

Sygn. akt: KIO/KU 25/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 grudnia 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 09 grudnia 2021 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi) dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 02 grudnia 2021 roku nr KU/126/21/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Regionalny Projekt Wdrożeniowy - Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1 w Oddziale GDDKiA w Łodzi - drogi A1 i A2 oraz CZR Stryków"

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Aneta Młacka
Członkowie:	Małgorzata Matecka Katarzyna Odrzywolska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi) zgłoszone 09 grudnia 2021 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 02 grudnia 2021 roku nr KU/126/21/DKZP

nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Regionalny Projekt Wdrożeniowy - Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1 w Oddziale GDDKiA w Łodzi - drogi AI i A2 oraz CZR Stryków". Prowadzącym postępowanie jest Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi).

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez osobę wykonującą czynności w postępowaniu.

Jak wskazano, z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, iż Kierownikiem Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu był m.in. Pan P. Ś., który w toku postępowania dokonał zatwierdzenia zmian treści SIWZ nr 1-6 oraz 8-17. W protokole postępowania wskazano natomiast, iż ww. osoba nie złożyła oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ na dzień otwarcia ofert (19.03.2021 r.) nie pełniła już funkcji Kierownika Zamawiającego.

Pismem z dnia 16.09.2021 r. Zamawiający wyjaśnił, że *„Odbierając od członków komisji, kierownika Zamawiającego, a także innych osób zobowiązanych do składania oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 Pzp, Zamawiający kieruje się zasadami i sposobami postępowania wskazanymi w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) zamieszczonej na stronie internetowej UZP (...) Reasumując - biorąc pod uwagę przytoczone opinie UZP, w przypadku braku spełnienia przesłanki wyłączenia z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 5 Pzp na etapie przed otwarciem ofert, złożenie oświadczenia o braku wystąpienia okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania nie jest wymagane. Zamawiający wskazuje, że na etapie postępowania przed otwarciem ofert, które nastąpiło w dniu 19.03.2021 r., nie stwierdzono wystąpienia przesłanek skutkujących koniecznością wyłączenia Kierowników Zamawiającego (...) oraz P. Ś. z postępowania, w związku z czym, zgodnie z ww. opiniami, oświadczenia nie musiały i nie zostały złożone. (...) Pan P. S. przestał pełnić funkcję p.o. Dyrektora Oddziału w dniu 31.05.2020 r., (...) przestał być pracownikiem tutejszego Oddziału (...) w dniu 31.12.2020 r., a zatem przed terminem składania i otwarcia ofert. Po zaprzestaniu pełnienia funkcji Kierownika Zamawiającego ww. osoby nie wykonywały żadnych czynności związanych z*

prowadzeniem przedmiotowego postępowania. (...) Na ww. osobach, w przypadku braku istnienia przesłanek skutkujących wyłączeniem z postępowania, nie ciążył obowiązek złożenia oświadczeń na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Wystąpienia okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania na tym etapie postępowania nie stwierdzono, w związku z czym oświadczenia takie nie zostały złożone."

Jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych: „zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, 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 ustawy 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 ustawy 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. Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że każda osoba wykonująca czynności w postępowaniu zobligowana jest do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, niezależnie od tego, czy czynności przez nią podjęte zostały wykonane przed czy po otwarciu ofert (tj. po ostatecznym ujawnieniu się wykonawców biorących udział w postępowaniu)”.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że podpisanie (tj. zatwierdzenie) zmian treści SIWZ, stanowi czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem osoba ją wykonująca - Pan P. Ś. zobligowany był do złożenia oświadczenia zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do podniesionych przez Zamawiającego opinii Prezesa Urzędu, stwierdzono, że te odnoszą się do kwestii dotyczącej momentu złożenia ww. oświadczenia, nie zaś kwestii braku obowiązku złożenia oświadczenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu przed terminem otwarcia ofert.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przyjęcie stanowiska Zamawiającego stanowiłoby nieuprawnione zawężenie obowiązku wynikającego z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, który dotyczy czynności podejmowanych od momentu wszczęcia postępowania. Prezes Urzędu wyjaśnił, że nie kwestionował momentu złożenia oświadczenia przez Pana P. Ś., lecz fakt braku złożenia w ogóle oświadczenia przez tę osobę. W związku z tym, argumentacja podniesiona przez Zamawiającego w złożonych wyjaśnieniach zdaniem Prezesa Urzędu pozostaje bez wpływu na fakt, że ww. osoba miała obowiązek złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

