

Sygn. akt: KIO/KU 3/23

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
z dnia 9 lutego 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 stycznia 2023 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z siedzibą w Gdańsku dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 25 listopada 2022 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Modernizację stacji Ostróda wraz z pozostałymi pracami w branży sterowania ruchem kolejowym na odc. Iława Główna – Olsztyn Główny”*

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

**Członkowie: Katarzyna Prowadzisz**

**Katarzyna Poprawa**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie**

### Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „Kontrolującym”, działając na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwaną dalej „ustawą PZP”, przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „Zamawiającym”, na „*Modernizację stacji Ostróda wraz z pozostałymi pracami w branży sterowania ruchem kolejowym na odc. Iława Główna – Olsztyn Główny*”.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 56 ust. 6 ustawy PZP poprzez złożenie przez wskazane osoby, które wykonują czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, pisemnych oświadczeń o braku istnienia okoliczności z art. 56 ust. 3 ustawy PZP, po rozpoczęciu wykonywania czynności związanych z przeprowadzaniem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia,
- 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 poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca BUDIMEX”) dokumentów / informacji 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,
- 3) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez zwrot wadium wykonawcom Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „wykonawca PPM-T”) oraz TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „wykonawca TORPOL”) w terminie przekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą,
- 4) art. 95 ustawy PZP poprzez ograniczenie się do zamieszczenia w SWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dla zadania nr 1 – osoby wskazanej na stanowisko pracownika biurowego, a dla zadania nr 2 osób wskazanych na stanowiska

pracownik biurowy i monter SRK oraz 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.

1) W zakresie naruszenia art. 56 ust. 6 ustawy PZP

W toku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu ustalił, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia wynika, iż osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem tego postępowania złożyły oświadczenia o braku istnienia okoliczności wymienionych w art. 56 ust. 3 ustawy PZP odpowiednio w dniach:

- 15 kwietnia 2022 r. – Pan W.K.,
- 11 maja 2022 r. – Pan P. C., Pan A. K. i Pan A. K.,
- 12 maja 2022 r. – Pan T.Ż.

Następnie pismem z dnia 29 listopada 2022 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego o wskazanie daty rozpoczęcia wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania przez wskazane powyżej osoby. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający w dniu 2 grudnia 2022 r. wskazał, że wymienione powyżej osoby „(...) *podjęli się wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania z dniem 10 lutego 2022 r., co wynika z załączonych oświadczeń. Oświadczenia potwierdzają również, że na dzień 10 lutego 2022 r. ww. osoby nie były i nadal nie są prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 i 1517)*”. Zamawiający przekazał ww. oświadczenia, złożone w dniach 29 listopada 2022 r. – 1 grudnia 2022 r.

Następnie pismem z dnia 20 grudnia 2022 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, czy Zamawiający dysponuje innymi oświadczeniami o braku istnienia okoliczności wymienionych w art. 56 ust. 3 ustawy PZP złożonymi przez ww. osoby. W odpowiedzi z dnia 22 grudnia 2022 r. Zamawiający przekazał ponownie oświadczenia już złożone w toku kontroli poprzedniej.

Według Prezesa Urzędu zgodnie z art. 56 ust. 3 ustawy PZP kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia

podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228-230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1444 i 1517), o ile nie nastąpiło zatarcie skazania. Ponadto zgodnie z art. 56 ust. 4 ustawy PZP wyżej wymienione osoby składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa w ust. 3. Natomiast zgodnie z art. 56 ust. 6 ustawy PZP oświadczenie składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Prezes Urzędu stwierdził, iż wyżej wymienione osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia złożyły pisemne oświadczenia o braku istnienia okoliczności z art. 56 ust. 3 ustawy PZP dopiero po rozpoczęciu wykonywania czynności związanych z przeprowadzaniem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonanie tych czynności po terminie określonym przepisami prawa stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 56 ust. 6 ustawy PZP. Jednakże naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) W zakresie naruszenia 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

Na podstawie analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Prezes Urzędu ustalił, że wykonawca BUDIMEX załączył do swojej oferty wyjaśnienia, w których wskazał, iż nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia, określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Jednocześnie wykonawca ten zastrzegł, iż obejmuje następujące dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 2 ustawy PZP:

- 1) Pismo o nazwie „WYJAŚNIENIE BUDIMEX S.A.” oraz załączone do niego dowody, w zakresie oznaczonym wyraźnie jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) Zarządzenie nr 3/2022 prezesa Zarządu, dyrektora generalnego BUDIMEX S.A. z dnia 6 kwietnia 2022 r.,
- 3) Zarządzenie nr 4/2022 Prezesa Zarządu, dyrektora generalnego BUDIMEX S.A. z dnia 6 kwietnia 2022 r. w sprawie wprowadzenia jednolitych zasad wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
- 4) Wytoczne Prezesa Zarządu, Dyrektora Generalnego BUDIMEX S.A. do Zarządzenia nr 3/2022 z dnia 6 kwietnia 2022 r. (dalej jako „Zarządzenie nr 3”) i Zarządzenia nr 4/2022 z dnia 6 kwietnia 2022 r. (dalej jako Zarządzenie nr 4”) z dnia 6 kwietnia 2022 r.,

5) Polecenie nr 2/2022 Członka Zarządu, dyrektora Pionu Prawno-Organizacyjnego BUDIMEX S.A. z dnia 6 kwietnia 2022 r.

