



Warszawa, dnia .2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/30/23/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. ul. Rotterdamska 9 81-337 Gdynia
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa wnętrza dokowej oraz przestawienie doku pływającego wraz z robotami towarzyszącymi
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	28.11.2022 r
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	UE: 2022/S 233 - 667823
Wartość zamówienia:	157 523 865,16 zł (co stanowi równowartość 35 370 007,43 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art, 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp - 36 351 661,19 zł netto co stanowi równowartość (8 162 309,41 euro)
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

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

1. art. 16 pkt 1) w związku z art. 124 pkt 1), art. 134 ust. 1 pkt 9 i art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez wskazanie szerszego zakresu dokumentów (podmiotowych środków dowodowych), wymaganych od wykonawców składających ofertę samodzielnie w stosunku do dokumentów wymaganych od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie;
2. art. 124 pkt 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 9 oraz art. 119 ustawy Pzp, poprzez brak wskazania, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w treści SWZ dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby;
3. art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, poprzez żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podwykonawców;
4. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:
 - a) uznanie przedłożonych przez wykonawcę PORR S.A. informacji w zakresie zestawienia umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych, jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym,
 - b) niedokonanie ponownego odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w załączniku pn. „Zestawienie procedur i dokumentów dotyczących ochrony informacji poufnych i danych osobowych obowiązujących w PORR S.A.”;
5. art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:
 - a) zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części oferty konsorcjum Roverpol Sp. z o.o. w toku postępowania podmiotom o to wnioskującym,
 - b) zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę PORR S.A. podmiotom o to wnioskującym;
6. art. 88 ust. 3 oraz art. 137 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie na stronie internetowej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany treści SWZ przed publikacją

zmiany ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej;

7. art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmienioną treścią SWZ i przygotowanie oferty, mimo iż zmiana treści SWZ z dnia 09.12.2022 r. była istotna dla sporządzenia oferty.

UZASADNIENIE

1) W Rozdziale IX ust. 16 SWZ Zamawiający zawarł zapis, iż „wykluczy z Postępowania Wykonawców w stosunku do których zachodzą podstawy wykluczenia wskazane w art. 108 ust. 1, pkt 1), lit. a) - g) oraz pkt 2) [wyjąwszy przypadek, w którym osoba wymieniona w tym przepisie Ustawy została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1, pkt 1 lit h)] oraz pkt-y 3) - 6) Ustawy i w art. 108, ust. 2 Ustawy.” Zgodnie z treścią Rozdziału X ust. 12 pkt 1) – 8) SWZ w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w Rozdziale X SWZ, tj. dokumentów określonych w §2 ust. 1 pkt 1-7 rozporządzenia oraz oświadczenia JEDZ aktualnego na dzień złożenia oferty.

W Rozdziale IX ust. 15 SWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie Zamówienia dokumenty i oświadczenia, o których mowa w Rozdziale X ust. 12 pkt 1) – 7) SWZ (tj. dokumenty określone w § 2 ust. 1 pkt 1-6 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), dalej jako: „rozporządzenie” oraz oświadczenie JEDZ aktualne na dzień złożenia oferty, potwierdzające brak podstaw wykluczenia z Postępowania składa każdy z wykonawców.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika zatem, iż Zamawiający w odniesieniu do ww. podmiotów nie żądał dokumentu wymienionego w Rozdziale X ust. 12 pkt 8) SWZ, tj. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W dniu 19.06.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający zażądał od powyższych podmiotów oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy,

w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, o wskazanie odpowiednich zapisów SWZ.

Pismem z dnia 23.06.2023 r. Zamawiający poinformował, iż „Odnosnie oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust.1 ustawy (JEDZa) to Zamawiający oświadcza, że jego celem było wyraźne żądanie w SWZ przedmiotowego dokumentu od innych podmiotów zobowiązanych w SWZ do złożenia oświadczenia „JEDZ”. Niestety prawdopodobnie w wyniku omyłki redakcyjnej w SWZ do przedmiotowego postępowania nie znalazło się takie jednoznaczne wezwanie. Mimo to Wykonawca konsorcjum firm NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. czyli wykonawcy występujący wspólnie złożyło odnośnie oświadczenia dla obu podmiotów.”

