



# Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/63/23/DKZP

DKZP.WKZ4.440.63.2023.KC

Warszawa, dnia 23.11.2023 r.

## Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	Bank Gospodarstwa Krajowego Al. Jerozolimskie 7 00-955 Warszawa
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	usługi
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	Wybór Partnerów Finansujących w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w obszarze samozatrudnienia (założenie działalności gospodarczej) - część XII
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	29.06.2023 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2023/S 126 – 399908
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Wartość zamówienia:</b>	

Część	Podstawowa wartość zamówienia	Wartość prawa opcji nr 1	Wartość zamówień z art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp	Wartość prawa opcji nr 2	Całkowita wartość wynagrodzenia
1	369 426,31 zł	1 108 278,93 zł	369 426,31 zł	513 841,45 zł	2 360 973,00 zł

	(82 950,04 euro)	(248 850,13 euro)	(82 950,04 euro)	(115 376,65 euro)	(530 126,86 euro)
2	1 364 493,95 zł (306 380,00 euro)	4 093 481,85 zł (919 139,99 euro)	1 364 493,95 zł (306 380,00 euro)	1 897 898,25 zł (426 149,24 euro)	8 720 368,00 zł (1 958 049,22 euro)
3	518 388,53 zł (116 397,64 euro)	1 555 165,59 zł (349 192,92 euro)	518 388,53 zł (116 397,64 euro)	721 035,58 zł (161 899,49 euro)	3 312 978,23 zł (743 887,69 euro)
4	881 856,35 zł (198 009,78 euro)	2 645 569,05 zł (594 029,34 euro)	881 856,35 zł (198 009,78 euro)	1 226 589,26 zł (275 415,23 euro)	5 635 871,01 zł (1 265 464,12 euro)
5	726 935,64 zł (163 224,28 euro)	2 180 806,92 zł (489 672,83 euro)	726 935,64 zł (163 224,28 euro)	1 011 107,36 zł (227 031,47 euro)	4 645 785,56 zł (1 043 152,86 euro)
6	595 848,89 zł (133 790,39 euro)	1 787 546,67 zł (401 371,18 euro)	595 848,89 zł (133 790,39 euro)	828 776,53 zł (186 091,37 euro)	3 808 020,98 zł (855 043,33 euro)
7	858 022,40 zł (192 658,16 euro)	2 574 067,20 zł (577 974,49 euro)	858 022,40 zł (192 658,16 euro)	1 193 438,20 zł (267 971,57 euro)	5 483 550,20 zł (1 231 262,39 euro)
8	643 516,80 zł (144 493,62 euro)	1 930 550,40 zł (433 480,87 euro)	643 516,80 zł (144 493,62 euro)	895 078,65 zł (200 978,68 euro)	4 112 662,65 zł (923 446,80 euro)
9	2 204 640,88 zł (495 024,45 euro)	6 613 922,64 zł (1 485 073,34 euro)	2 204 640,88 zł (495 024,45 euro)	3 066 473,15 zł (688 538,07 euro)	14 089 677,55 zł (3 163 660,31 euro)
10	2 097 388,08 zł (470 942,18 euro)	6 292 164,24 zł (1 412 826,53 euro)	2 097 388,08 zł (470 942,18 euro)	2 917 293,37 zł (655 041,62 euro)	13 404 233,77 zł (3 009 752,51 euro)
11	1 656 459,91 zł (371 937,29 euro)	4 969 379,73 zł (1 115 811,87 euro)	1 656 459,91 zł (371 937,29 euro)	2 303 998,74 zł (517 334,01 euro)	10 586 298,29 zł (2 377 020,45 euro)
12	5 958 488,87 zł (1 337 903,91 euro)	17 875 466,61 zł (4 013 711,74 euro)	5 958 488,87 zł (1 337 903,91 euro)	8 287 765,27 zł (1 860 913,70 euro)	38 080 209,62 zł (8 550 433,27 euro)
<b>łącznie</b> <b>wartość</b>	17 875 466,61 zł (4 013 711,74 euro)	53 626 399,83 zł (12 041 135,22 euro)	17 875 466,61 zł (4 013 711,74 euro)	24 863 295,80 zł (5 582 741,11 euro)	114 240 628,85 zł (25 651 299,81 euro)

**Środki UE:**

Program Fundusze Europejskie dla Rozwoju Społecznego  
2021-2027

**Rodzaj procedury:**

zamówienie klasyczne

## **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. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków

dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, poprzez żądanie w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia dokumentu określonego 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, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej,

- 2) 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 (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Polska Fundacja Przedsiębiorczości dokumentów stanowiących załączniki nr 1-3 do pisma z dnia 06.09.2023 r., tj. Zawiadomienie o wysokości stopy procentowej składki procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie, Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Skarbowego w Szczecinie jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym,
- 3) art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), poprzez zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ),
- 4) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie

realizacji zamówienia, w przypadku gdy wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641),

- 5) art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalnej liczby części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy,
- 6) art. 441 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie w Rozdziale IV ust. 6 SWZ Prawa Opcji 2 polegającego na wskazaniu, iż w wyniku zastosowania przez Zamawiającego Prawa Opcji nr 2 Wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu.

### UZASADNIENIE

1. Zgodnie z częścią VIII pkt 2. ppkt 1-7 SWZ w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający żądał następujących podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia:

- 1) JEDZ zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ Zaznaczenie odpowiedniej odpowiedzi w części III Podstawy wykluczenia, Sekcja D będzie potwierdzeniem braku podstaw do wykluczenia wskazanych w części V ust. 2, W części IV Wykonawca wypełnia JEDZ w zakresie części α – Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji.
- 2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
  - a) art. 108 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,
  - b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,  
- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.
- 3) oświadczenia 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 11 do SWZ.

- 4) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem; W przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat - dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.
- 5) zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.
- 6) odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji; W przypadku, gdy odpis jest dostępny bezpłatnie w publicznej bazie danych zamawiający nie wymaga złożenia odpisu.
- 7) Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 10.10.2023 r. (pismo wysłane po wplynięciu pierwszej części postępowania – części nr XII – ale dotyczące wszystkich części postępowania) Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie m.in. następujących wyjaśnień. Zamawiający w części VII ust. 4 SWZ wskazał, iż „W przypadku, gdy najwyżej zostanie oceniona oferta złożona przez Wykonawcę polegającego na zasobach podmiotu udostępniającego, a także gdy Zamawiający skorzysta z uprawnienia, o którym mowa w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca obowiązany jest do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego. Pozostałe podmiotowe środki dowodowe mogą być złożone wspólnie.”. W związku z powyższym, poproszono o wskazanie w treści SWZ zapisów, o których mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju 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).

