część dokumentacji postępowania, w tym jak już wyżej wskazano, odwołania oraz odpowiedzi na nie.

Co więcej, okoliczność powyższą potwierdza zacytowany we wnioskach kontroli fragment protokołu rozprawy (strona 41): „Zgodnie z treścią protokołu, „odwołujący wyjaśnia, że dokumenty z pkt 5 i 6 stanowią elementy oczekiwane przez Zamawiającego w wezwaniu z 25.11.16 r., które z uwagi na krótki czas przewidziany na złożenie wyjaśnień nie zostały do nich załączone. Odwołujący oświadcza, że ww. dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa wobec czego ich odpisy składa jedynie dla Zamawiającego. W tym miejscu Przystępujący kwestionuje zasadność ww. zastrzeżenia, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk. Ponadto uważa, że zasada kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego powinna mu umożliwić ocenę i odniesienie się do każdego przedstawionego dowodu. Na pytanie przewodniczącego Odwołujący wyjaśnia, że elementy wyjaśnień składanych w postępowaniu były zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i Zamawiający, tak w odniesieniu do Odwołującego, jak innych wykonawców, którzy również zastrzeżeń takich dokonywali,

respektował je. Podaje, że złożone dokumenty mają związek z wyjaśnieniami i gdyby Odwołujący miał więcej czasu na ich przygotowanie to zostałyby załączone do wyjaśnień. Odwołujący podaje, że wyjaśnienia z dnia 28.11.16 r. zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, tym niemniej Zamawiający w poufności zachował jedynie załączniki”. A przecież wyjaśnienia Konsorcjum P złożone dnia 28.11.2016 r. zostały przez Zamawiającego odtajnione pismem z dnia 01.12.2016 r. za wyjątkiem załączonych do wyjaśnień ofert dostawców, do czego Prezes nie wniósł żadnych zastrzeżeń. W tożsamym zakresie Zamawiający postąpił z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie przed KIO, odtajniąc je 05.01.2017 r. i wskazując, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, kosztorysu ofertowego oraz kalkulacji szczegółowej jest ze względu na art. 86 ust. 4 Pzp niedopuszczalne. Utajniona została, podobnie jak w odtajnieniu wyjaśnień z dnia 28.11.2016 r., oferta handlowa jednego z podwykonawców.

Z tych też względów zarzucane naruszenie nie znajduje oparcia ani w przepisach prawa ani w zaistniałym stanie faktycznym. W końcowych wnioskach, co do tego naruszenia, Prezes wskazuje, że Zamawiający postąpił niezgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp bez określenia, jaki wpływ miało lub mogło mieć to na wynik postępowania.

W ocenie Zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, a wnioski Prezesa UZP nawzajem się wykluczają.

Reasumując, w powyższej kwestii Zamawiający podtrzymuje stanowisko ugruntowane doktryną, zgodnie z którym (patrz: komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych A. Bazan, J. E. Nowicki, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II) „(...) Uznając, że częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowanie odwoławcze, należy przyjąć, iż dokumenty składane przez wykonawców oraz zamawiającego w takim postępowaniu również stanowią załączniki do protokołu”.

Tym samym Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek ich (dokumentów) oceny pod kątem również zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ocena ta winna uwzględniać wypełnienie obowiązków z tym związanych, w szczególności czy zastrzeżenie zostało „wykazane”. Kwestia ta jest bezsporna w kontekście treści Informacji stanowiących przedmiot odniesienia w punktach powyżej.

Zamawiający i sam Kontrolujący – co wynika z treści Informacji – nie znajduje podstaw prawnych do „innego” traktowania wymogów zastrzeżenia tajemnicy z uwagi na fakt złożenia zastrzeganych dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zalicza się również postępowanie odwoławcze. Kontrolujący koncentruje się bowiem

na wymogach postępowania dowodowego przed KIO, co stanowi odrębną kwestię i nie zwalnia Zamawiającego od badania wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa w toku Postępowania.

Ad 7

W zakresie powyższego zarzutu Zamawiający, w pierwszej kolejności podkreśla raz jeszcze, że odmienna interpretacja przepisów prawa – czy to unijnego, czy też krajowego, nie może stanowić podstawy do uznania, że nastąpiło jego naruszenie, szczególnie w przypadku, gdy literalne brzmienie przepisu, interpretowane jest następnie od tego brzmienia odmiennie.