09 grudnia 2021 roku Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający przypomniał, że postępowanie zostało wszczęte 31 maja 2019 r. 03 czerwca 2019 r. Pan P. Ś. rozpoczął pełnienie funkcji Kierownika Zamawiającego, którą sprawował do 31 maja 2020 r. Podczas tego okresu, Pan P. Ś. zatwierdził zmiany do treści SIWZ w Postępowaniu. 31 grudnia 2020 r. Pan P. Ś. przestał być pracownikiem oddziału w Łodzi Zamawiającego.

Otwarcie ofert nastąpiło 19 marca 2021 r., a więc po zakończeniu nie tylko pełnienia funkcji Kierownika Zamawiającego przez Pana P. Ś., ale także po wygaśnięciu jego zatrudnienia w oddziale w Łodzi Zamawiającego.

Zamawiający nie odebrał od Pana P. Ś. oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 PZP, tj. oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 PZP, dotyczącego m.in. pozostawania z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że mogłoby to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności Pana P. Ś..

Zamawiający przytoczył treść art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że z literalnego brzmienia tego artykułu wynika, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają jedno Oświadczenie (a nie wiele Oświadczeń), które ma poświadczать brak lub istnienie wszystkich wymienionych w art. 17 ust. 1 PZP okoliczności (a nie, na przykład, jednej z tych okoliczności).

Dalej Zamawiający stwierdził, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią wprost, kiedy dana osoba powinna złożyć Oświadczenie. Niemniej jednak, analizując okoliczności wskazane w art. 17 ust. 1 PZP, należy wysnuć wniosek, że dopiero po otwarciu ofert w postępowaniu możliwym jest złożenie Oświadczenia. Przyjęcie innego rozumowania,

w którym dana osoba miałaby złożyć Oświadczenie np. po opublikowaniu treści SIWZ, ale przed otwarciem ofert, zdaniem Zamawiającego prowadziłyby do sytuacji, w której osoba wykonująca czynności w postępowaniu miałaby złożyć Oświadczenie w przedmiocie na przykład: niepozostawania w stosunku powinowactwa z członkiem zarządu wykonawcy, niepozostawania w stosunku zlecenia (w okresie 3 lat od wszczęcia postępowania) z wykonawcą, pomimo, że wykonawcy ci na takim etapie nie są jeszcze znani, a co więcej, wykonawców tych może w ogóle nie być.

Zamawiający przypomniał, że jego stanowisko opiera się na m.in. opinii prawnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej „*Termin złożenia oświadczenia na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o nie podleganiu wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*”. W Opinii wskazano, że najwcześniejszym terminem na złożenie Oświadczenia jest moment po ujawnieniu wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że Prezes UZP stanął na stanowisku, że każda osoba wykonująca czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zobligowana do złożenia Oświadczenia - niezależnie od tego, czy czynności przez nią podjęte zostały wykonane przed czy po otwarciu ofert. Oznacza to, że zdaniem Prezesa UZP, wyrażonym w ww. informacji o wyniku kontroli, p. P. Ś. powinien złożyć oświadczenie o m.in. niepozostawaniu w stosunku powinowactwa z wykonawcą pomimo, że do dnia ustania jego zatrudnienia w oddziale Zamawiającego w Łodzi nie mógł mieć na ten temat wiedzy, ponieważ do tego czasu (tj. 31 grudnia 2020 r.) wykonawcy jeszcze nie byli znani.