Pismem z dnia 13.10.2023 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „(...) Ad 8) Zgodnie z przytoczonym fragmentem SWZ (części VII ust. 4 SWZ) Zamawiający informuje, że w przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach podmiotu udostępniającego, a także gdy Zamawiający skorzysta z uprawnienia, o którym mowa w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca obowiązany jest do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego wymienionych w części VIII. „JEDZ. Podmiotowe środki dowodowe” pkt 2. ppkt 1-7.”

Należy zauważyć, że Zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy Pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia Zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, iż jego zakres – w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji 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, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Tym samym należy stwierdzić, że żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Pismem z dnia 30.08.2023 r., zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Polska Fundacja Przedsiębiorczości w zakresie części XII zamówienia o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie wynagrodzenia za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego partnera finansującego. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty wraz z załącznikami przy piśmie z dnia 06.09.2023 r., zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W toku kontroli uprzedniej, Zamawiający pismem z dnia 26.10.2023 r. został poproszony o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie uznał za zasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), wyjaśnienia oraz dokumenty przekazane przy piśmie z dnia 06.09.2023 r., przez wykonawcę Polska Fundacja Przedsiębiorczości, w szczególności stanowiące załączniki nr 1 – 3 do niniejszego pisma.

Zamawiający pismem z dnia 31.10.2023 r. udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„Ad 1b) Zamawiający stoi na stanowisku, że z uwagi na charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 06.09.2023 r. przekazanych przez Wykonawcę Polską Fundację Przedsiębiorczości, tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić wszelkie informacje, które nie są jawne. Poufność należy utożsamiać w szczególności z tym, że przekazane informacje nie zostały dopuszczone przez Wykonawcę do rozpowszechniania wśród szerokiego kręgu odbiorców. Zamawiający wyjaśnia, że uznanie za zasadne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 06.09.2023 r. podyktowane jest pozytywną weryfikacją ich treści. Wykonawca w wyjaśnieniach precyzyjnie*

określił poprzez sformułowanie zawarte na wstępie zakres informacji chronionych., tj.: „Zastrzeżona informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.)”. Dodatkowo w treści wyjaśnień Wykonawca zastrzega jako niejawne informacje zawarte w treści wyjaśnień (wraz z załącznikami) gdyż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wraz z podaniem uzasadnienia poczynionego zastrzeżenia, tj.:

„1) jest to informacja mająca charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i stanowi jego wartość gospodarczą ze względu na zawartą w niej wypracowaną przez Wykonawcę kompletną metodologię i całość procedur, będących podstawą do ustalenia ceny Zamówienia;

2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, gdyż Wykonawca nie ujawnił zastrzeżonych informacji poprzez ich zamieszczenie na stronie internetowej, umożliwienie wglądu w siedzibie, czy przekazanie osobom/podmiotom zewnętrznym innym niż zobowiązane do zachowania informacji w tajemnicy przez Wykonawcę bądź instytucje nadrzędne i uprawnione do kontroli;

3) podjęto w stosunku do niej działania niezbędne w celu zachowania poufności przez ograniczenie dostępu jedynie upoważnionym i zobowiązanym pisemnie do zachowania poufności pracownikom Wykonawcy oraz pracownikom kontrolującym instytucji, którzy w ramach prowadzonych kontroli również zobowiązani są do zachowania poufności informacji.”

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający uznał, iż Wykonawca wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Analiza treści wyjaśnienia powodów zastrzeżenia nie daje podstaw do uznania, że jakkolwiek ich fragment winien podlegać odtajnieniu.

W ocenie Zamawiającego, przedstawione przez Wykonawcę wskazanie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ww. dokumentach (pismo wraz z załącznikami), spełniało wymagania przewidziane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający uważa, że informacje zastrzegane spełniały przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności mogą posiadać wartość gospodarczą – biorąc pod uwagę fakt, w jaki sposób ewentualne ujawnienie tych informacji naruszałoby interesy Wykonawcy oraz wpływałoby niekorzystnie na jego pozycję konkurencyjną w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Należy przy tym nadmienić, że ww. informacje zastrzeżone mają znaczenie nie tylko w niniejszym postępowaniu, lecz mogłyby być wykorzystywane w przyszłości w danych okresach realizacji zamówienia. Sprawia to, że ww. dane można traktować - z punktu widzenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - jako szczególnie wrażliwe dla Wykonawcy. Zgodnie z definicją z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „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”. Przenosząc powyższe na sytuację



*w przedmiotowym postępowaniu, należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że dane utajnione przez Wykonawcę (wyjaśnienia wraz z załącznikami) nie są znane innym osobom i bezspornie stanowią przy tym realną wartość gospodarczą. Wykonawca podjął przy tym niezbędne działania w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy. Zgodnie z powyższym działanie Zamawiającego, który uznał za zasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia oraz dokumenty przekazane przez wykonawcę w piśmie z dnia 06.09.2023 r., było konieczne i zasadne. Ponadto ww. działanie podyktowane jest również interesem samego Zamawiającego. Bank Gospodarstwa Krajowego, będący instytucją zaufania publicznego, w sposób szczególny podchodzi do kwestii ochrony informacji, mając na uwadze także konsekwencje dla Banku w przypadku nieuprawnionego ich ujawnienia.”*

Podkreślić należy, iż kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16). 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. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17).

Analiza treści pisma wykonawcy Polska Fundacja Przedsiębiorczości prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom, stanowiącym załączniki nr 1-3 do pisma z dnia 06.09.2023 r. (wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej), tj. Zawiadomienie o wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie,

Zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Skarbowego w Szczecinie, powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo podkreślić należy, iż jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca Polska Fundacja Przedsiębiorczości w zakresie części XII przedłożył w dniu 12.09.2023 r. ww. załączniki nr 2 i 3 w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 30.08.2023 r. skierowane na podstawie art. 126 ust. 1, art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, nie zastrzegając Zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie oraz Zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Skarbowego w Szczecinie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podkreślić bowiem należy, iż dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające przedstawienie ogólnego, lakonicznego uzasadnienia, niepopartego jakimkolwiek dowodem. Tym samym, informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Niezależnie zatem od okoliczności złożenia wniosku o udostępnienie treści oświadczeń lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający zobligowany jest zbadać skuteczność dokonanego zastrzeżenia, a w przypadku negatywnej jego oceny dać temu wyraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zakomunikować czynność uznania za nieskuteczne poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w szczególności poinformować o tym fakcie wykonawcę, którego oświadczeń lub dokumentów to dotyczy. Na czynność zamawiającego dotyczącą oceny skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przysługiwać będzie prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Prawidłowe

zakomunikowanie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyniku dokonanej przez zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji w poufności gwarantuje jednocześnie wykonawcom możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i kontroli czynności dokonanych lub zaniechanych przez zamawiającego.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1535/14) „(...) dokumenty, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są to dokumenty urzędowe podmiotów udostępniających zasoby, jak wyciągi z Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek, a także listy referencyjne. Dokumentów urzędowych, które są jawne i powszechnie dostępne (jak odpis z KRS) lub też wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom (zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego, informacje z KRK dla członków zarządu oraz podmiotu zbiorowego), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeżenie nieujawniania ich treści w postępowaniu. Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej. Ta przesłanka nie jest spełniona w stosunku do ww. dokumentów urzędowych.”.