Następnie pismem z dnia 20 grudnia 2022 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, czy i ewentualnie na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wszystkie informacje zawarte w treści przywołanych powyżej dokumentów wraz załącznikami zostały skutecznie zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odpowiadając na to, pismem z dnia 21 grudnia 2022 r., Zamawiający przekazał następujące wyjaśnienia: *„Kwestia skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, była przedmiotem analizy Komisji Przetargowej oraz radcy prawnego powołanego do funkcji biegłego. Komisja oraz radca prawny ocenili zastrzeżenie jako skuteczne, oceniając zastrzeżone informacje oraz uzasadnienie Wykonawcy co do ich zastrzeżenia, w świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) (dalej: u.z.n.k.): „aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:*

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,*
- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,*
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”*

*oraz ugruntowanej linii orzeczniczej KIO oraz SO, w tym orzeczeń:*

*wyrok z dnia 29 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 720/21), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19), wyrok KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18, a także wyrok z dnia 13 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 185/19) w którym Izba uznała, że:*

*„Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.*

*Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. II SA/Op 4/18 „na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby*

*nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione”.*

*W swoich wyjaśnieniach, Wykonawca (pismo: „Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zastrzeżonych jako „Tajemnica Przedsiębiorstwa” składanych wraz z pismem z wyjaśnieniami Wykonawcy”), wykazał zaistnienie każdej z przesłanek objętych definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, które Komisja przyjęła za uzasadniające skuteczność zastrzeżenia.*

*Zamawiający wskazuje, iż jego zdaniem Wykonawca wykazał i uzasadnił wypełnienie łącznie wszystkich przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji poufnych jako tajemnica przedsiębiorstwa”.*

Prezes Urzędu ocenił, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy PZP. Natomiast wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika z tego, 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16 i KIO 2119/16, wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). W świetle 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. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę

przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Oznacza to, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy PZP. Według Kontrolującego transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): *„Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”* oraz *„Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu”*.

Prezes Urzędu ocenił ponadto, że wykonawca BUDIMEX nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą, albowiem wykonawca ten przedstawił jedynie ogólne i lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W omawianym stanie faktycznym wykonawca

zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, którego zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zaniechał wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Ponadto w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano, jakie środki zostały przez wykonawcę podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji / dokumentów. W szczególności nie wskazano, jakie grono osób spośród pracowników / współpracowników wykonawcy ma lub miało dostęp do informacji / dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w uchwałach z dnia 28 grudnia 2022 r. (KIO/KU 33/22 oraz KIO/KU 34/22), gdzie Izba wskazała, że *„podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1317/19, iż przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie wykonawca BUDIMEX oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w ofercie na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie wskazując żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Ponadto za negatywną należy uznać praktykę zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści składanych wyjaśnień zarówno w zakresie self-cleaningu jak i ewentualnego wystąpienia przesłanek wykluczenia, mającą de facto na celu nie chronienie cennych dla organizacji, informacji lecz utrudnienie innym wykonawcom kontroli czynności Zamawiającego. Aczkolwiek a priori nie można wykluczyć sytuacji, w której pełna treść wyjaśnień mogłaby zawierać informacje posiadające wartość gospodarczą, to jednak przypadki takie należy rozpatrywać raczej w kategorii wyjątku niż reguły. Podkreślenia wymaga okoliczność, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacji*



*ochrony, przepisy ustawy PZP w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.*

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu uważa, że wykonawca BUDIMEX nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Podkreślenia wymaga bowiem to, że wartość gospodarcza zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. 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 powinien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z tego obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przez art. 18 ust. 3 ustawy PZP ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo ma obowiązek 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.

Prezes Urzędu w toku kontroli uprzedniej ustalił ponadto, że wykonawca BUDIMEX w przeprowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie postępowaniach pod nazwami:

- 1) „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł „Zamość Południe” bez węzła – węzeł „Tomaszów Lubelski Północ” bez węzła; dł. ok. 18,498 km”;
- 2) „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem – węzeł „Zamość Południe” wraz z węzłem; dł. ok. 12,430 km”;

zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu zakres dokumentów i informacji. Zamawiający zawiadomił wówczas wykonawcę, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów

i informacji przekazanych w tych postępowaniach i postanowił odtajnić wyżej wymienione dokumenty wraz z załącznikami oraz dowodami wskazanymi w pismach wykonawcy. Mając na uwadze to, iż wszystkie wyżej wymienione dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę BUDIMEX zostały już odtajnione we wcześniejszych postępowaniach, Prezes Urzędu uznaje, iż są to informacje jawne, którym nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego też Zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę BUDIMEX dokumentów / informacji 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 tym, 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. Stwierdzone przez Kontrolującego naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