Takie stanowisko budziło zastrzeżenia Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście Opinii, na której oparł się Zamawiający. Skoro bowiem najwcześniejszym terminem na odebranie od danej osoby Oświadczenia jest termin otwarcia ofert, to odbieranie od Pana P. Ś. Oświadczenia przed tym terminem byłoby przedwcześnie. Przed upływem terminu otwarcia ofert Pan P. Ś. mógł mieć bowiem wiedzę jedynie na temat okoliczności wskazanej w art. 17 ust. 1 pkt 5 PZP, nie mając wiedzy na temat art. 17 ust. 1 pkt 1-4 PZP.

Zdaniem Zamawiającego, zarówno redakcja art. 17 ust. 2 PZP stanowiąca o składaniu Oświadczenia (a nie oświadczeń) na temat pięciu okoliczności wymienionych w art. 17 ust. 1 PZP (a nie np. tylko jednej z nich), jak również cytowana treść Opinii (w zakresie braku przesłanek wskazujących, iż Oświadczenie w zakresie podstawy wyłączenia z art. 17 ust. 1 pkt 5 PZP, powinno być składane wcześniej, przed oświadczeniem w zakresie przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 1-4 PZP) przesądza, że Zamawiający nie miał podstaw, by żądać od Pana P. Ś. Oświadczenia w okresie jego zatrudnienia w oddziale w Łodzi, które ustało przed terminem otwarcia ofert w Postępowaniu.

Zamawiający wskazał także, że skoro zatrudnienie p. P. Ś. w oddziale w Łodzi ustało przed upływem terminu składania ofert, to wymóg złożenia takiego oświadczenia przez Pana P. Ś. - osobę niezatrudnioną w oddziale Zamawiającego w Łodzi, niewykonującą żadnych czynności w Postępowaniu po dniu 31 maja 2020 r., jest sprzeczny z przepisami PZP, a w szczególności z art. 17 ust. 2a i 3 PZP, art. 24 ust. 5 pkt 3 PZP.

Zdaniem Zamawiającego z powyższych przepisów wynika, że celem złożenia Oświadczenia jest realizacja zasady uczciwej konkurencji - zgodnie bowiem z art. 17 ust. 2a PZP, zamawiający ma obowiązek odebrać Oświadczenie w razie uzasadnionego podejrzenia, że pomiędzy pracownikami zamawiającego lub innymi osobami zatrudnionymi przez zamawiającego (które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania), a wykonawcami zachodzi relacja określona w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 PZP. Realizacją zasady uczciwej konkurencji jest też możliwość wyłączenia z postępowania wykonawcy, jeżeli m.in. pozostaje on w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 z zamawiającym, osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego, członkami komisji przetargowej lub osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a PZP.

W ocenie Zamawiającego trudno uznać, by podstawą do składania Oświadczeń w oparciu o art. 17 ust. 2 PZP miał być formalizm, a nie realna potrzeba zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Ustawodawca wprowadził przepisy dotyczące Oświadczeń po to, by w przypadku pojawienia się ryzyka naruszenia zasady uczciwej konkurencji zamawiający od razu mógł zareagować poprzez wyłączenie danej osoby, a w niektórych przypadkach - także wykonawcy. W sytuacji, gdy takie ryzyko nie może wystąpić, składanie Oświadczenia jest bezcelowe, a jego żądanie byłoby jedynie nadmiernym formalizmem.