W związku z powyższym, Zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Polska Fundacja Przedsiębiorczości dokumentów stanowiących załączniki nr 1-3 do pisma z dnia 06.09.2023 r., tj. Zawiadomienie o wysokości stopy procentowej składki a ubezpieczenie wypadkowe wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie, Zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Skarbowego w Szczecinie jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, naruszył treść, 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.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**3.** Zamawiający określił w kontrolowanym postępowaniu zakres podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w Części VIII SWZ. Zgodnie z częścią VIII ust. 2 pkt 1 SWZ w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia zamawiający wymagał złożenia JEDZ zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik

nr 9 do SWZ Zaznaczenie odpowiedniej odpowiedzi w części III Podstawy wykluczenia, Sekcja D będzie potwierdzeniem braku podstaw do wykluczenia wskazanych w części V ust. 2. W części IV Wykonawca wypełnia JEDZ w zakresie części α – Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji.

Następnie w części VIII ust. 2 pkt 2-7 SWZ zamawiający wymienił podmiotowe środki dowodowe, o które zamawiający wzywał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumenty, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 a i b - 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju 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”.

W żadnym punkcie SWZ Zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W piśmie z dnia 30.08.2023 r. skierowanym do wykonawcy - Polska Fundacja Przedsiębiorczości w zakresie części XII zamówienia, stanowiącym wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie wzywał do złożenia ww. oświadczenia, a tym samym nie miał możliwości zweryfikowania wykonawcy w zakresie przesłanek wykluczenia, o których mowa w:

- art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy;
- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego;
- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
- art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy;
- art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170), w oparciu o zawarte w SWZ postanowienia;
- art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-10 ustawy.

Zgodnie z art. 124 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy

Pzp (JEDZ), zostało określone w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, jako jeden z podmiotowych środków dowodowych służący ocenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W kontrolowanej sprawie nie stwierdzono przesłanek do możliwości odstąpienia zamawiającego od żądania w postępowaniu dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Zaniechanie żądania ww. dokumentu pozbawiło zamawiającego możliwości uzyskania potwierdzenia aktualności wskazanych informacji zawartych w JEDZ.

Zasadą jest, że zamawiający żąda w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne podmiotowych środków dowodowych, określonych § 2 ww. rozporządzenia. Jednym z podmiotowych środków dowodowych wymienionych w § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia jest oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (§ 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp.

A zatem w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający jest zobowiązany do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, w tym oświadczenia wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy.

Zamawiający ma zatem obowiązek na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Bez znaczenia przy tym jest fakt, że w przypadku zastosowania procedury określonej w art. 139 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może złożyć jednocześnie zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) oraz oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Należy bowiem zauważyć, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Natomiast oświadczenie wskazane w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia potwierdzać będzie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

**Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:**

Mając na uwadze powyższe naruszenie Prezes Urzędu na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaleca zamawiającemu, aby zweryfikował wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach przedmiotowego postępowania, w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 5, 7-10 ustawy Pzp na podstawie dokumentu, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

4. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający w Części III ust. 1 i 2 SWZ wskazał, iż „Przedmiotem zamówienia jest wybór partnerów finansujących świadczących na rzecz Zamawiającego usługi polegające na zarządzaniu funduszem szczegółowym tworzonym w celu udzielania pożyczek, o których mowa w art. 61e pkt 2 i art. 61ea Ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku (Dz. U. z 2022 r. poz. 690, z późn. zm.). (...) Wykonawca poza działalnością pożyczkową zobowiązany będzie do świadczenia usług szkoleniowych i doradczych oraz zapewnienia współpracy z uczelniami, a za ich pośrednictwem z organizacjami działającymi na rzecz rozwoju przedsiębiorczości, w szczególności akademickimi inkubatorami przedsiębiorczości, akademickimi biurami karier i centrami informacyjno-doradczymi, w celu umożliwienia skorzystania z usług doradczych i szkoleniowych osobom ubiegającym się o pożyczkę oraz pożyczkobiorcom.”

W toku kontroli uprzedniej, Zamawiający pismem z dnia 26.10.2023 r. został poproszony o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający wskazał w Części IV ust. 10 SWZ, iż nie przewiduje wymagania, o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nie określa usług wymagających zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 31.10.2023 r. udzielił następujących wyjaśnień, tj. „Ad 2) Zamawiający wyjaśnia, że art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 134 ust. 2 pkt. 14 ustawy Pzp, wskazuje wyraźnie, że obowiązek wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę występuje tylko, gdy wykonanie czynności określonych w opisie przedmiotu polega na wykonywaniu

*pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy – Kodeks pracy. Co za tym idzie, w sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje zastosowanie takiego wymogu, zobligowany jest do określenia zarówno sposobu dokumentowania przez wykonawców spełniania tego wymogu, jak i opisać mechanizm kontroli aktualności informacji przekazywanych w tym zakresie. A contrario, jeśli Zamawiający ma podstawy ku temu, by odstąpić od formułowania takiego wymogu, a w konsekwencji opisu sposobu weryfikacji jego spełniania, wystarczającym jest poinformowanie w treści dokumentacji przetargowej o odstąpieniu od formułowania takiego wymagania.*

*Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie weryfikacji czy realizacja określonych czynności będzie nosiła znamiona stosunku pracy. Zamawiający dokonał powyższej weryfikacji, po której stwierdził, że wykonywane w przedmiotowym postępowaniu czynności nie będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy - Kodeks pracy. Zamawiający, nie stawiając wymogu określonego w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, po przeprowadzonej weryfikacji i stwierdzeniu powyższego, także uznał, że to właśnie postawienie takiego wymogu mogłoby stanowić ograniczenie konkurencji, a także zwiększyć koszty realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, że osoby dedykowane przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia mogą wykonywać pracę w oparciu o inną formę prawną niż określoną w Kodeksie Pracy, mogą także świadczyć usługi dla kilku podmiotów jednocześnie. W związku z powyższym Zamawiający potwierdza, że odstąpienie od formułowania wymogu z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp było w przypadku przedmiotowego zamówienia uzasadnione.”.*

Treść art. 95 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, iż zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641).