Zamawiający w swej decyzji oparł się na literalnym brzmieniu art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014r., str. 65, ze zm.), art. 22a ust. 3 Pzp oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia. Dokumentacja Postępowania również nie potwierdza, ażeby Zamawiający pomijał treść art. 24 Pzp, ponieważ brzmienie art. 22a ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp, co wprost koresponduje z § 9 ust. 2 rozporządzenia i znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ kontrolowanego postępowania – pkt 7.4.9. SIWZ.

Badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu odnosi się wyłącznie do wykonawcy, z tym jednak zastrzeżeniem, że w przypadku wykonawcy powołującego się na potencjał podmiotów trzecich, Zamawiający jest zobligowany do badania podstaw wykluczenia odnośnie podmiotu trzeciego, co bezpośredni skutek odnosi także wyłączenie do wykonawcy. Porównanie art. 22a ust. 3 i ust. 6 w zw. z art. 24 Pzp prowadzi do wniosku, że celem badania podstaw wykluczenia w stosunku do podmiotu trzeciego nie jest wykluczenie wykonawcy, bo przepis art. 22a ust. 6 Pzp wskazuje zupełnie inną drogę, a mianowicie nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawcę do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub też uzyskać od wykonawcy zobowiązanie do osobistego wykonania części zamówienia – wszystko to w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto wykonawcy powołującego się na potencjał podmiotów trzecich dotyczy szereg dodatkowych obowiązków wynikających z przepisów ustawy Pzp oraz

aktów wykonawczych do niej. Do takich należy obowiązek złożenia zobowiązania o udostępnieniu zasobów o określonej przepisami § 9 ust. 1 rozporządzenia treści, oświadczeń i dokumentów wymaganych § 9 ust. 2 rozporządzenia, czy też zastąpienia przez wykonawcę podmiotu trzeciego przez inny podmiot lub złożenia zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia – art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Sumując, jeżeli celem ustawodawcy w odniesieniu do podmiotów trzecich – art. 63 dyrektywy i art. 22a ust. 3 Pzp, nie byłoby badanie w stosunku do nich podstaw wykluczenia zarówno tych obligatoryjnych, jak i fakultatywnych w całości, art. 22a ust. 3 Pzp brzmiałby *in fine* „czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i określonych przez zamawiającego na podstawie ust. 5 ustawy”, a § 9 ust. 2 rozporządzenia „Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 w zakresie wymaganym od wykonawcy”.

Sam Prezes Urzędu wyjaśniał wątpliwości na tym tle wydając stanowisko dostępne na stronie internetowej UZP. Kontrolowane postępowanie zostało ogłoszone wkrótce po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r., a jak widać przepisy te rodziły szereg wątpliwości, skoro Prezes zdecydował, że należy dokonać ich interpretacji. Przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia odczytywany literalnie może być rozumiany jako nakaz każdorazowego badania podmiotów trzecich zarówno w kontekście obligatoryjnych, jak i fakultatywnych przesłanek wykluczenia (bez względu na to, czy przesłanki fakultatywne zostały przez zamawiającego określone). Jest to jednak konstatacja poczyniona po ponad trzech latach stosowania znowelizowanych w 2016 r. przepisów Pzp oraz samego rozporządzenia, kiedy doktryna i orzecznictwo wypracowały już większościowe stanowisko w sprawie, z którym niekoniecznie należy się zgodzić. Wątpliwości w tożsamym zakresie miał również Zamawiający z tą jednak różnicą, że przepisy powyższe musiał stosować w praktyce już od pierwszego dnia ich wejścia w życie. Dlatego też Zamawiający, dochowując należytej staranności, wysłał zapytanie do informacji prawnej LEX. Odpowiedź LEX wskazywała na konieczność żądania od podmiotów trzecich całego katalogu dokumentów wymienionego w § 9 ust. 2 rozporządzenia (dostępna w informacji prawnej LEX odpowiedź udzielona przez Daniela Szczęsnego dnia 16.08.2016 r.). Nawet jeżeli na dzień poczynionych przez Prezesa UZP ustaleń, dominująca stała się praktyka odpowiedniego zawężania żądania katalogu dokumentów z § 9 ust. 2 rozporządzenia, to jednak zbyt daleko idące jest ustalenie,

że literalne odzwierciedlenie brzmienia tego przepisu w pkt 7.4.9. rozdziału I SIWZ, stanowi naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp.