### 3) W zakresie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Kontrolujący na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania ustalił, że wykonawcy byli związani ofertą do dnia 17 sierpnia 2022 r. W toku prowadzonego postępowania Zamawiający działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy PZP zwrócił się pismem z dnia 1 sierpnia 2022 r. do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o przedłużenie terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium o 60 dni. Zamawiający wyznaczył termin na przedłużenie tych terminów do dnia 17 sierpnia 2022 r., co spowodowało, że po przedłużeniu terminu związania ofertą upływał w dniu 16 października 2022 r. W odpowiedzi wykonawca PPM-T pismem z dnia 16 sierpnia 2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłożył Zmianę nr 2 do Gwarancji Bankowej Przetargowej nr GW/002197/22 wystawionej dnia 15 kwietnia 2022 r. przedłużającą ważność gwarancji do dnia 28 października 2022 r., natomiast wykonawca TORPOL pismem z dnia 12 sierpnia 2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłożył „ANEKS NR 1 DO GWARANCJI BANKOWEJ NR DOK1520GWB22HA” wystawionej dnia 19 kwietnia 2022 r. przedłużający ważność gwarancji do dnia 17 października 2022 r. Następnie pismem z dnia 14 października 2022 r. wykonawca TORPOL oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 16 grudnia 2022 r. oraz załączył „ANEKS NR 2 DO GWARANCJI BANKOWEJ NR DOK1520GWB22HA” z dnia 14 października 2022 r. przedłużający ważność gwarancji do dnia 16 grudnia 2022 r. W dniu 14 października 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę TORPOL.

W toku kontroli pismem z dnia 20 grudnia 2022 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, czy Zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcy PPM-T i wykonawcy TORPOL zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, natomiast w przypadku odpowiedzi twierdzącej – zwrócono się o uzupełnienie potwierdzenia dokonania powyższej czynności. W odpowiedzi na to przy piśmie z dnia 21 grudnia 2022 r. Zamawiający uzupełnił brakujące dokumenty i przedłożył na potwierdzenie zwrotu wadium:

- oświadczenie z dnia 2 listopada 2022 r. o zwolnieniu gwaranta BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie z zobowiązań wynikających z udzielonej na zlecenie wykonawcy PPM-T gwarancji przetargowej nr GW/002197/22 z dnia 15 kwietnia 2022 r. wraz ze Zmianą nr 1 z dnia 16 kwietnia 2022 r. i Zmianą nr 2 z dnia 02 sierpnia 2022 r. (tj. 17 dni po terminie związania ofertą),
- oświadczenie z dnia 19 grudnia 2022 r. o zwolnieniu gwaranta Santander Bank Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ze zobowiązań wynikających z udzielonej na zlecenie wykonawcy TORPOL gwarancji nr DOK1520GWB22HA z dnia 19 kwietnia 2022 roku wraz z aneksem nr 1 z dnia 12 sierpnia 2022 r. i aneksem nr 2 z dnia 14 października 2022 r. (tj. 64 dni po upływie terminu związania ofertą, przedłużonego na wezwanie Zamawiającego).

W ocenie Kontrolującego zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zwrot wadium w powyższym przypadku nie wymaga żadnego działania ze strony wykonawcy i powinien nastąpić w terminie określonym w powyższym przepisie. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Jeżeli zaś wadium było wniesione w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający zwraca wadium przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Kontrolujący zauważył też, że obecnie obowiązujące przepisy ustawy PZP nie przewidują możliwości samodzielnego przedłużania przez wykonawcę terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy PZP w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Wobec powyższego należy przyjąć, że Zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium wykonawcy TORPOL po upływie terminu związania ofertą przedłużonego na wezwanie Zamawiającego, tj. po dniu 16 października

2022 r. W związku z tym, z uwagi na to, iż przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, przyjąć należy, iż zwrot wadium wykonawcom PPM-T oraz TORPOL w terminie przekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy PZP. Zdaniem Kontrolującego naruszenie to nie miało jednak wpływu na wynik postępowania.

#### 4) W zakresie naruszenia art. 95 ustawy PZP

W odniesieniu do ostatniego ze stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy PZP Prezes Urzędu ustalił, że przedmiotem zamówienia było wykonanie następujących elementów dla:

1. Zadania nr 1 w formule „BUDUJ” pn.: *„Modernizacja stacji Ostróda wraz z pozostałymi pracami w branży sterowania ruchem kolejowym na odc. Iława Główna – Olsztyn Główny”*:

a) część A:

Wykonanie na podstawie opracowanej dokumentacji robót budowlanych w obszarze infrastruktury kolejowej na stacji Ostróda na odc. od km 255,780 do km 261,600;

b) część B:

Wykonanie na podstawie opracowanej dokumentacji przebudowy mostu kolejowego w km 261,615 linii kolejowej nr 353;

2. Zadania nr 2 w formule „PROJEKTUJ-BUDUJ” pn.: *„Przeniesienie sterowania stacjami Rudzienice Suskie, Stare Jabłonki, Samborowo, Biesal i Naterki do st. Ostróda”* dotyczącego opracowania dokumentacji projektowej oraz uzyskania niezbędnych decyzji potrzebnych do realizacji robót budowlanych objętych zadaniem.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania – Zamawiający w Warunkach Umowy stanowiących Tom II SWZ wskazał, że wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w trakcie realizacji Umowy:

- dla zadania nr 1 – zgodnie z pkt 11 Subklazuli 4.1 Warunków Umowy – pracownik biurowy;
- dla zadania nr 2 – zgodnie z pkt 11 Subklazuli 4.1 Warunków Umowy – monter SRK oraz pracownik biurowy.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, czy Zamawiający, na podstawie art. 95 ustawy PZP wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę również innych osób na

podstawie umowy o pracę niż powyżej wskazane, natomiast w przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o wskazanie miejsca w dokumentacji przetargowej, w którym ten obowiązek został wskazany. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający w dniu 3 stycznia 2023 r. wskazał, że:

*„(...) w trakcie realizacji umowy Zamawiający wymaga od wykonawcy lub podwykonawcy zatrudnienia na umowę o pracę osób, wykonujących następujące czynności:*

*1) zgodnie z pkt 11 Subklazuli 4.1 Warunków Umowy (dalej: „WU”) dla zadania nr 1 (strona 43 „WU”) – pracownik biurowy;*

*2) zgodnie z pkt 11 Subklazuli 4.1 Warunków Umowy (dalej: „WU”) dla zadania nr 2 (strona 143 „WU”) – monter SRK oraz pracownik biurowy.*

*Ponadto, Zamawiający wyjaśnia, że na podstawie art. 95 ustawy PZP nie wymagał od Wykonawcy bądź podwykonawcy zatrudnienia na umowę o pracę innych osób, poza tymi wymienionymi powyżej”.*

Kontrolujący ocenił, że interpretacja art. 95 ustawy PZP wymaga wykładni celowościowej, albowiem jak wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 366), który wprowadził tą regulację do ustawy (wówczas jako art. 29 ust. 3a ustawy PZP z 2004 r., wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m. in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań 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. Dlatego też ustawodawca regulując brzmienie art. 95 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 opisie przedmiotu 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 Kodeksu pracy. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy zamawiający musi określić

w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Podkreślenia wymaga, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Na podstawie analizy dokumentacji przedmiotowego postępowania Kontrolujący ustalił, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje m. in. roboty budowlane, polegające na pracy osób wykonujących czynności budowlane, a do takich robót można zaliczyć m. in.:

Dla zadania 1:

W części A:

- wymianę nawierzchni kolejowej w torach nr 1, 2, 3, 4 i 6 z dostosowaniem torów głównych dodatkowych nr 2, 3, 4 i 6 do obsługi pociągów towarowych o długości 750 m oraz wykonaniem odwodnienia układu torowego;
- zabudowę 23 nowych rozjazdów;
- budowę nowej kanalizacji kablowej na stacji;
- rozbiórkę istniejącej i budowę nowej nastawni dysponującej „Or” w lokalizacji nie kolidującej z przebudową układu torowego, o kubaturze umożliwiającej utworzenia w budynku LCS dla sterowania ruchem na stacjach Rudzienice Suskie, Stare Jabłonki, Samborowo, Biesal i Naterki;
- zabudowę nowych zewnętrznych i wewnętrznych urządzeń SRK;
- przebudowę peronów: nr 2 (dwukrawędziowy) do długości użytecznej 300 m oraz nr 3 (z dwukrawędziowego na jednokrawędziowy) do długości użytecznej 150 m wraz z wyposażeniem obu peronów w nowe oświetlenie, SDIP oraz w małą architekturę;
- rozbiórkę istniejącego i budowę nowego przejścia dla pieszych pod torami wraz z jego dostosowaniem do obsługi osób o ograniczonych możliwościach ruchowych;
- przeniesienie objętych ochroną konserwatorską zadaszeń zejść do przejścia pod torami w nowe lokalizacje;
- przebudowę sieci trakcyjnej i jej dostosowanie do zmienionej geometrii układu torowego;
- budowę masztu radiołęczności bezprzewodowej;
- adaptację budynku byłego warsztatu na zaplecze służb.

W części B:

- wykonanie nowego ustroju nośnego (płyty odciążającej) wraz z dostosowaniem obiektu do obowiązującej skrajni GPL-2;
- renowację i wzmocnienie sklepień ceglanych przęseł obiektów;

- wzmocnienie podłoża gruntowego pod fundamentami podpór;
- wykonanie nowej izolacji, odwodnienia oraz schodów prefabrykowanych;
- wymianę szyn na obiekcie oraz podkładów drewnianych.

Dla zadania 2:

- wyposażenie budynku tymczasowego LCS Ostróda w urządzenia sterujące ruchem kolejowym w obszarze obecnych stacji: Rudzienice Suskie, Samborowo, Stare Jabłonki, Biesal i Naterki;
- budowę nowej, światłowodowej linii kablowej;
- budowę masztów radiołączności 150 MHz na stacjach: Rudzienice Suskie, Samborowo, Stare Jabłonki i Biesal;
- budowę urządzeń transmisyjnych SDH na stacjach: Rudzienice Suskie, Samborowo, Stare Jabłonki, Biesal oraz Naterki i na p.o. Pikus, Lubajny i Unieszewo;
- budowę urządzeń SDIP oraz urządzeń antywłamaniowych i przeciwpożarowych na stacjach: Rudzienice Suskie, Samborowo, Stare Jabłonki, Biesal, Naterki, oraz na p. o. Pikus, Lubajny i Unieszewo wraz z zabudową kontenerów TT na p.o. Stare Jabłonki;
- wykonanie półtrapezu połączenia toru nr 1 i 2 na stacji Biesal (od strony stacji Stare Jabłonki).