Powyższy obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia

wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności.

Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kp. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy operacyjnej, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ w § 5 ust. 5 wskazał, iż Partner finansujący zobowiązuje się do m.in.:

- „1) realizacji przedmiotu Umowy z należytą starannością, zgodnie z zawartymi w niej postanowieniami oraz w oparciu o nie, w tym rozpatrywania wniosków pożyczkowych, zawierania Umów Inwestycyjnych, aneksów oraz wypłaty środków Jednostkowej Pożyczki na rachunek Ostatecznego Odbiorcy, z zastrzeżeniem postanowień, o których mowa w Dokumentacji Projektu;*
- 2) zachowania standardów jakościowych przy udzielaniu wsparcia Ostatecznym Odbiorcom jak ma to miejsce w ramach działalności własnej, w celu zminimalizowania ryzyka utraty otrzymanego Wkładu Funduszu Powierniczego;*
- 3) opracowania i stosowania metodyki oceny wniosków o pożyczkę oraz wzorów umów pożyczkowych z uwzględnieniem specyfiki Projektu, osób uprawnionych do udziału w Projekcie oraz założeń „Europejskiego kodeksu dobrego postępowania w zakresie udzielania mikrokredytów”;*
- 4) rozliczania środków udzielonych Jednostkowych Pożyczek w terminach wskazanych w Umowie Inwestycyjnej, z zastrzeżeniem § 6 ust. 16;*
- 5) weryfikacji czy przedsięwzięcie zostało prawidłowo zrealizowane i cel pożyczki został osiągnięty;*  
*(...)*
- 11) bieżącego monitorowania realizacji Umów Inwestycyjnych oraz spłat Jednostkowych Pożyczek, w tym naliczania odsetek za zwłokę od nieterminowych spłat rat pożyczek, do dnia rozliczenia ostatniej udzielonej pożyczki, z zastrzeżeniem tych postanowień, które ze względu na swój cel obowiązują także po zakończeniu obowiązywania Umowy;*
- 12) niezwłocznego podejmowania działań windykacyjnych mających na celu zaspokojenie roszczeń przysługujących BGK z tytułu obsługiwanych Jednostkowych Pożyczek oraz wszelkich kosztów ich dochodzenia, w sposób zgodny z Procedurą Windykacyjną stanowiącą Załącznik nr 4 do Umowy, a także zgodnie ze standardami rynkowymi w tym zakresie oraz przekazywanie odzyskanych*



środków finansowych w wyniku działań windykacyjnych na Rachunek Bankowy dla Zasobów Zwrotzonych;

13) częściowego umarzania pożyczek na zasadach określonych w Dokumentacji Projektu i Strategii Inwestycyjnej;

14) zapewnienia dostępu do usług doradczych i szkoleniowych, o których mowa w Dokumentacji projektu;

15) zapewnienia potencjalnym Ostatecznym Odbiorcom pomocy w zakresie aplikowania o wsparcie z Projektu; (...)

25) posiadania placówki/ek, w której/ych będzie realizował Zamówienie, w szczególności informował wnioskodawców o zasadach udzielania pożyczek, przyjmował wnioski o udzielenie pożyczki oraz zawierał umowy pożyczki wraz z podpisywaniem dokumentów zabezpieczeń, zgodnie z wykazem stanowiącym Załącznik nr 16 do Umowy.”

Ponadto we wzorze formularza Biznesplanu (załącznik nr 4 do SWZ) Zamawiający w pkt B. 2 (Dostępność usług dla pożyczkobiorców) zastrzegł m.in., iż „1. Wykonawca, który wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował na dzień podpisania Umowy, placówką w każdym województwie wchodzącym w skład regionu/makroregionu/na terenie całego kraju, w zależności od części, o którą się ubiega, w której będzie realizował Zamówienie, otrzyma 20 pkt. Wykonawca, który nie wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował na dzień podpisania Umowy placówką w każdym województwie wchodzącym w skład regionu/makroregionu/ na terenie całego kraju, w zależności od części, o którą się ubiega otrzyma 0 pkt.

Należy wskazać województwa wraz z podaniem przynajmniej jednej placówki, podając pełny adres (wskazując województwo, miejscowość, ulicę, numer budynku oraz jeśli dotyczy, numer lokalu) każdej z nich, które na dzień składania oferty pozostają w dyspozycji Wykonawcy lub zostaną zapewnione na dzień podpisania Umowy: placówki w których Wykonawca prowadzi bieżącą działalność lub placówki partnerskie lub posiada prawo do dysponowania placówką na podstawie umowy najmu lub umowy użyczenia.

Wskazana placówka powinna działać nie krócej niż do końca okresu udzielania pożyczek i nie rzadziej niż 5 dni w tygodniu przez co najmniej 8 godzin dziennie, w której Wykonawca będzie informował wnioskodawców o zasadach udzielania Pożyczek, przyjmował wnioski o udzielenie Pożyczki oraz podpisywał umowy Pożyczki. Oprócz nazwy miejscowości należy wskazać adres placówki.”

Powyższe prowadzi do wniosku, iż wymienione powyżej przykładowe czynności z zakresu zarządzaniu funduszem, poprzez prowadzenie działalności pożyczkowej oraz szkoleniowej stanowią wykonywanie pracy, o której mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Dodatkowo zauważyć należy, iż zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia w ramach części XII wykazał, iż posiada odpowiedni zespół zapewniający zdolność do realizacji zamówienia, tj. w skład zespołu oddelegowanego do realizacji Umowy Operacyjnej będzie wchodzić co najmniej 8 osób posiadających odpowiednie doświadczenie i wykształcenie:

- kierownik projektu - z co najmniej 2-letnim doświadczeniem w banku lub instytucji finansowej na stanowisku kierowniczym, posiadający wykształcenie wyższe;
- co najmniej cztery osoby z minimum 3-letnim doświadczeniem w zakresie oceny wniosków o pożyczkę/kredyt, w tym pod względem zdolności kredytowej przedsiębiorstw, monitorowania ekspozycji kredytowych/administracji kredytowej, posiadająca wykształcenie wyższe;
- w obszarze kontroli i audytu co najmniej jedna osoba z minimum 2-letnim doświadczeniem w zakresie prowadzenia działań kontrolnych lub audytu, posiadająca wykształcenie wyższe;
- w obszarze działań windykacyjnych co najmniej dwie osoby z minimum 2-letnim doświadczeniem w stosowaniu procedur windykacyjnych, posiadające wykształcenie wyższe;
- w obszarze usług doradczych co najmniej dwie osoby z minimum rocznym doświadczeniem w świadczeniu usług doradczych i szkoleniowych z zakresu rozpoczęcia i/lub prowadzenia działalności gospodarczej.