Jak wyjaśnił Zamawiający, Pan P. Ś. przestał być Kierownikiem Zamawiającego 31 maja 2020 r., a 31 grudnia 2020 r. ustało jego zatrudnienie w oddziale w Łodzi Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego to oznacza, że na dzień 19 marca 2021 r., tj. na dzień otwarcia ofert i ujawnienia wszystkich wykonawców, ryzyko naruszenia zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu nie mogło wystąpić. Skoro bowiem ww. osoba nie mogła mieć już jakiegokolwiek wpływu na czynności podejmowane w Postępowaniu, a w szczególności na jego wynik, to żądanie złożenia przez niego Oświadczenia stanowiłoby nie środek mający na celu ochronę uczciwej konkurencji, a przejaw nadmiernego formalizmu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał dotychczasowe stanowisko, dotyczące naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 02.12.2021 r.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie stwierdził, że „zgodnie z postanowieniem art. 7 ust. 2 ustawy Pzp czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Standardy obiektywizmu i bezstronności, wyrażone w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, w systemie zamówień publicznych stanowią, obok zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podstawowe reguły postępowania. Przepisy ustawy Pzp wymagają, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, po stronie zamawiającego nie brały udziału osoby pozostające w określonych relacjach z wykonawcą, gwarantując tym samym, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie przeprowadzone w sposób bezstronny i rzetelny. Podstawowym narzędziem weryfikacji tej bezstronności jest złożenie oświadczenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu. 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. 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 ustawy Pzp, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu jakiegokolwiek czynności w ramach postępowania”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że „obowiązek złożenia ww. oświadczenia aktualizuje się w następstwie takich czynności wykonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które pozwolą na zidentyfikowanie kręgu 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. W tym miejscu należy zauważyć, iż obok czynności złożenia oferty za czynność, która ujawnia wykonawców w danym postępowaniu należy uznać wnoszenie pytań do treści SIWZ, w przypadku skorzystania przez wykonawców z tego uprawnienia. Następstwem wystąpienia okoliczności przewidzianych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp pomiędzy osobą działającą w imieniu zamawiającego, a którymś z wykonawców zadających pytania do treści SIWZ, jest obowiązek natychmiastowego wyłączenia się tej osoby z udziału w postępowaniu”.

Dalej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że: „Pan P. Ś. podejmował czynności w postępowaniu na etapie przed upływem terminu składania ofert, poprzez podpisanie (tj. zatwierdzenie) zmian treści SIWZ. Jednocześnie w świetle powyższych ustaleń, podniesiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach okoliczność, iż Pan P. Ś. zakończył pełnienie funkcji Kierownika Zamawiającego z dniem 31 maja 2020 r., a z dniem 31 grudnia 2020 r. ustało jego zatrudnienie w oddziale Zamawiającego w Łodzi, tj. przed terminem składania i otwarcia ofert (19.03.2021 r.) nie zwalniała go z obowiązku złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wynika bowiem z analizy dokumentacji postępowania ww. osoba pełniła funkcję Kierownika Zamawiającego od dnia 03.06.2019 r. W toku postępowania do Zamawiającego wpłynęły wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ m.in. w dniu 11.10.2019 r., 29.07.2019 r., 10.07.2019 r. Powyższe oświadczenie powinno być zatem złożone w kontekście kręgu wykonawców, którzy zostali zidentyfikowani do końca okresu wykonywania przez Pana P. Ś. czynności w ramach przedmiotowej procedury, potwierdzając tym samym bezstronność przy dokonywaniu czynności w zakresie zmiany treści SIWZ”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnił także, że: „nie wszystkie przesłanki wyłączenia określone w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp odnoszą się do istnienia relacji pomiędzy osobą dokonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego a wykonawcą. Wyjątek stanowi przesłanka określona w art. 17 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. Tym samym niezależnie od tego, jacy wykonawcy biorą udział w postępowaniu, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Tym samym przesłanka wyłączenia określona w art. 17 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp jest niezależna od tego, kto jest wykonawcą, a jej istnienie może być ustalone znacznie wcześniej niż w dniu otwarcia ofert. W Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu nie wskazał, iż Zamawiający winien odebrać kilka oświadczeń w zakresie okoliczności wymienionych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie negował możliwości złożenia jednego oświadczenia, na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego wszystkich okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Istotą stwierzonego naruszenia nie był także termin złożenia oświadczenia przez Pana P. Ś., ale fakt, iż nie zostało ono w ogóle złożone, mimo iż ww. osoba wykonywała czynności w postępowaniu w zakresie zatwierdzenia zmian treści SIWZ. Okoliczność, iż na dzień składania i otwarcia ofert Pan P. Ś. nie był zatrudniony u Zamawiającego nie stanowiło podstawy do odstąpienia od złożenia oświadczenia z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli ww. osoba wykonywała jakiegokolwiek czynności w postępowaniu”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się z argumentem Zamawiającego, że żądanie złożenia oświadczenia przez Pana P. Ś. przed upływem terminu składania i otwarcia