Zgodnie z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający zobowiązany jest żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp (z uwzględnieniem postanowień art. 393 ustawy Pzp). Ponadto, zgodnie z art. 58 ust. 5 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie, zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Określając zatem katalog podmiotowych środków dowodowych zamawiający musi kierować się zasadą równego traktowania wykonawców i żądać tych samych dokumentów od wszystkich wykonawców, niezależnie od formy, jaką wykonawca przyjmie w celu złożenia oferty w postępowaniu. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, narusza bowiem jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców. Bez znaczenia zatem pozostają wyjaśnienia Zamawiającego, w których wskazano, iż „(...) Zamawiający oświadcza, że jego celem było wyraźne żądanie w SWZ przedmiotowego dokumentu od innych podmiotów zobowiązanych w SWZ do złożenia oświadczenia „JEDZ”.” Należy bowiem podkreślić, iż SWZ jednym z podstawowych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 134 ustawy Pzp. To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują oferty, a następnie składają dokumenty określone w zapisach SWZ. Tym samym, Zamawiający jest zobowiązany formułować swoje intencje i cele w postępowaniu w sposób, jasny i precyzyjny, a przede wszystkim zapewniający równe traktowanie wykonawców. Jeśli zatem zamawiający nie wskazał w sposób pełny wszystkich

dokumentów wymaganych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a wymaganych od wykonawcy, który składa ofertę samodzielnie, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu należy przyjąć, że nie wypełnił prawidłowo wymogu, o którym mowa w art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W konsekwencji, wskazanie szerszego zakresu dokumentów (podmiotowych środków dowodowych), wymaganych od wykonawców składających ofertę samodzielnie w stosunku do dokumentów wymaganych od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stanowi naruszenie art. 16 pkt 1) w związku z art. 124 pkt 1), art. 134 ust. 1 pkt 9 i art. 58 ust. 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze fakt, iż wykonawca konsorcjum NDI S.A. złożył dokument, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia dla wszystkich członków konsorcjum, powyższe naruszenie ma charakter formalny i nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) W Rozdziale IX ust. 16 SWZ Zamawiający zawarł zapis, iż „wykluczy z Postępowania Wykonawców w stosunku do których zachodzą podstawy wykluczenia wskazane w art. 108 ust. 1, pkt 1), lit. a) - g) oraz pkt 2) [wyjąwszy przypadek, w którym osoba wymieniona w tym przepisie Ustawy została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1, pkt 1 lit h)] oraz pkt-y 3) - 6) Ustawy i w art. 108, ust. 2 Ustawy.” Ponadto w Rozdziale IX ust. 13 SWZ Zamawiający wskazał, iż żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Rozdziale X ust. 12 pkt 1) oraz punkty: 3) – 7) SWZ (tj. dokumentów określonych w § 2 ust. 1 pkt 1, 3 - 6 rozporządzenia oraz oświadczenia JEDZ aktualnego na dzień złożenia oferty.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika zatem, iż Zamawiający w odniesieniu do ww. podmiotów nie żądał dokumentu wymienionego w Rozdziale X ust. 12 pkt 8) SWZ, tj. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W dniu 19.06.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający zażądał od powyższych podmiotów oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, o wskazanie odpowiednich zapisów SWZ.

Pismem z dnia 23.06.2023 r. Zamawiający poinformował, iż „*Odnosnie oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust.1 ustawy (JEDZa) to Zamawiający oświadcza, że jego celem było wyraźne żądanie w SWZ przedmiotowego dokumentu od innych podmiotów zobowiązanych w SWZ do złożenia oświadczenia „JEDZ”. Niestety prawdopodobnie w wyniku omyłki redakcyjnej w SWZ do przedmiotowego postępowania nie znalazło się takie jednoznaczne wezwanie. Mimo to Wykonawca konsorcjum firm NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. czyli wykonawcy występujący wspólnie złożyło odnośnie oświadczenia dla obu podmiotów.*”

Zgodnie z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający zobowiązany jest żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp (z uwzględnieniem postanowień art. 393 ustawy Pzp).