W podsumowaniu Zamawiający wskazał, że jednostronne podejście do sprawy nie służy interesowi publicznemu. Zamawiający załączył do zastrzeżeń pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 16.06.2020 r., z którego wynika, że Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych prowadzi postępowanie wyjaśniające na skutek kolejnych skarg w tej sprawie tego samego wnioskodawcy. Nie ulega wątpliwości, że stanowisko UZP będzie ważne w procedurze prowadzonej przez OLAF i może prowadzić do narażenia interesu publicznego na utratę dofinansowania ze środków UE, w sytuacji, gdy inwestycja została z powodzeniem zrealizowana, odebrana, oddana do użytku i służy mieszkańcom Torunia i nie tylko.

Pismem z dnia 7 lipca 2020 r. Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli. W konsekwencji, Prezes Urzędu – na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje.

Ad 1

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Pierwszym problemem wymagającym rozstrzygnięcia stanowił moment złożenia przez kierownika zamawiającego – R.W. oświadczenia o wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. W tym zakresie skład orzekający Izby podziela stanowisko Kontrolującego i uzupełniająco wskazuje jak niżej.

Przepisy Pzp nie wskazują konkretnego momentu złożenia oświadczenia o wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego kwestia ta powinna być rozstrzygana *ad casum*. Nie może jednak ulegać wątpliwości, że celem przepisu art. 17 Pzp jest urzeczywistnienie jednej z naczelných zasad systemu zamówień publicznych, która stanowi, że czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (zob. art. 7 ust. 2 Pzp). Wytyczna ta prowadzi do wniosku, że oświadczenie z art. 17 ust. 2 Pzp powinno być złożone w najwcześniejszym terminie, w którym możliwe jest złożenie rzetelnego oświadczenia. Z reguły będzie to moment otwarcia ofert, bądź wniosków,

niemniej jednak nie można wykluczyć sytuacji, w której wymagane będzie złożenie takiego oświadczenia już wcześniej i z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Bezspornie krąg podmiotów, które składały wnioski o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ zasadniczo pokrywał się z kręgiem podmiotów, które następnie złożyły oferty w Postępowaniu. W konsekwencji przyjęć należy, że w sytuacji, w której wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ pochodzi od podmiotu, z którym osoba wykonująca czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tu – kierownik zamawiającego) pozostaje lub pozostawała w relacjach opisanych w art. 17 ust. 1 Pzp (*ad casum* – art. 17 ust. 1 pkt 2 lub 3 Pzp), z chwilą otrzymania wspomnianego wniosku powstaje po stronie takiej osoby obowiązek złożenia oświadczenia z art. 17 ust. 2 Pzp.

Nie znajduje uzasadnienia kategoryczne twierdzenie, że w opisanych powyżej okolicznościach oświadczenie o wyłączeniu powinno być złożone w późniejszym okresie, tj. po otwarciu ofert, a wcześniejsze złożenie takiego oświadczenia (na etapie składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ) uzależnione byłoby od zdolności przewidzenia przez pracownika zamawiającego, który z podmiotów składających takie wnioski złoży następnie ofertę. Z ustawowej definicji wykonawcy (zob. art. 2 pkt 11 Pzp) wynika bowiem, że jest nim nie tylko podmiot, który złożył ofertę, czy zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, ale również podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia. Mianem tym, na etapie poprzedzającym składanie ofert, czy wniosków, określać należy każdy podmiot, który korzysta z ustawowych uprawnień do wnoszenia o wyjaśnienie treści SIWZ (por. art. 38 ust. 1 *in principio* Pzp, który stanowi, że „Wykonawca (podkreślenie Izby) może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji [...]”), czy wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami działu VI Pzp (status wykonawcy uprawnionego do wniesienia odwołania zależy od etapu postępowania oraz sytuacji określonego podmiotu; na etapie odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ będzie posiadał go podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia, niezależnie od tego czy uprzednio składał wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ oraz czy następnie złożył ofertę w postępowaniu).