Wykonawca - Polska Fundacja Przedsiębiorczości, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach części XII zamówienia, wykazując spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, jako podstawę dysponowania wszystkim osobami wchodzącymi w skład oddelegowanego zespołu wskazał dysponowane bezpośrednio na podstawie umowy o pracę, co potwierdza powyższe stwierdzenie.

Reasumując - Zamawiający, nie zamieszczając w treści SWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia naruszył regulację art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż w Sekcji II.1.6) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż:

*„Informacje o częściach*

*To zamówienie podzielone jest na części: tak*

*Oferty można składać w odniesieniu do maksymalnej liczby części: 8*

*Instytucja zamawiająca zastrzega sobie prawo do udzielenia łącznie następujących części lub grup części:*

*Jeden Wykonawca w niniejszym postępowaniu, niezależnie czy występuje samodzielnie, czy w ramach grupy kapitałowej, czy konsorcjum może ubiegać się o realizację zamówienia zgodnie z zasadami opisanymi w rozdz. IV pkt 1 SWZ. Wszystkie szczegóły dotyczące składania ofert na poszczególne części znajdują się w rozdz. IV SWZ.”*

Zamawiający w części IV ust. 1 i 2 SWZ wskazał „Jeden Wykonawca w niniejszym postępowaniu, niezależnie czy występuje samodzielnie, czy w ramach grupy kapitałowej, czy konsorcjum może ubiegać się o realizację zamówienia zgodnie z poniższymi zasadami:

- a) w ramach regionów (części od I do VIII) może ubiegać się o realizację wszystkich części zamówienia;
- b) w ramach makroregionów (części od IX do XI) może ubiegać się o realizację wszystkich części zamówienia;
- c) Wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia w ramach regionu nie może ubiegać się o realizację zamówienia w makroregionie obejmującym te same województwa.
- d) Wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia w części XII ogólnokrajowej nie może ubiegać się o realizację zamówienia w ramach innych części.

*(...) Wykonawca w odniesieniu do każdej z części, o którą się ubiega, składa odrębną ofertę. Jeden Wykonawca może złożyć maksymalnie 1 ofertę w ramach jednej części.”*

Zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia -- w zaproszeniu do negocjacji.

Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje, że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, musi zostać wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym Zamawiający w celu wypełnienia dyspozycji ww. przepisu miał obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu – nie zaś tylko w SWZ, informację o maksymalnej liczbie części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy.

Zaniechanie Zamawiającego w ww. zakresie stanowi naruszenie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej wynika, że Zamawiający w Rozdziale IV ust. 6 SWZ wskazał: „W wyniku zastosowania przez Zamawiającego Prawa Opcji nr 2 Wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu. Zamawiający może powierzyć Wykonawcy obsługę portfela pożyczek w wielkości nie większej niż dla części: — I - 51 pożyczek, — II - 188 pożyczek, — III - 72 pożyczek, — IV - 122 pożyczek, — V - 100 pożyczek, — VI - 82 pożyczek, — VII - 118 pożyczek, — VIII - 89 pożyczek, — IX - 304 pożyczek, — X - 290 pożyczek, — XI - 229 pożyczek, — XII - 823 pożyczek.”.

Zamawiający w § 14 ust. 1 - 5 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej wskazał, co następuje:

„1. Zamawiający ma prawo skorzystania z Prawa Opcji 2 polegającego na powierzeniu Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego. Przyznanie Prawa Opcji 2 wymaga aneksowania Umowy.

2. Zamawiający, nie później niż miesiąc po terminie, o którym mowa w § 4 ust. 2 pisemnie poinformuje Partnera Finansującego o decyzji BGK w sprawie skorzystania z Prawa Opcji 2, określając szczegóły dotyczące przekazywanego portfela pożyczek, w tym liczbę pożyczek, okresy spłat, liczbę pożyczek do przejęcia. Za zgodą Stron termin ten może ulec wydłużeniu.

3. Wynagrodzenie Partnera Finansującego z tytułu Prawa Opcji 2 naliczone zostanie według stawki określonej przez Wykonawcę w ofercie przetargowej, a wypłata wynagrodzenia odbywać się będzie na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy.

4. Warunki i zasady Prawa Opcji 2 określone zostały w Załączniku nr 12 do Umowy.

5. Skorzystanie z Prawa Opcji 2 w części albo w całości jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji BGK. Nieskorzystanie przez BGK z Prawa Opcji 2 nie rodzi po stronie Partnera Finansującego jakichkolwiek roszczeń, w szczególności odszkodowawczych.”.

W załączniku nr 12 do Umowy Operacyjnej w ramach Instrumentu finansowego Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie pn. „Realizacja przedmiotu Prawa Opcji nr 2” Zamawiający wskazał w § 1 ust 1 i 2, że: „1. W ramach realizacji Prawa Opcji nr 2 Wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania wobec przejmowanego portfela Jednostkowych Pożyczek zasad określonych w Umowie, oraz do:

1) podjęcia niezbędnych działań związanych z przejściem wszelkich praw i obowiązków wynikających z przejścia portfela, w tym m.in. przejścia dokumentacji, zabezpieczeń oraz korespondencji w tym zakresie z Ostatecznymi Odbiorcami oraz uruchomienia kompleksowej obsługi portfela Jednostkowych Pożyczek, a ponadto do dostosowania wewnętrznych procedur do zadań spoczywających na Wykonawcy w ciągu 14 dni od ustalonego przez BGK terminu rozpoczęcia procesu przejmowania dokumentów od innego Partnera Finansującego;

2) prowadzenia wyodrębnionej ewidencji księgowej dla przejmowanego portfela Jednostkowych Pożyczek, w tym wyodrębnionych rachunków/kont dla operacji związanych z realizacją Projektu tak, aby możliwa była identyfikacja poszczególnych operacji księgowych;

3) przygotowywania odrębnych raportów dla przejętego portfela Jednostkowych Pożyczek, w zakresie tożsamym jak dla Jednostkowych Pożyczek udzielonych w ramach zamówienia podstawowego.

2. BGK zobowiązuje Wykonawcę do realizacji zadań określonych w Umowie oraz ust. 1 pkt 3 powyżej od dnia przelewu wierzytelności powstałych z tytułu zawartych umów Jednostkowy Pożyczek oraz przekazania Wykonawcy przez innego Partnera Finansującego dokumentacji niezbędnej do podjęcia odpowiednich czynności.”.