Jednocześnie zgodnie z art. 119 ustawy Pzp, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Z powyższego przepisu wynika, że w sytuacji polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotu trzeciego, zamawiający musi między innymi ocenić, czy sam podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o te same podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Wynika to z faktu, że podmiot trzeci (w danym zakresie) zastępuje wykonawcę, a w związku z tym, bez sprawdzenia kwalifikacji podmiotu trzeciego kwalifikacja podmiotowa wykonawcy byłaby niepełna.

Jeśli zatem przepisy wymagają, aby zamawiający zweryfikował podmiot trzeci pod kątem wykluczenia w takim samym zakresie, jak samego wykonawcę, to zamawiający ma obowiązek wskazać w treści SWZ podstawy wykluczenia oraz dokumenty jakie należy złożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia odnoszące się również do podmiotu trzeciego, i co równie ważne - muszą być one analogiczne (z wyłączeniem dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, co wynika wprost z § 5 ust. 1 rozporządzenia), jak w przypadku wykonawcy. Jeśli zatem zamawiający wskazał podstawy wykluczenia, w oparciu o które będzie badał wykonawców, na potwierdzenie których wymagał przedstawienia stosownych dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, to te same podstawy wykluczenia i dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia stosuje się w przypadku podmiotów trzecich.

Jeśli zatem zamawiający nie wskazał w sposób pełny wszystkich dokumentów wymaganych od

podmiotów trzecich, a wymaganych od wykonawcy, jakie należy przedłożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu należy przyjąć, że nie wypełnił prawidłowo wymogu, o którym mowa w art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W związku z tym należy stwierdzić, że poprzez brak wskazania, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w treści SWZ dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający naruszył art. 124 pkt 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 9 oraz art. 119 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3) Zgodnie z informacją zawartą w rozdziale IX pkt. 14 SWZ Zamawiający żądał od Wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w Rozdziale X ust. 12 pkt 1) – 7) SWZ (tj. dokumentów określonych w § 2 ust. 1 pkt 1, 3 - 6 rozporządzenia) dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części Zamówienia, o ile jest znany na etapie składania ofert, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 118 Ustawy. Wśród żądanych dokumentów znajduje się więc oświadczenie Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz.275 ze zm.) z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

W myśl § 5 ust. 2 rozporządzenia Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3–7 oraz ust. 2, dotyczących podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podwykonawców podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, iż jego zakres – w stosunku do podwykonawców nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Tym samym należy stwierdzić, że żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podwykonawców narusza treść art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 2 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4) Wykonawca PORR S.A. wraz ze złożoną ofertą przesłał m.in. plik Załącznik nr 1 zawierający zestawienie umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych, a także zastrzegł ww. dokument jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 10.02.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę PORR S.A. iż uznał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika nr 1 Wyjaśnień do JEDZ. Jednocześnie zamawiający wskazał, że nie znalazł podstaw do ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa dla załącznika nr 2 Wyjaśnień do JEDZ zawierającego procedury i dokumenty w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa tj. „Procedury i dokumenty PORR-sig.pdf”.

a) Pismem z dnia 27.06.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający dokonał odtajnienia dokumentu „Załącznik nr 1 Wyjaśnienia tajemnica przedsiębiorstwa”, zawierającego zestawienie umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych w ofercie wykonawcy PORR S.A., a jeśli nie, to na jakiej podstawie uznał, że temu dokumentowi przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 05.07.2022 r. Zamawiający w toku kontroli przesłał następujące wyjaśnienia: „Zamawiający dokonał analizy dokumentu „Załącznik nr 1 Wyjaśnienia tajemnica przedsiębiorstwa”, zawierającego zestawienie umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych wykonawcy PORR S.A. W wyniku przeprowadzonej analizy Zamawiający uznał, że informacjom tym przysługuje status „Tajemnicy przedsiębiorstwa” zgodnie z przepisami art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdził, iż zastrzeżone przez PORR Sp. z o.o. informacje dotyczące zestawienia swoich kontraktów, w których naliczono kary umowne zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tzn. Wykonawca wykazał, że:

– posiada procedury służące zachowaniu tajemnicy i podejmuje działania w celu zachowania tych informacji w poufności, – informacje objęte tajemnicą mają wartość handlową, gdyż mogą wywołać u podmiotów trzecich wątpliwości co do wiarygodności Wykonawcy, zmniejszenie jego zdolności kredytowej, zdolności negocjacyjnej itp.,

– informacje te nie są jawne i ogólnodostępne. Co prawda zastrzeżona tabela zawiera informacje o kontraktach stanowiących zamówienia publiczne, co do zasady jawne, ale już ich kompletne zestawienie dokonane zgodnie z kryterium występowania kar umownych wydaje się na tyle trudne do wytworzenia/uzyskania dla podmiotu innego niż PORR S.A., że zasługuje na utrzymanie statusu tajemnicy przedsiębiorstwa.”.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej: „ustawa Znk”, „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”. Treść art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż wykonawca jest uprawniony do zastrzeżenia jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast na Zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

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

Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zastrzeżenia załącznika w dokumencie „Wyjaśnienia do JEDZ” (IV. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pkt 4 – 7), wykonawca nie sprostął wymogowi wykazania wypełnienia przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co do zastrzeganych dokumentów oraz wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia w tym względzie jest ogólnikowe, obejmujące deklaracje wykonawcy oraz teoretyczne wywody na temat obowiązującego stanu prawnego i w tym samym kształcie mogłyby zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy zauważyć, iż wykonawca nawet nie wymienia w treści uzasadnienia tego co obejmują dokumenty, które w jego ocenie zawierają tajemnice przedsiębiorstwa. Przypomnieć więc należy, że ciężar dowodu w zakresie łącznego spełnienia przesłanek do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywał na wykonawcy.

W wyroku z dnia 25.11.2021 r. (sygn. KIO 3210/21) Izba zauważyła, iż „(...) argumentacja odwołującego, zmierza w szczególności do objęcia tajemnicą okoliczności wskazujących, iż odwołujący w sposób niewłaściwy wykonywał dane zamówienie, gdyż zapłacił z tego tytułu kary umowne naliczone przez zamawiającego. Zdaniem Izby takie podejście do treści dokumentów związanych w szczególności z zapłatą kar umownych nie zasługuje na ochronę pomimo tego, iż niewątpliwie w pewnym sensie osłabia pozycje takiego wykonawcy na rynku zamówień. (...) Chęć ukrycia przed rynkiem zamówieniowym problemów odwołującego, jakie miały miejsce w wykonywaniu zamówień nie jest tym dobrem, który zasługiwałby na ochronę, tj. ukrycie tych zdarzeń przed innymi uczestnikami rynku. Odwołujący w żaden konkretny sposób nie wykazał jaką konkretnie wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty (...)”.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca PORR S.A. nie wykazał podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności. Treść uzasadnienia jest czysto teoretyczna i nie wnosi żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w Załączniku nr 1. Wykonawca posługuje się wyłącznie ogólnikami, a z przedstawionego uzasadnienia nie wynikają żadne konkrety dotyczące zabezpieczenia utajnionych informacji, których utajnienia żąda wykonawca.

Ponadto wspomniany dokument został już wcześniej udostępniony wykonawcom w kilku postępowaniach m.in. w prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Lublinie postępowaniu pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S12 Lublin – Dorohusk na odcinku Piaski – Dorohusk (z wyłączeniem budowy obwodnicy Chełma) odcinek nr 4: węzeł „Chełm Wschód” (bez węzła) – Dorohusk”.