Kolejną kwestią wymagającą przesądzenia jest czas trwania zakazu wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, determinowany momentem jego zakończenia. W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w uchwale z 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, i wskazuje, w ślad za przywołanym przez Prezesa UZP orzecnictwem Izby wydanym na kanwie poglądu wyrażonego przez SN, że zakończeniem postępowania jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaś wybór najkorzystniejszej oferty. Przemawia za tym

dodatkowo fakt, że przepisy Pzp przewidują możliwość unieważnienia postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty (*vide* art. 94 ust. 3 Pzp), a ponadto okoliczność, że zamawiający na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym po wyborze najkorzystniejszej oferty, może samodzielnie unieważnić taki wybór i podejmować inne jeszcze czynności w postępowaniu, których potrzeba wykonania ujawniła się po wyborze najkorzystniejszej oferty (np. odrzucić ofertę pierwotnie wybraną jako najkorzystniejsza z uwagi na przesłanki dostrzeżone po dokonaniu wyboru).

Z powyższym związane jest ostatnie zagadnienie konieczne do rozstrzygnięcia, a to, czy na późniejszym etapie postępowania możliwe jest wykonywanie w nim czynności przez osobę wcześniej wyłączonej, z uwagi na ustanie podstaw wyłączenia. W tej materii skład orzekający stoi na stanowisku, że skoro przepisy Pzp nie przewidują okoliczności ustania podstaw do wyłączenia danej osoby z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to osoba raz wyłączona z postępowania powinna powstrzymać się od wykonywania w nim czynności aż do zakończenia procedury udzielania zamówienia publicznego w sposób opisany w poprzednim akapicie. W ocenie składu orzekającego taka interpretacja w pełni urzeczywistnia cel składania oświadczeń z art. 17 ust. 2 Pzp, o którym mowa w art. 7 ust. 2 Pzp.

Ad 2

Zastrzeżenia Zamawiającego nie są uzasadnione.

Przede wszystkim wyjaśnienia wymaga, że podstawą zarzutu Kontrolującego nie była kwestia prawidłowości wyboru przesłanki, w oparciu o którą M.K. wyłączyła się z Postępowania, ani zasadności samego faktu wyłączenia. *Ergo* obszerna argumentacja Zamawiającego, odwołująca się do ustaleń organów ścigania i dokonanej przez nie interpretacji zakresu stosowania normy wynikającej z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, nie podważała stanowiska zaprezentowanego w Informacji. *Nota bene* wspomniane wywody Zamawiającego stanowiły potwierdzenie, że podstawą wyłączenia M.K. z Postępowania na podstawie ww. przepisu była okoliczność, że jej mąż – P.K. jest pracownikiem Wykonawcy Sk, niemniej jednak Prezes Urzędu nie weryfikował ani samego faktu wyłączenia, ani poprawności wskazanej podstawy wyłączenia, odnosząc się zasadniczo do właściwego, w jego ocenie, momentu złożenia oświadczenia o wyłączeniu.

W powyższym zakresie skład orzekający prezentuje stanowisko analogiczne, jak w przypadku pierwszego z omówionych zarzutów dotyczących kierownika zamawiającego. Także bowiem w odniesieniu do M.K. możliwe było wcześniejsze złożenie rzetelnego

oświadczenia o istnieniu okoliczności uzasadniającej wyłączenie z Postępowania, tj. w momencie wpłynięcia do Zamawiającego wniosków Wykonawcy Sk o wyjaśnienie treści SIWZ.

Ad 3

Zastrzeżenia Zamawiającego są zasadne.