ofert byłoby przejawem nadmiernego formalizmu. Wyjaśnił, że „postępowanie o udzielenie zamówienia ma formalny charakter, tj. stanowi uporządkowane czynności Zamawiającego, które mają swe źródło w przepisach ustawy Pzp. Określona w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp zasada bezstronności oraz obiektywizmu osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy do podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. Przepisy ustawy nakazują wyłączenie z postępowania osób, w stosunku do których zmaterializuje się chociażby jedna z przesłanek określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też wszystkie osoby uczestniczące w postępowaniu powinny złożyć oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, mogących podważyć zaufanie co do ich bezstronności. Brak złożenia stosownego oświadczenia przez osobę wykonującą czynności w postępowaniu, stanowi nie tylko naruszenie przepisów ustawy Pzp, ale także może być uznane za naruszenie przepisów dyscypliny finansów publicznych, w szczególności art. 17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tym samym niezasadne jest marginalizowanie przedmiotowego naruszenia przez Zamawiającego”.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi) zgłoszone 09 grudnia 2021 roku nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, 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 ust. 1.

Jak wskazał Prezes Urzędu, czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, będą czynności dokonywane w toku całego postępowania, a więc od momentu wszczęcia postępowania (które w przetargu nieograniczonym następuje z chwilą publikacji 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania. Należy zatem podzielić stanowisko, że każda zatem osoba wykonująca czynności w postępowaniu, jest zobligowana do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych niezależnie od tego, na jakim etapie postępowania czynności te są wykonywane w szczególności, czy czynności zostały wykonane przed, czy po otwarciu ofert. Nie istnieje podstawa do zawężenia obowiązku wynikającego z art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który dotyczy czynności podejmowanych od momentu wszczęcia postępowania, do jedynie określonej części postępowania. Dlatego Pan P. Ś., jako osoba wykonująca czynności w postępowaniu, powinien złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu potwierdzenia bezstronności przy wykonywaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do powołanej przez Zamawiającego opinii Prezesa Urzędu należy zauważyć, że dotyczy ona chwili złożenia oświadczenia, a nie kwestii braku obowiązku złożenia oświadczenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu przed terminem otwarcia ofert. W niniejszym postępowaniu istotą jest brak złożenia oświadczenia przez Pana P. Ś.. Organ kontrolujący nie kwestionuje chwili złożenia oświadczenia przez Pana P. Ś., lecz fakt braku złożenia w ogóle oświadczenia przez tę osobę, pomimo, iż wykonywała ona czynności w postępowaniu.

Nie jest także trafny argument Zamawiającego, że żądanie złożenia oświadczenia przez Pana P. Ś. byłoby przejawem nadmiernego formalizmu. Jak trafnie zauważył Prezes Urzędu, postępowanie o udzielenie zamówienia ma formalny charakter, tj. stanowi uporządkowane czynności Zamawiającego, które mają swe źródło w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jedną z zasad udzielania zamówienia publicznego jest zasada przejrzystości. Konieczność złożenia oświadczenia, a więc wymagania formalne, mają służyć zapewnieniu i wykazaniu zarówno przejrzystości postępowania, jak i bezstronności oraz obiektywizmu osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie oświadczenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu stanowi dowód, że po stronie zamawiającego w postępowaniu nie brały udziału osoby pozostające w określonych relacjach z wykonawcą, co stanowi gwarancję przejrzystości postępowania, w tym gwarancję, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób bezstronny i rzetelny.

Prezes Urzędu trafnie zwrócił uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który z jednej strony odebrał oświadczenie Pana M. T., złożone na siedem miesięcy przed upływem terminu składania ofert (a zatem w chwili, kiedy nie było wiadomo, jacy wykonawcy złożą oferty w postępowaniu), a z drugiej strony Zamawiający uznał, że nie powinien odebrać analogicznego oświadczenia od Pana P. Ś., gdyż uznał, że złożenie takiego oświadczenia byłoby przedwczesne. Niekonsekwencja ta wskazuje, że nie jest uzasadnione kwestionowanie przez Zamawiającego obowiązku odebrania oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych od Pana P. Ś..

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....