Ponadto, w § 2 ust. 1 – 3 Realizacji przedmiotu Prawa Opcji nr 2, Zamawiający wskazał, iż:

„1. W celu realizacji zadania obsługi portfela Jednostkowych Pożyczek, Wykonawca podejmie działania niezbędne do przejęcia wszystkich umów Jednostkowych Pożyczek zawartych przez innego Partnera Finansującego w ramach Projektu oraz do przejęcia wszelkich innych dokumentów związanych z ubieganiem się o pożyczkę, udzieleniem pożyczki oraz jej późniejszą obsługą, niezbędnych do prawidłowej realizacji Umowy.

2. Zakres zadań określony w § 1 odnosi się do umów Jednostkowych Pożyczek oraz wniosków pożyczkowych, na podstawie których została wydana pozytywna decyzja przez innego Partnera Finansującego.

3. Wykonawca będzie zobowiązany do zawarcia umów Jednostkowych Pożyczek z wnioskodawcami, którzy otrzymali pozytywną decyzję, o której mowa w ust. 2.”

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 08.11.2023 r. Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie przewidział, iż w ramach Prawa Opcji nr 2 wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach projektu. Ponadto, Zamawiający został poproszony o wyjaśnienie w jaki sposób przewidywał skorzystanie z Prawa Opcji 2 dopuszczającej możliwość powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego, w kontekście postanowień SWZ (Część IV ust. 1 i 2 SWZ) ograniczających możliwość ubiegania się o zamówienie w poszczególnych częściach.

Zamawiający w piśmie z dnia 15.11.2023 r. udzielił następujących wyjaśnień, tj. „W postępowaniu zamawiający działając zgodnie z przepisami art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji w dwóch okolicznościach. Prawo opcji nr 2, którego dotyczy Państwa zapytanie, polega na świadczeniu przez wykonawcę, z którym zawarta zostanie umowa w wyniku przeprowadzenia Postępowania usług polegających na:

1) obsłudze umów pożyczkowych udzielonych przez innego partnera finansowego w ramach Projektu „Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie” oraz umów, o których mowa w pkt 2;

2) zawieraniu umów pożyczek celem sfinalizowania wniosków pożyczkowych, w ramach których inny partner finansujący, od którego przejmowany jest portfel pożyczek, o których mowa w pkt 1, wydał pozytywną decyzję o udzieleniu pożyczki.

Zamawiający przewidział możliwość zlecenia dodatkowych usług w ramach prawa opcji nr 2, będących w istocie powtórzeniem usług zleczanych w części głównej postępowania (nieobjętych prawem opcji) w celu zapewnienia obsługi umów pożyczkowych lub zawierania pożyczek po wydaniu pozytywnej decyzji pożyczkowej w przypadku, gdy zostanie zerwana współpraca z innym podmiotem obsługującym pożyczki – tj. realizującym podobne usługi na podstawie odrębnej umowy. Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi szereg postępowań o podobnym zakresie usług, w ramach których wyłaniani są wykonawcy świadczący usługi pośrednika finansowego tj. udzielający pożyczek z przekazanych im funduszy. BGK w jednym czasie ma więc zawartych i realizowanych kilkadziesiąt umów z podmiotami (wykonawcami) obsługującymi różne instrumenty finansowe skierowane najczęściej do przedsiębiorców. Wykonawcy będący pośrednikami finansowymi dla danego instrumentu są wybierani zgodnie z przepisami ustawy Pzp, najczęściej w trybie przetargu nieograniczonego.

Prawo opcji 2 ma zabezpieczyć możliwość realizacji części opcyjnej zamówienia wykonawcy wybranemu w Postępowaniu, w przypadku gdy inny wykonawca działający na podstawie odrębnej umowy nie jest w stanie tej umowy realizować np. z powodu zakończenia działalności, lub rozwiązania umowy przez zamawiającego ze względu na zajście okoliczności uprawniających do takiego rozwiązania, przede wszystkim nienależytego wykonywania umowy w tak wysokim stopniu, że nie będzie możliwe jej prawidłowe zrealizowanie. Jeżeli inny wykonawca dysponujący portfelem na udzielanie pożyczek nie będzie w stanie realizować umowy, czyli pożyczek takich udzielać i je rozliczać, to zamawiający może pulę tych środków przekazać wykonawcy wybranemu w Postępowaniu do obsługi.

W przypadku zaprzestania działalności przez dotychczasowego wykonawcę będącego instytucją finansową, obsługę udzielonych przez niego pożyczek musi w sposób płynny i pilny przejąć inna instytucja finansowa. Opóźnienie w przejściu obsługi udzielonych pożyczek wiązałoby się z nie tylko z potencjalnymi stratami części powierzonych środków, ale przede wszystkim z problemami dla samych pożyczkobiorców, związanymi m.in. z miejscem dokonywania spłat, wymaganymi zmianami w zawartych umowach pożyczki czy uwalnianiem zabezpieczeń<sup>1</sup> powierzonych wykonawcom.

Zamawiający starał się więc w postępowaniu zaspokoić potrzebę, która może realnie wystąpić. Decyzja o przewidzeniu prawa opcji w omawianym zakresie oparta jest na doświadczeniu zamawiającego. Zamawiający spotkał się z sytuacją, gdy był zmuszony do odstąpienia od umowy ze

---

<sup>1</sup> Przykładowo pożyczkobiorca, który jako zabezpieczenie pożyczki przedstawił hipotekę, po uregulowaniu zobowiązania ma pełne prawo do zwolnienia zabezpieczenia. W przypadku czasowego braku podmiotu obsługującego pożyczkę jako wierzyciel pożyczkobiorca w praktyce nie ma możliwości uwolnienia hipoteki i dysponowania swoją nieruchomością.

względu na nienależyte jej wykonywanie (sprzeniewierzenie powierzonych wykonawcy środków na udzielanie pożyczek) oraz pilne przekazanie zawartych umów pożyczkowych przez tego pośrednika, jak też przyjętych przez niego wniosków o udzielenie pożyczki, do obsługi innemu pośrednikowi finansowemu. W celu uniknięcia konieczności stosowania zamówienia z wolnej ręki ze względu na pilną potrzebę zamawiającego, w Postępowaniu ujęliśmy taką możliwość przekazania umów pożyczkowych lub wniosków do obsługi wykonawcy wybranemu w trybie konkurencyjnym, otwartym dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. Chcielibyśmy przy tym podkreślić, że przewidziane Prawo Opcji nr 2 obejmuje przekazanie do realizacji obsługi umów lub wniosków, dla których podjęta została wcześniej decyzja pożyczkowa. Prawo Opcji nr 2 nie przewiduje udzielenia zamówienia na poszukiwanie przez wykonawcę realizującego zakres opcji kolejnych biorców finansowania (pożyczkobiorców) i zawierania z nimi umów. Zakres udzielanego zamówienia w ramach opcji jest więc ograniczony do niezbędnego minimum, aby zabezpieczyć potrzeby zamawiającego oraz możliwie najsprawniejszą obsługę dystrybucji środków UE.