Stanowisko Prezesa UZP zasadza się na stwierdzeniu, że niezwłoczne udostępnienie Konsorcjum P dokumentacji Postępowania powinno uwzględniać przede wszystkim okoliczność krótkiego terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej, z uwagi na wartość zamówienia. Nie sposób nie zauważyć jednak, że Zamawiający został w powyższym kontekście obciążony okolicznościami od niego niezależnymi, jak chociażby terminem wpływu wniosku Konsorcjum P o udostępnienie dokumentacji Postępowania, czy weekendem przypadającym w okresie biegu terminu na wniesienie odwołania. Nie znajduje również uzasadnienia konstruowanie stawianego przez Kontrolującego zarzutu w oparciu o argument o wyborze niekorzystnego dla wykonawców (wszystkich, nie tylko Konsorcjum P) terminu przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W tym zakresie powstały pomiędzy Prezesem Urzędu a Zamawiającym spór o interpretację pojęcia „niezwłocznie” powinien raczej skłonić do refleksji nad długością terminów na korzystanie ze środków ochrony prawnej w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych.

Wobec argumentacji Kontrolującego skład orzekający za zasadne uznał również zwrócenie uwagi, że Konsorcjum P skutecznie zaskarżyło wynik Postępowania, wnosząc odwołanie, które zostało przez Izbę uwzględnione wyrokiem z 22 grudnia 2016 r., KIO 2313/16, a ujawniony w protokole przebieg postępowania dowodowego nie daje podstaw do twierdzenia, że w zakresie objętym rozstrzygnięciem Izby Konsorcjum P napotkało na trudności z udowodnieniem tez, które legły u podstaw uwzględnienia odwołania.

Warto również zauważyć, że Zamawiający rozpoznał wszystkie wnioski o udostępnienie dokumentacji Postępowania w tym samym czasie oraz że każdego z wykonawców obowiązywał taki sam termin na zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ad 4

Stanowisko Zamawiającego jest nietrafne.

W ocenie Izby Prezes UZP zasadnie twierdził, że jawność raz ujawnionych załączników do protokołu Postępowania nie może zostać ponownie czasowo wyłączona z tego powodu, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została przez Zamawiającego unieważniona (*nota bene* niezależnie od tego, czy taka decyzja podyktowana była wyrokiem KIO, czy też stanowiła samodzielną decyzję Zamawiającego oraz od tego, czy w okresie przed unieważnieniem tej decyzji którykolwiek z wykonawców uzyskał dostęp do załączników do protokołu).

Powyższe zagadnienie można porównać do kwestii poufności informacji na gruncie definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązującej w czasie prowadzenia Postępowania (art. 11 ust. 4 Znk sprzed nowelizacji z 5 lipca 2018 r.). Na gruncie wspomnianego przepisu nie sposób było zasadnie twierdzić, że informacja, która raz weszła do domeny publicznej (tzn. taka, o której każdy zainteresowany mógł się dowiedzieć w sposób zgodny z prawem) posiadać może w przyszłości walor poufności uzasadniający jej ochronę na gruncie przepisów Znk. Podobnie w tej sprawie, skoro załączniki do protokołu Postępowania były jawne od dnia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej do dnia unieważnienia tej czynności, to – zdaniem składu orzekającego – bezpowrotnie straciły przymiot niejawności.

Ergo, stanowisko Kontrolującego było trafne, podobnie jak wniosek, że przyjęcie przeciwnego zapatrywania prowadziło *de facto* do różnego traktowania wykonawców, w zależności od daty złożenia wniosków o udostępnienie dokumentacji Postępowania. Byłaby to sytuacja nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców, o której mowa w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad 5

Zastrzeżenia Zamawiającego są nieuzasadnione.

Stanowisko Zamawiającego można zasadniczo sprowadzić do stwierdzenia, że niezależnie od rozumienia pojęcia „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp oraz treści przedstawionego przez wykonawcę na tę okoliczność uzasadnienia, pewne kategorie informacji obiektywnie zasługują na ochronę przewidzianą w przepisach Znk.

Z powyższym stwierdzeniem nie sposób się zgodzić.