Zdaniem Kontrolującego prowadzi to do wniosku, że wymienione przykładowo czynności będą stanowić wykonywanie pracy, o której mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, ponieważ są one 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. W związku z tym w ocenie Kontrolującego Zamawiający ograniczając się do zamieszczenia w SWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dla zadania nr 1 – osoby wskazanej na stanowisko pracownika biurowego, a dla zadania nr 2 – osób wskazanych na stanowiska pracownik biurowy i monter SRK oraz 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 treść art. 95 ustawy PZP. Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

**Zamawiający w dniu 11 stycznia 2023 r. złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli, w których nie zgodził się z ustaleniami kontroli o naruszeniu art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 95 ustawy PZP.**

**Jednocześnie w odniesieniu do naruszenia art. 56 ust. 6 ustawy PZP Zamawiający nie zajął stanowiska i nie wniósł zastrzeżeń.**

2) W zakresie naruszenia 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

W zakresie naruszenia stwierdzonego w punkcie 2. 2) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Zamawiający wskazał, że w swoich zastrzeżeniach odnosi się jedynie do spornego, podniesionego w wyniku kontroli, zagadnienia instytucji wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica jego przedsiębiorstwa. Zamawiający powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1626/19 i 1628/19, według którego *„wartość gospodarcza informacji”, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski*”. Zdaniem Zamawiającego określając, czy dana informacja posiada wartość gospodarczą należy wziąć też pod uwagę pogląd wyrażony m. in. w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2331/20, zgodnie z którym: *„Pojęcie 'wartości gospodarczej' informacji ma charakter nieostry, informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej*”. Poza tym mając na względzie sformułowanie „wykazał” użyte przez prawodawcę w treści art. 18 ust. 3 ustawy PZP Zamawiający przywołał pogląd przedstawiony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2267/17 i KIO 2290/17: *„Jednocześnie skład orzekający nie podziela poglądu przedstawionego przez zamawiającego, iż pojęcie użyte w art. 8 ustawy pzp tj. 'wykazanie' jest równoznaczne z uprawdopodobnieniem. Bez wątplenia sformułowanie 'wykazał' ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie 'wykazał' nie jest tożsame z pojęciem 'udowodnił', to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie 'uprawdopodobnił’*”.

W odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy BUDIMEX i złożonych przez niego wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż choć wynik kontroli wskazuje, że zdaniem Kontrolującego wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, to poza sporem jest fakt, iż informacje o prowadzonych przez



przedsiębiorcę sporach, stanowią wartość gospodarcza przedsiębiorcy, gdyż definiują ryzyko kontraktowe związane z współpracą z danym przedsiębiorcą, co podlega wycenieniu oraz może wpływać na decyzje związane z podejmowaniem współpracy z danym przedsiębiorcą. Według Zamawiającego pozyskanie wyżej wymienionych informacji zarówno przez podmioty konkurencyjne, jak i potencjalnych kontrahentów, bezsprzecznie wpływa na sytuację rynkową danego przedsiębiorcy i naraża go na szkodę i może utrudnić podejmowanie współpracy. Dlatego w ocenie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Kontrolującego, że wykonawca BUDIMEX oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji wskazanych w ofercie na subiektywnych stwierdzeniach, gdyż są one obiektywne, właściwe dla uczestników rynku, w tym zamówień publicznych, oraz powszechnie znane.

Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem Kontrolującego, że wyjaśnienia wykonawcy BUDIMEX są lakoniczne i niewystarczające, aby Zamawiający mógł ocenić zastrzeżone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Według Zamawiającego wykonawca BUDIMEX w uzasadnieniu swoich wyjaśnień wyraźnie wskazuje, że zastrzeżone informacje dotyczą spraw sądowych prowadzonych przez spółkę, a także szczegóły dotyczące zawartych uгод oraz porozumień. Do tego wykonawca BUDIMEX wskazał, że zastrzeżone informacje obejmują sposób realizacji zawartych przez niego kontraktów, co powinno być traktowane jako know-how wykonawcy. Wykonawca BUDIMEX zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadniał też tym, że udostępnienie poufnych informacji może utrudnić mu zdobywanie kolejnych kontraktów i osłabić jego pozycję rynkową. Zamawiający zwrócił również uwagę na wyszczególnioną w uzasadnieniu część dotyczącą zastrzeżonych załączników do wdrożonej przez wykonawcę BUDIMEX procedury self-cleaningu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP.

W ocenie Zamawiającego nieuprawnione jest również twierdzenie Kontrolującego, że wykonawca BUDIMEX nie wykazał jakie środki zostały podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji, w szczególności że nie wykazano, jakie grono osób spośród pracowników / współpracowników tego wykonawcy miało lub ma dostęp do informacji / dokumentów objętych tajemnicą oraz w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji. Według Zamawiającego tej ocenie Kontrolującego przeczy fragment uzasadnienia wykonawcy BUDIMEX umiejscowiony na str. 11 jego wyjaśnień. Poza tym Zamawiający podkreślił, że do wykazania, zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, iż „*podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*”, nie jest wymagane wykazanie kręgu osób, który ma dostęp do danych informacji, lecz wskazanie narzędzi służących zachowaniu poufności danych informacji, co też wykonawca uczynił we wskazanym piśmie.