W § 24 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umownych zamawiający określił okoliczności, na podstawie których może przekazać obsługę portfela pożyczek udzielonych i obsługiwanych przez partnera finansującego innemu podmiotowi, tj. w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z wykonawcą. Przesłanki do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy wynikają z ustawy Pzp oraz są każdorazowo określone w postanowieniach umowy.

W załączniku nr 2 do OPZ zamawiający precyzyjnie określił, że przedmiotem realizacji Prawa Opcji nr 2 jest świadczenie przez wybranego w przedmiotowym postępowaniu wykonawcę usług polegających na:

- 1) obsłudze umów pożyczkowych udzielonych przez innego partnera finansowego w ramach Projektu „Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie” oraz umów, o których mowa w pkt 2;
- 2) zawieraniu umów pożyczek celem sfinalizowania wniosków pożyczkowych, w ramach których inny partner finansujący, od którego przejmowany jest portfel pożyczek, o których mowa w pkt 1, wydał pozytywną decyzję o udzieleniu pożyczki.

W pkt nr 1 powyżej zamawiający wskazał, że powierzony portfel dotyczyć będzie pożyczek udzielonych przez partnera finansującego w ramach Projektu „Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie”. Szczegółowe warunki realizacji Prawa Opcji nr 2 przez wykonawcę zostały określone w załączniku nr 11 do PPU.

Zgodnie z art. 441 ust 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

*Podane powyżej informacje pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie, że zamawiający zastosował się do dyspozycji przywołanego przepisu. Prawo opcji 2 zostało przewidziane w swz. Zamawiający określił rodzaj usług, jakie mogą być udzielone w ramach opcji oraz maksymalny zakres opcji (w części IV pkt 6 swz określono maksymalną liczbę pożyczek do obsługi w ramach opcji). W Projektowanych Postanowieniach Umownych stanowiących integralną część swz, określone zostały okoliczności w jakich zamawiający skorzysta z prawa opcji, natomiast w Załączniku nr 2 opisane zostały zasady obliczania wynagrodzenia i płatności za usługi objęte opcją.*

*Nie można też uznać, że przewidziane prawo opcji w jakikolwiek sposób modyfikuje ogólny charakter umowy. Usługi objęte opcją są przedmiotowo jednorodne z usługami objętymi podstawową częścią zamówienia oraz mogą być wykonywane przez wykonawców o takich samych kompetencjach.*

*Jak wynika z powyższego dokumentacja postępowania w zakresie dotyczącym Prawa Opcji 2 jest w pełni zgodna z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy regulujących opcję.”.*

Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

W myśl art. 441 ust. 2 ustawy Pzp, czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

Z treści art. 441 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Za opcję zatem uznaje się uprawnienie zamawiającego do rozszerzenia lub zmniejszenia zamówienia o wskazany w dokumentach zamówienia zakres. Opcja służy zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Skorzystanie z opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy. Modyfikuje jedynie warunki wykonania umowy już zawartej. Scharakteryzowanie opcji w dokumentach zamówienia powinno być na tyle precyzyjne i dokładne, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty. Ustawa Pzp nie definiuje sposobu opisanego zakresu opcji w dokumentach zamówienia. Tym samym warunki ustanowienia opcji, jej przedmiot i zakres leżą w gestii zamawiającego. Ustawodawca pozostawia zamawiającemu wybór sposobu skonstruowania opcji i opisanego tego w umowie na zasadach: zwiększenia lub zmniejszenia. Zawsze jednak opcja powinna zostać opisana w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny, tak żeby wykonawca



był w stanie przygotować ofertę. Mając na względzie powyższe należy zaznaczyć, że przepis art. 441 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający zobowiązany jest do określenia rodzaju i maksymalnej wartości opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji, zaś granicą swobody zamawiającego w tym zakresie będzie obowiązek dotyczący zakazu modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Należy uznać, iż zmiana ogólnego charakteru umowy to taka zmiana, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w Rozdziale IV ust. 6 SWZ opisał Prawo Opcji 2, w wyniku zastosowania którego wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu. Zamawiający określił ilość pożyczek dla danej części, która może zostać powierzona wykonawcy w celu obsługi portfela pożyczek. Wykonawca zgodnie z § 2 ust. 1 – 3 *Realizacji przedmiotu Prawa Opcji nr 2*, w celu realizacji zadania obsługi portfela Jednostkowych Pożyczek, byłby zobowiązany do podjęcia działań niezbędnych do przejścia wszystkich umów Jednostkowych Pożyczek zawartych przez innego Partnera Finansującego w ramach Projektu oraz do przejścia wszelkich innych dokumentów związanych z ubieganiem się o pożyczkę, udzieleniem pożyczki oraz jej późniejszą obsługą, niezbędnych do prawidłowej realizacji Umowy.

W konsekwencji Zamawiający opisując Prawo Opcji 2 przewidział powierzenie wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach innej części tego zamówienia, co w istocie stanowiłoby zmianę umowy, bądź też zawarcie nowej umowy z wykonawcą, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe znajduje potwierdzenie w postanowieniach § 14 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej, gdzie Zamawiający doprecyzował, iż przyznanie Prawa Opcji 2 będzie wymagało aneksowania umowy, czyli poprzez niezachodzącą przy zastosowaniu prawa opcji zmianę umowy.

W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, iż zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. *Zasada, z której wynika, że zamawiającemu wolno jest udzielić zamówienia tylko temu wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami Pzp, oznacza, iż zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego tylko z tym wykonawcą, który brał udział w prowadzonym przez niego postępowaniu. W konsekwencji wykonawca, który uzyskał zamówienie publiczne, nie może z zasady dokonać legalnie cesji uzyskanego zamówienia na rzecz podmiotu trzeciego.*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II, Warszawa 2023, <https://ekomentarzppz.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-17>

Prawo opcji stanowi zaś odpowiednie zastrzeżenie umowne przyznające zamawiającemu ograniczone przepisami ustawy Pzp prawo do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, jednakże poprzez jego rozszerzenie lub ograniczenie w trakcie realizacji umowy, mocą jej samych postanowień (bez modyfikacji umowy w rozumieniu art. 454 i 455 ustawy Pzp oraz bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Przepisy ustawy Pzp pozostawiają zamawiającemu wybór co do sposobu skonstruowania opcji na zasadach zwiększenia lub zmniejszenia zakresu całkowitego zamówienia, a także określenia rodzaju oraz przedmiotu opcji.