Zdaniem składu orzekającego ustawodawca świadomie wprowadził do art. 8 ust. 3 Pzp obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Owo wykazanie dotyczy przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy

przedsiębiorstwa (niezależnie od jej zmieniającego się brzmienia) i jest warunkiem *sine qua non* wyłączenia w stosunku do zastrzeżonych informacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 8 ust. 1 Pzp. Nie może ulegać wątpliwości, że to na podstawie przedstawianego przez wykonawcę uzasadnienia objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w którym wykonawca wykazuje w odniesieniu do tych informacji spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający podejmuje decyzję o wyłączeniu jawności objętych zastrzeżeniem informacji. Stan wiedzy i świadomości zamawiającego, bądź jego poparte doświadczeniami przekonania odnośnie charakteru zastrzeganych informacji są, w przekonaniu Izby, bez znaczenia. Tak jak nie ma zamkniętego katalogu informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (ustawodawca wskazuje w art. 11 Znk jedynie przykładowe kategorie informacji mogących mieć taki status), tak nie dla każdego wykonawcy tożsame rodzajowo informacje (np. wynegocjowane u partnerów handlowych ceny) stanowić będą tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Ergo kwestia wykazania przez Wykonawcę S i Wykonawcę E zasadności zastrzeżenia ma kluczowe znaczenie dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w tej sprawie.

Przechodząc do interpretacji pojęcia „wykazania” skład orzekający odsyła do internetowego słownika języka polskiego (www.sjp.pwn.pl), zgodnie z którym mianem „wykazania” określa się „uzewnętrzenie czegoś”, „ujawnienie istnienia czegoś”, „przedstawienie czegoś w sposób przekonujący”, z kolei „wykazać się” oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy”, czy „okazać dokumenty potwierdzające coś”. Wydawać mogłoby się zatem, że pod pojęciem „wykazania” kryje się synonim pojęcia „udowodnienia”, co jednak jest zbyt daleko idącym uproszczeniem. Gdyby bowiem tak było, to w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp ustawodawca nałożyłby na wykonawcę wprost obowiązek udowodnienia (innymi słowy – przedstawienia dowodów) przesłanek z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że wykazywaniu charakteru zastrzeganych informacji nie przeczy składanie przez wykonawcę oświadczeń o określonej treści. Wiarygodności takich oświadczeń zależy jednak od okoliczności, na potwierdzenie których są składane. Inaczej należy bowiem traktować, np. kwestię wykazania organizacyjnego charakteru zastrzeganej informacji, a inaczej – wykazanie, że w stosunku do takiej informacji podjęto działania w celu utrzymania jej w poufności. Działania takie polegają na stosowaniu fizycznych, bądź prawnych środków ochrony, do których przykładów zalicza się przechowywanie informacji w zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem miejscach, monitoring, dbałość o szczelność systemów teleinformatycznych (środki fizyczne), zawieranie umów

o zakazie konkurencji, o zachowaniu w poufności informacji przekazywanych kontrahentom w stosunkach handlowych, czy wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji (środki prawne). Wynika z tego, że środki natury prawnej zmaterializowane są w różnych dokumentach, które mogą podlegać ocenie w ramach badania skuteczności zastrzeżenia informacji. W tym aspekcie wykazanie okoliczności należy zasadniczo zrównać z jej udowodnieniem.

Pamiętać należy przy tym, że tak rozumiane wykazanie odnosić należy do każdego elementu definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 Znk oraz do każdej informacji mającej korzystać na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony przed jej ujawnieniem. Podobnie jak nie jest zasadne obejmowanie treści całych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa (z ochrony korzysta bowiem informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie dokument, który jest nośnikiem takiej informacji), tak nie sposób *en bloc* zastrzec szeregu różnych informacji, bez odniesienia się chociażby do kwestii przedstawiania przez każdą z nich wartości gospodarczej.

W ocenie składu orzekającego przedstawione przez Wykonawcę S i Wykonawcę E uzasadnienia objęcia spornych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa pozbawione były cech wykazania, o którym mowa powyżej i nie mogły zostać uznane przez Zamawiającego za skuteczne. Izba w całości podziela przedstawioną w Informacji ocenę tych uzasadnień dokonaną przez Kontrolującego i podkreśla, że stanowią one lakoniczne przytoczenie ogólnikowych argumentów, bez szczegółowego odniesienia zarówno do wszystkich elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i do wszystkich rodzajów zastrzeżonych informacji. Dodatkowo, Wykonawca S odwołał się w uzasadnieniu do rzekomo stosowanych przez niego prawnych środków ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tym niemniej – przez zaniechanie załączenia dokumentów, na które się powoływał, bądź chociażby omówienia ich treści – uniemożliwił Zamawiającemu ocenę wykazania przesłanki podjęcia w stosunku do zastrzeganych informacji działań w celu utrzymania ich w poufności.