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę PORR S.A. informacji w zakresie zestawienia umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych, jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

b) Ponadto w wyjaśnieniach z dnia 27.02.2023 r. ww. wykonawca ponownie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załącznik pn. „Zestawienie procedur i dokumentów dotyczących ochrony informacji poufnych i danych osobowych obowiązujących w PORR S.A.”. W dniu 10.07.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający poinformował wykonawcę PORR S.A. o weryfikacji informacji przekazanych przez wykonawcę dotyczących rażąco niskiej ceny, analogicznie, jak pozostałych wykonawców przy pismach z dnia 10.03.2023 r. oraz 31.03.2023 r. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przekazanie pisma skierowanego do wykonawcy PORR S.A., informującego o dokonaniu czynności odtajnienia części wyjaśnień i ewentualnie załączników zastrzeżonych przez powyższego wykonawcę. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający wskazał, iż *„(...) Wykonawca PORR S.A. pismem z dnia 27.02.2023 r. przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które w części zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zweryfikował zasadność objęcia ww. dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa i uznał, że objęcie ww. dokumentu tajemnicą było zasadne. W związku z powyższym nie prowadził już z Wykonawcą PORR S.A. żadnej korespondencji na ten temat. Zamawiający nie poinformował ww. Wykonawcy o weryfikacji przekazanych przez niego informacji, ponieważ nie miał uwag do zasadności utajnienia tych informacji. (...)”*. Mając na uwadze fakt, iż ww. plik został już na wcześniejszym etapie odtajniony przez Zamawiającego, niedokonanie ponownie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, również stanowi naruszenie treści art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazane naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

5) W toku postępowania do Zamawiającego wpłynęło wnioski m.in. o udostępnienie ofert, protokołu postępowania wraz z załącznikami czy wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

a) Następujące podmioty złożyły wnioski o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu:

- NDI S.A. w dniu 03.02.2023 r.
- Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., w dniu 03.02.2023 r.
- Porr S.A. w dniu 08.02.2023 r.
- Roverpol sp. z o.o. w dniu 07.02.2023 r.
- Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. w Gdańsku w dniu 06.02.2023 r.

W dniach 06.02, 07.02., 08.02.2023 r. zamawiający udostępnił oferty złożone w postępowaniu w części jawnej, nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że jest w trakcie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiotowych ofertach.

W dniu 10.02.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę PORR S.A., iż uznał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zestawienia umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych – załącznik nr 1 do Wyjaśnień do JEDZ. Jednocześnie zamawiający wskazał, że nie znalazł podstaw do ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa dla załącznika nr 2 do Wyjaśnień do JEDZ zawierającego procedury i dokumenty w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o dodatkowe wyjaśnienia.

Pismem z dnia 15.02.2023 r. wykonawca PORR S.A. poinformował, że odstępuje od zastrzeżenia poufności Załącznika nr 2 do Wyjaśnień JEDZ zawierającego „Zestawienie procedur i dokumentów wprowadzonych przez Spółkę w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i danych osobowych”. Wykonawca podtrzymuje zastrzeżenie Załącznika nr 1 do Wyjaśnień JEDZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 23.02.2023 r. Zamawiający udostępnił podmiotom wnioskującym o wgląd do ofert część oferty wykonawcy PORR S.A. (załącznik nr 2 do wyjaśnień JEDZ), która po zbadaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa otrzymała status jawnej. Jednocześnie, Zamawiający poinformował, iż jest w trakcie badania zasadności zastrzeżenia informacji w ofercie

wykonawcy konsorcjum Roverpol Sp. z o.o.

W dniu 10.02.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę konsorcjum Roverpol Sp. z o.o., iż nie znalazł podstaw do ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączonych dokumentów wewnętrznych (uchwała), jak również oświadczenia z dnia 8 lipca 2021 roku. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o dodatkowe wyjaśnienia.

W dniu 22.02.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Roverpol sp.z.o.o. iż do dnia dzisiejszego Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy przedmiotowych wyjaśnień, w związku z powyższym Zamawiający, po dokonaniu weryfikacji dokumentów odtajnił informacje w ofercie Konsorcjum Roverpol.