Odnosząc się do wyjaśnień Zamawiającego przekazanych w piśmie z dnia 15.11.2023 r., tj. „Prawo opcji 2 ma zabezpieczyć możliwość realizacji części opcyjnej zamówienia wykonawcy wybranemu w Postępowaniu, w przypadku gdy inny wykonawca działający na podstawie odrębnej umowy nie jest w stanie tej umowy realizować np. z powodu zakończenia działalności, lub rozwiązania umowy przez zamawiającego ze względu na zajście okoliczności uprawniających do takiego rozwiązania, przede wszystkim nienależytego wykonywania umowy w tak wysokim stopniu, że nie będzie możliwe jej prawidłowe zrealizowanie. Jeżeli inny wykonawca dysponujący portfelem na udzielanie pożyczek nie będzie w stanie realizować umowy, czyli pożyczek takich udzielać i je rozliczać, to zamawiający może pulę tych środków przekazać wykonawcy wybranemu w Postępowaniu do obsługi.”, należy podkreślić, iż Ustawodawca w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, pozostawił zamawiającemu wybór sposobu skonstruowania opcji i opisanie tego w umowie, jednakże na zasadzie zwiększenia (lub zmniejszenia) zamówienia podstawowego o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania (lub jej brak) może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Natomiast Prawo opcji 2 przewidziane w przedmiotowym postępowaniu polegające na powierzeniu wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu nie stanowi zwiększenia zakresu całkowitego zamówienia (zakres „opcjonalny” to jednocześnie zakres podstawowy), lecz zmianę wykonawcy realizującego zakres podstawowy na inny podmiot, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach danej części zamówienia.

Ponadto podkreślić należy, iż zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko zakres ale również i okoliczności skorzystania z prawa opcji powinny zostać opisane w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisując Prawo Opcji 2 w szczególności nie określił w dokumentach zamówienia postanowień dotyczących możliwości powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego, w kontekście postanowień SWZ zawartych w:

- Rozdziale IV ust. 1 i 2 SWZ - ograniczających możliwość ubiegania się o zamówienie w poszczególnych częściach, poprzez wskazanie maksymalnej ilości części, na które dany

wykonawca może złożyć swoją ofertę;

- Rozdziale I V ust. 3 pkt 2 a) SWZ oraz Rozdziale V ust. 3 pkt 3) ppkt 1a) SWZ - odnoszących się do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia na więcej niż jedną część, obwarując taką możliwość łącznym spełnieniem warunków na wszystkie części, na które wykonawca złożył swoją ofertę.

Brak określenia w dokumentach zamówienia postanowień odnoszących się do konieczności weryfikacji możliwość powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego w ramach Prawa Opcji 2, zarówno w zakresie możliwości ubiegania się o określoną ilość zamówień częściowych, jak i łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku jednoczesnego ubiegania się o kilka części zamówienia, oznacza, iż skorzystanie przez Zamawiającego z prawa Opcji nr 2 oznaczałoby pozaustawowe zlecenie świadczenia usług objętych zakresem opcjonalnym bez zastosowania procedur weryfikacji wykonawców przewidzianych w przywołanych powyżej zapisach SWZ.

Z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wynika, iż Zamawiający w § 24 „Rozwiązanie Umowy” ust. 8 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej wskazał, iż „W przypadku rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od niniejszej Umowy BGK może przekazać obsługę portfela Jednostkowych Pożyczek udzielonych i obsługiwanych przez Partnera Finansującego innemu podmiotowi.”

Mając na uwadze powyższe zauważyć należy, iż Ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przewidział przesłanki zmiany umowy, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę, jednocześnie które nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

- a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub
- b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub
- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1.

Zastosowanie instytucji prawa opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie podstawowym, fakultatywnie poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji zarówno zakresu podstawowego jak i opcjonalnego. Skorzystanie z prawa opcji, jak już wskazano powyżej, nie stanowi natomiast zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonych przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji, którego zakres został doprecyzowany w dokumentacji postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział zaś w § 24 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umownych zmianę umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od niniejszej umowy. Podkreślenia jednakże wymaga, że wybór nowego wykonawcy, który ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę nie został w żaden sposób przez zamawiającego określony w dokumentacji postępowania. Wskazuje to na dowolność decyzji zamawiającego w zakresie wyboru nowego wykonawcy. Dokumentacja postępowania nie określa żadnej procedury wyboru przez zamawiającego tego nowego wykonawcy spośród wykonawców wybranych do realizacji Projektu, w tym w szczególności zasad odnoszących się do ograniczeń ustalonych przez zamawiającego, które związane były z ubieganiem się o poszczególne części tego zamówienia.

*W konsekwencji „...należy podkreślić, że jednym z podstawowych założeń unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i TFUE jest ograniczenie swobody zamawiającego co do wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego jedynie z wykonawcą wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu, który:*

- 1) nie podlega wykluczeniu,*
- 2) spełnia warunki udziału w postępowaniu i*
- 3) złożył ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza.*

*Głównym celem unijnych i krajowych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych jest bowiem zagwarantowanie przestrzegania zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców. Cel ten może zostać osiągnięty przede wszystkim poprzez ograniczenie swobody zamawiającego w zakresie wyboru i zmiany wykonawcy. W tym kontekście zastąpienie wyłonionego w konkurencyjnym postępowaniu wykonawcy, któremu zamawiający pierwotnie udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w szczególności wykonawcą, który nie brał udziału w tym postępowaniu, należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w szczególności w odniesieniu do wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu. Jakakolwiek zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, w tym zmiana, która została przewidziana w samej umowie w sprawie zamówienia publicznego, nie może prowadzić do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych. W konsekwencji każda zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy*

w wyniku zastosowania klauzuli przeglądowej powinna być tak przewidywalna, jak to tylko możliwe. Oznacza to obowiązek wprowadzenia do umowy jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych, które określą okoliczności i warunki zmiany wykonawcy realizującego zamówienia publiczne. Należy jednak podkreślić, że zmiana wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp nie może być dowolna z uwagi na to, że obowiązuje zasada wyrażona w art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.<sup>3</sup>

Zatem Zamawiający przewidujący w Rozdziale IV ust. 6 SWZ, iż w wyniku zastosowania przez zamawiającego Prawa Opcji nr 2 wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach projektu, w wyniku zmiany zawartej z wykonawcą umowy, dopuścił się naruszenia art. 441 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji, powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wyceny w swojej ofercie wynagrodzenia za przejęcie obsługi przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2, które podlegało ocenie w ramach kryterium „W2” z wagą 5%.

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.

---

<sup>3</sup> H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II, Warszawa 2023, <https://ekomentarzppz.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-455>