Ad 6

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że niezależnie od poglądów Zamawiającego na charakter postępowania odwoławczego (tj. czy jest ono częścią postępowania o udzielenie zamówienia, czy nie), kwestia oceny zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach przedstawionych przez Konsorcjum P w toku rozprawy w sprawie

KIO 2313/16 została przesądzona przez skład orzekający w drodze postanowienia wydanego w oparciu o obowiązujący wówczas § 23 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań i odnotowana w protokole posiedzenia i rozprawy. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że dowody te zostały w uzasadnieniu wydanego orzeczenia uznane za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Taka ocena nie dotyczy bowiem charakteru informacji zawartych we wspomnianych dokumentach.

Niezależnie od powyższego, nawiązując do prezentowanego przez Zamawiającego poglądu, zgodnie z którym postępowanie odwoławcze jest częścią procedury udzielenia zamówienia, Zamawiający powinien był przed udostępnieniem dokumentów złożonych przez Konsorcjum P na rozprawie umożliwić Konsorcjum P przedstawienie uzasadnienia objęcia zawartych w nich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Wymagały tego bowiem szczególne okoliczności stanu faktycznego, w których udostępnieniu w Postępowaniu podlegały informacje przedstawione w toku postępowania odwoławczego, a sam Zamawiający nie czuł się związany ich oceną dokonaną przez Izbę podczas rozpoznawania odwołania.

Ad 7

Zastrzeżenia Zamawiającego nie były uzasadnione.

W przekonaniu składu orzekającego Prezes Urzędu trafnie ocenił żądanie od podmiotu trzeciego szerszego *spectrum* dokumentów niż od samego wykonawcy jako nadmierne. Abstrahując od poglądów Zamawiającego na sposób interpretacji relewantnych przepisów zauważyć należy, że z obowiązującego w dacie wszczęcia Postępowania przepisu art. 25 ust. 1 Pzp wynika zasada żądania wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia i urzeczywistnienia celów, jakim służy składanie dokumentów, tj. weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Warto przy tym zaznaczyć, że jak wynika z przepisu art. 26 ust. 2 Pzp w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych zamawiający nie tylko określa w jaki sposób (przy użyciu jakich oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów) będzie weryfikował postawione warunki, ale również czy w ogóle podejmie się takiej weryfikacji.

W ocenie Izby, zważywszy na wspomnianą powyżej zasadę niezbędności dokumentów do przeprowadzenia postępowania, brak jest jurydycznych podstaw do twierdzenia, że weryfikacja sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego może odbywać się w szerszym

zakresie niż weryfikacja samego wykonawcy. Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko jest nie tylko niezgodne z tą zasadą, ale nie daje się również pogodzić z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Proporcjonalność należy tłumaczyć w ten sposób, że podejmowane przez zamawiającego czynności mają być adekwatne do celu którego osiągnięciu służą. W powyższym kontekście nie sposób uznać za proporcjonalne żądanie od podmiotu trzeciego dokumentów w zakresie szerszym niż od samego wykonawcy, bądź dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z uwagi na przesłanki, które w ogóle nie były przewidziane w Postępowaniu.

Do powyższego dodać należy, że przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja omawianego zagadnienia mogłaby wręcz doprowadzić do sytuacji, w której pomimo rezygnacji w stosunku do wykonawcy z weryfikacji okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp na podstawie dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, weryfikacja taka odbywałaby się w odniesieniu do podmiotu trzeciego.

Na zakończenie Izba wskazuje, że wydając niniejszą uchwałę nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Zamawiającego (pismo z 10 lipca 2020 r.) i Wnioskodawcy (pisma z 12 i 14 lipca 2020 r.), przedstawionej Prezesowi KIO. Z art. 166 ust. 2 Pzp *explicite* wynika, że w przypadku wniesienia zastrzeżeń, o których mowa w art. 167 ust. 1 Pzp, zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Z przywołanych regulacji nie wynika zatem możliwość prowadzenia dalszej polemiki z ustaleniami Kontrolującego poza tą, która zawarta jest w samych zastrzeżeniach.

Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....