### 3) W zakresie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 98 ust 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez zwrot wadium wykonawcom PPM-T i TORPOL w terminie przekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, to Zamawiający wskazał, że skoro wykonawca PPM-T pismem z dnia 16 sierpnia 2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednocześnie oświadczając o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 28 października 2022 r., a zwrot wadium nastąpił oświadczeniem z dnia 2 listopada 2022 r. o zwolnieniu gwaranta BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, to tym samym termin zwrotu wadium został dochowany. Podobnie rzecz wygląda z wadium wniesionym przez wykonawcę TORPOL – wykonawca ten pismem z dnia 14 października 2022 r. oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 16 grudnia 2022 r., wraz z wniesieniem wadium na przedłużony okres, natomiast zwrot wadium nastąpił oświadczeniem z dnia 19 grudnia 2022 r o zwolnieniu gwaranta z zobowiązań, a więc oświadczenie to zostało skierowane z zachowaniem 7-dniowego terminu przewidzianego przepisami prawa.

Zamawiający uważa, że wyrażony w treści Informacji o wyniku kontroli uprzedniej pogląd Kontrolującego, według którego wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do samodzielnego przedłużenia terminu związania oferta, nie znajduje uzasadnienia w cywilistycznej wykładni przepisów prawa zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę, nawet gdy sama ustawa PZP tego nie wskazuje, wynika z charakteru instytucji związania ofertą.

Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko podał, że czynność przedłużenia terminu związania ofertą jest czynnością jednostronną wykonawcy, nie wymagającą udzielenia zgody zamawiającego na jej dokonanie. Art. 8 ustawy PZP nakazuje stosować przepisy Kodeksu cywilnego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców. Zamawiający powołał się przy tym na poglądy A. S. (Samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę, Legalis 11 stycznia 2023 r.), według których pomimo, iż obecnie obowiązujące przepisy ustawy PZP nie odnoszą się do samodzielnego przedłużenia terminu związania oferta przez wykonawcę, to brak podstaw aby uznać że taka czynność jest niedopuszczalna. Brak przepisu który wyraźnie dopuszczałby możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę. Pomimo tego brak jest również podstaw, aby taką czynność negocjować, zważywszy, że termin związania oferta obciążą wyłącznie wykonawcę. Na potwierdzenie możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę, w sytuacji braku wskazania w ustawie PZP wprost

takiego elementu, Zamawiający przywołał również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 21 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIP/UZP 315/08 i KIO/UZP 330/08; z dnia 12 marca 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 168/08 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 maja 2007 r. w sprawie o sygn. akt XIX Ga 194/07, które dotyczyły stanu prawnego obowiązującego do 2008 r.

Poza tym Zamawiający podniósł, że wykładnia językowa przepisu art. 220 ust 2 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że jego adresatem jest jedynie zamawiający, nie zaś wykonawca. I z tego wywodzi, że wykonawca poprzez jednostronną czynność prawną – oświadczenie woli może wydłużyć bez zgody tudzież też bez inicjatywy zamawiającego, termin związania swoją ofertą. Zdaniem Zamawiającego czynność ta jest ważna na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego, ponieważ żaden przepis Prawa zamówień publicznych, a także Kodeks cywilny jej nie zakazują. Zamawiający podkreślił przy tym, że wprowadzenie w 2008 r. do ustawy PZP z 2004 r. możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę było odpowiedzią na występujące naruszenia, które polegały na przedłużaniu przez zamawiających procedury wyłonienia wykonawcy, a następnie odrzucaniu ofert po upływie terminu ich związania. Zamawiający dodał, że brak wskazania w przepisach PZP możliwości samodzielnego przedłużenia terminu istniał w stanie prawnym przed nowelizacją starej ustawy PZP z dnia 4 września 2008 r. Wówczas przepis art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 r.) brzmiał: *„W uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni”*. Przepis ten, co podkreśla Zamawiający, skierowany był wyłącznie do zamawiających i umożliwiał im wystąpienie do wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą maksymalnie o 60 dni. Nie regulował natomiast kwestii czy wykonawca może z własnej inicjatywy przedłużyć ten termin. Interpretacją powyższego przepisu pozwalała na samodzielne przedłużenie terminu związania oferta, co podkreślano w przywołanym powyżej orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w Katowicach.

Zamawiający podsumował, że zarówno możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, jak i przedłużenia terminu na wniosek zamawiającego, ale o okres dłuższy niż wymagany w wezwaniu, podkreślana jest w literaturze i judykaturze. Ustawodawca w żaden sposób nie ograniczył prawa wykonawcy w ustalaniu wydłużonego terminu, a zatem ma on prawo ustalić taki termin, jaki będzie adekwatny dla przeprowadzenia wszystkich czynności pozwalających na rozstrzygnięcie postępowania. Zamawiający zauważył także, że w przypadku, gdy nowy termin związania ofertą nadal nie będzie wystarczający do

zakończenie procedury, wykonawca ma prawo ponownie, wielokrotnie go wydłużać. Wobec tego, skoro wykonawca ma możliwość złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu w jakim pozostaje związany ofertą, nie znajduje uzasadnienia zarzut dokonania zwrotu wadium po upływie terminu wskazanego w ustawie PZP. Zamawiający podkreślił, że art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP wskazuje obowiązek dokonania zwrotu wadium w terminie 7 dni od upływu terminu związania ofertą, ale nie wskazuje, iż dotyczy to terminu wyznaczonego przez zamawiającego w SWZ i / lub w wezwaniu do przedłużenia terminu. W związku z tym skoro wykonawca samodzielnie przedłużył termin, w jakim pozostaje związany ofertą, to wadium zostało oddane z zachowaniem ustawowego terminu.