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

- 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
 - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Pismem z dnia 27.06.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień czy odtajnione dokumenty zostały przekazane wykonawcom, którzy wnioskowali o wgląd do ofert.

W dniu 05.07.2023 r. Zamawiający poinformował, że nie przekazał Wykonawcy PORR S.A., który prosił o wgląd do ofert odtajnionych po badaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa elementów oferty Roverpol. Zastrzeżone dokumenty dotyczyły tzw. self cleaningu. (nadmieniam, iż Wykonawca złożył JEDZ pomimo, iż nie był on wymagany na etapie składania ofert). Zamawiający przekazując jawną część oferty Roverpolu informował o fakcie badania nieudostępnianych dokumentów, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Żaden z wykonawców na dalszym etapie postępowania nie zwrócił się ponownie o przekazanie dokumentów objętych badaniem.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego należy podkreślić, że bez znaczenia pozostaje moment wpływu wniosku o udostępnienie ofert do Zamawiającego, tj. przed czy po dokonaniu czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przepis art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, reguluje zakres czynności do jakich zobowiązany jest Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, po złożeniu wniosku o udostępnienie treści ofert, Zamawiający zobowiązany jest udostępnić dokumentację zgodnie z przepisami ustawy Pzp, czyli w tym przypadku po dokonaniu czynności odtajnienia części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeśli udostępnienie dokumentacji jest uzależnione od etapu postępowania, Zamawiający powinien udostępnić ją samodzielnie w częściach, nie czekając, aż podmiot, w szczególności jeśli nie jest uczestnikiem postępowania, ponownie złoży wniosek o jej udostępnienie. Tym samym, jeżeli w toku postępowania Zamawiający dokonuje oceny zasadności objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, skutkiem której jest odtajnienie części informacji zastrzeżonych przez wykonawcę wraz z ofertą, Zamawiający zobowiązany jest udostępnić odtajnione dokumenty/informacje wszystkim podmiotom, które wnioskowały o wgląd do ofert, bez względu na ich status w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również moment złożenia wniosku o udostępnienie ofert.

Reasumując, zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części oferty konsorcjum Roverpol Sp. z o.o. w toku postępowania ww. podmiotom, stanowi naruszenie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

b) Pismem z dnia 10.07.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie m.in. wyjaśnień, czy udostępnił wykonawcom wnioskującym o wgląd do ofert oraz wyjaśnień wykonawców (m.in. wniosek wykonawcy ERBUD S.A. z dnia 24.04.2023 r.) dokumentację postępowania, w szczególności odtajnioną przez Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy PORR S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z ewentualnymi załącznikami. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przekazanie potwierdzenia udostępnienia powyższemu wykonawcy dokumentacji, w tym wyjaśnień wykonawcy PORR S.A. i ewentualnych załączników, którym w ocenie Zamawiającego nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający przy piśmie z dnia 14.07.2023 r. wyjaśnił, iż *„Wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny (RNC) od Wykonawcy PORR S.A. w wersji zweryfikowanej, zawierającej zakryty tekst objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, nie znalazły się pod udostępnionym*

linkiem: <https://cloud.portnet.pl/d/f58a82236cff4faa82c4/katalogu> zawierającym prawie kompletną w obecnym czasie dokumentację z postępowania”.

W związku z powyższym zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny toku postępowania podmiotom o to wnioskującym, stanowi naruszenie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6) Zgodnie z powiadomieniem przesłanym przez system notyfikacji Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 07.12.2022 r. o godzinie 16:02 odebrano ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowań o numerze 2022/S 239-690256.

W dniu 09.12.2022 r. o godzinie 13:08 Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/S 239-690256 oraz modyfikację Specyfikacji Warunków Zamówienia w postaci tekstu jednolitego SWZ.