#### 4) W zakresie naruszenia art. 95 ustawy PZP

W odniesieniu do podniesionego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 95 ustawy PZP polegającego na ograniczeniu się przez Zamawiającego do zamieszczenia w SWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę do osób tam wskazanych, z pominięciem innych osób wykonujących pracę w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, to Zamawiający wskazał, iż przygotowując postępowanie nie może z całą stanowczością stwierdzić, że wykonywane czynności, wskazane obecnie przez Kontrolującego, stanowią wykonywanie pracy w myśl art. 22 § 1 Kodeksu pracy, albowiem zważywszy na sytuację geopolityczną, problemy z angażowaniem osób do realizacji zamówienia, przy jednoczesnej dużej fluktuacji osób z Ukrainy, zasadnym jego zdaniem jest przyjęcie poszukiwania przez podmioty funkcjonujące na rynku różnych form współpracy, zgodnych z przepisami prawa i odpowiadających obecnym potrzebom rynku.

**Zaprezentowana wyżej argumentacja Zamawiającego nie przekonała Prezesa Urzędu, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.**

#### Ad 2) W zakresie naruszenia 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

Prezes Urzędu odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego podkreślił, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, natomiast ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z regulacji art. 18 ust. 2 ustawy PZP. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

ustawy 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. Ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym, w toku badania ofert zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy, czy wykonawca prawidłowo zastosował instytucje zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść normy prawnej art. 18 ust. 3 ustawy PZP wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, powinien jednoznacznie wskazać, które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie jest on zobligowany do wykazania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy stwierdzić, że nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów Zamawiający powinien następnie zdecydować, czy zastrzeżenie uznać za dokonane zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy za bezskuteczne i odsłonić zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje oraz dokumenty, a następnie przekazać je innym wykonawcom w celu zapoznania się z nimi. W świetle 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. Warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jest zatem posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Oznacza to, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wobec tego zdaniem Prezesa Urzędu uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie powinno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień

publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy PZP. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Prezes Urzędu podkreślił, iż analiza treści uzasadnień sporządzonych przez wykonawcę BUDIMEX prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich argumentów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom / informacjom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. W piśmie zatytułowanym *„Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zastrzeżonych jako 'Tajemnica Przedsiębiorstwa' składanych wraz z pismem z wyjaśnieniami Wykonawcy”* wykonawca BUDIMEX podał, że zawarte w nim informacje *„dotyczą nieodtajnionych dotychczas szczegółów zawartych uгод/porozumień lub znajdują się w aktach spraw sądowych, i jako takie posiadają dla Wykonawcy wysoką wartość gospodarczą i mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa”*, jednakże zdaniem Prezesa Urzędu wykonawca ten nie sprostował ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ponieważ przedstawione przez tego wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia jest w znacznej mierze ogólnikowe, zawiera liczne cytaty z orzecznictwa nie dotyczące stanu faktycznego sprawy oraz odnosi się (jak wskazuje ten wykonawca) do nieodtajnionych dotychczas szczegółów prowadzonych negocjacji, o których nie ma w ogóle mowy w zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentach. Poza tym informacje dotyczące realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych, w tym wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu np. w trybie dostępu do informacji publicznej. Wykonawca BUDIMEX zastrzegł też jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty, których nie jest adresatem, a które otrzymał jedynie „do wiadomości”, np. dokument o nazwie: „Tajemnica Opinia IZ Drewnica”. Prezes Urzędu zwrócił uwagę również na to, że wykonawca BUDIMEX wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, iż w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji podejmuje szereg dodatkowych działań m. in. zamieszcza we wszelkiej korespondencji związanej z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym także w korespondencji mailowej, klauzulę „poufne”. Za bezpodstawne należy jednak uznać wyjaśnienia wykonawcy BUDIMEX o podejmowanych działaniach w celu zachowania w poufności dokumentów, których nie jest adresatem, a także pozostałych dokumentów, skoro wbrew jego twierdzeniom na żadnym z zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów nie znajduje się klauzula „poufne”. Nie były to zatem informacje związane z tajemnicą przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę negatywnie ocenianą przez Krajową Izbę Odwoławczą praktykę niektórych wykonawców polegającą na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści składanych wyjaśnień zarówno w zakresie self-cleaningu, jak i ewentualnego wystąpienia przesłanek wykluczenia, która de facto nie ma na celu chronienie cennych dla organizacji informacji ale utrudnienie innym wykonawcom kontroli czynności Zamawiającego, a także fakt, iż większość dokumentów złożonych przez wykonawcę BUDIMEX w ramach procedury self-cleaning została odtajniona już w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, np. w postępowaniu o nazwie: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem – węzeł „Zamość Południe” wraz z węzłem; dł. ok. 12,430 km”, przeprowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, nie została spełniona w stosunku do żadnych z tych dokumentów przesłanka z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobnie w odniesieniu do pozostałych dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca BUDIMEX zaniechał szczegółowego omówienia ich wartości gospodarczej, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić temu wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawca BUDIMEX zaniechał wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Poza tym Prezes Urzędu podtrzymał swoje stanowisko, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano, jakie środki zostały podjęte przez wykonawcę BUDIMEX w celu ochrony zastrzeżonych informacji / dokumentów. Opierając się na uzasadnieniu zastrzeżenia złożonego przez wykonawcę BUDIMEX Prezes Urzędu wskazał, że nie zostało wykazane jakie grono osób spośród pracowników / współpracowników wykonawcy ma lub miało dostęp do informacji / dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji. Prezes Urzędu powołał się przy tym na rozbieżności w przedłożonych przez wykonawcę BUDIMEX wyjaśnieniach, gdzie z jednej strony wykonawca ten wskazuje, iż zastrzeżone dokumenty zawierają informacje wynikające bezpośrednio z wieloletniego doświadczenia wykonawcy w udziale w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast drugiej strony wykonawca ten podaje, iż jego know how zostało opracowane w konsekwencji stwierdzenia w stosunku do wykonawcy podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Prezes Urzędu zwrócił uwagę na dokument o nazwie: „Wytyczne do Zarządzenia nr 3 i 4” zastrzeżony przez wykonawcę BUDIMEX jako tajemnica przedsiębiorstwa, z którego treści wynika, iż Centralny Rejestr Zdarzeń jest efektem