Zgodnie z art. 88 ust. 3 ustawy Pzp udostępnienie ogłoszenia na stronie prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Zgodnie natomiast z art. 137 ust. 5 ustawy Pzp udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Zamieszczając na stronie internetowej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę treści SWZ przed publikacją zmiany ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 88 ust. 3 oraz art. 137 ust. 5 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

7) Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 28.11.2022 r. poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej o nr 2022/S 233 - 667823. Pierwotnie termin składania i otwarcia ofert wyznaczony został na dzień 10.01.2023 r., tj. 43 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający modyfikacją SWZ z dnia 09.12.2022 r. oraz ogłoszeniem z dnia 12.12.2022 r. opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 239-690256, dokonał zmian w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej j zawodowej poprzez usunięcie słowa "kombinowanych" (sekcja: III.1.3 ogłoszenia).

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zmianą z dnia 23.12.2022 r. zmieniono termin składania i otwarcia ofert z dnia 10.01.2023 r. na dzień 27.01.2023 r. oraz termin związania ofertą z dnia 09.05.2023 r. na dzień 26.05.2023 r. Ponadto, kolejną zmianą z dnia 27.01.2023 r. zmieniono termin składania i otwarcia ofert na dzień 03.02.2023 r. oraz termin związania ofertą na dzień 02.06.2023 r.

Pismem z dnia 10.07.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy którakolwiek z powyższych zmian terminu składania i otwarcia ofert była powiązana m.in. ze zmianą ww. warunku udziału w postępowaniu i brakiem pełnych informacji w pierwotnie udostępnionej SWZ zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia z dnia 14.07.2023 r. Zamawiający wyjaśnił, m.in. że „Zarówno zmiana warunku w zakresie doświadczenia jak i uzupełnienie brakujących w SWZ informacji w dniu 09.12.2023 r. nastąpiły na tyle długo do pierwotnego terminu składania ofert w dniu (tj.10.01.2023 r.), że jeszcze nie zachodziła konieczność przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.”.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Brzmienie art. 137 ust. 6 ustawy Pzp implikuje więc obowiązek przedłużenia terminu składania ofert w sytuacji gdy zamawiający dokonuje istotnej zmiany treści SWZ.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że za zmiany istotne należy uznać zmiany dotyczące przede wszystkim: określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. Tym samym, należy uznać, że dokonując zmiany SWZ i jednocześnie treści opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która niewątpliwie miała charakter zmiany istotnej. Należy zatem przyjąć, iż Zamawiający dokonując istotnej zmiany SWZ, zobligowany był do przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu. W okolicznościach wskazanych w ww. przepisie, zamawiający zobowiązany jest przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Użycie w tym przepisie sformułowanie „zamawiający przedłuża” wskazuje na obowiązek zamawiającego do dokonania zmiany terminu składania ofert. Art. 137 ust. 6 ustawy PZP nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu przedłużenia, dlatego też nowo wyznaczony termin ustala zamawiający samodzielnie, oceniając zakres i wagę zmian w specyfikacji oraz ich wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo, należy wskazać iż zmiana SWZ dokonana w powyższym zakresie przez Zamawiającego doprowadziła do konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi publikacji zmian ogłoszenia i przekazał ogłoszenie o sprostowaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający uprawniony jest do dokonywania zmian SWZ w uzasadnionych przypadkach, co oznacza, że może dokonywać zmian zawsze wtedy, kiedy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania. Zmiana treści SWZ może być zatem skutkiem działań podjętych przez zamawiającego z własnej inicjatywy, jak również wynikiem udzielanych odpowiedzi na pytania wykonawców do specyfikacji. Za modyfikację SWZ można tym samym uznać zmianę tych wymagań, które nie odpowiadają w pełni zamierzeniom zamawiającego (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały) zarówno, co do przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji.

Mając na uwadze fakt, że dokonana przez Zamawiającego w dniu 09.12.2022 r. zmiana treści SWZ miała charakter istotny, stwierdzić należy, że na Zamawiającym ciążył obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmienioną treścią SWZ i przygotowanie oferty. Zaniechanie powyższego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 137 ust. 6 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

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