wyciągnięcia przez wykonawcę wniosków z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 449/22) oraz stanowiska Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, a zatem nie można temu dokumentowi przypisać charakteru twórczego czy innowacyjnego. Centralny Rejestr Zdarzeń opracowany przez wykonawcę BUDIMEX zawiera informacje, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają przekazaniu dla zamawiającego w ramach wymagań formularza JEDZ, do ich zbierania zobowiązany jest zatem każdy z wykonawców, a nie tylko wykonawca BUDIMEX. Także rozstrzygnięcie odnośnie zakresu danych, które wykonawca zobowiązany jest wskazać w JEDZ, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała już w przytoczonym wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 449/22.

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca BUDIMEX w żadnym z przedłożonych w ramach kontrolowanego postępowania uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzegane przez niego informacje. Wartość gospodarcza zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. Innymi słowy informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione ale tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy PZP w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania powinien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wywiązania się przez wykonawcę z tego obowiązku powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przez 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 mają stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa oraz skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. W konsekwencji zamawiający nie może automatycznie i bezrefleksyjnie przyjmować, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawidłowe.

### 3) W zakresie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Prezes Urzędu w odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego co do naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zauważył, iż argumentacja Zamawiającego oparta jest na nieaktualnych przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. W stanie prawnym, na który



powołuje się Zamawiający, w doktrynie i orzecznictwie prezentowane były sporne stanowiska co do możliwości wyboru oferty wykonawcy po terminie związania ofertą. Przeważający był jednak pogląd, zgodnie z którym wskazanie przez ustawodawcę maksymalnego terminu związania ofertą ma charakter wyłącznie ochronny dla interesów wykonawców, zaś brak związania ofertą oznacza jedynie brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie niweczy prawa wykonawcy do zrealizowania oferty. Stanowisko takie uzasadniane było faktem, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania, który odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne jego przeprowadzenie. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, gdyż dzięki temu ma on pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu (tak m. in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 672/16), natomiast na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP z 2019 r., kwestię przedłużenia terminu związania ofertą reguluje przepis art. 220 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Jednocześnie przepis art. 252 ust. 2 ustawy PZP przewiduje, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Ustawodawca zatem dokonał rezygnacji z instytucji dokonania samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę. W uzasadnieniu projektu ustawy PZP z 2019 r. wskazano, że *„podstawową zasadą, mającą na celu zapewnienie efektywnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest obowiązek dokonania wyboru oferty w terminie związania ofertą. Jednakże upływ tego terminu nie stanowi podstaw do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty w okolicznościach upływu terminu związania ofertą”*. Podkreślono, że w *„sensie cywilistycznym wyrażenie zgody przez wykonawcę będzie równoznaczne ze złożeniem nowej oferty o tożsamej treści jak ta, którą wykonawca był dotychczas związany”* (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, Druk sejmowy Nr 3624, s. 66). Prezes Urzędu podniósł, że także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3157/21 wskazała, że *„Termin związania ofertą jest niezbędny do zabezpieczenia gotowości wykonawcy do zawarcia umowy na dotychczasowych warunkach do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. Przedłużenie terminu związania ofertą ma na celu wyłącznie umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej”*. W tej sytuacji upływ terminu związania ofertą wiąże się z negatywnymi konsekwencjami jedynie dla zamawiającego,

pozbawiając go gwarancji zawarcia umowy na warunkach zawartych w ofercie oraz zabezpieczenia w formie wadium. Wykonawcy nadal mają możliwość uzyskania zamówienia (o ile wyrażą zgodę, o której mowa w art. 252 ust. 2 ustawy PZP), natomiast odzyskują swobodę decyzji co do podtrzymania dotychczas zaoferowanych warunków i mogą je bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji wycofać. Wobec tego zdaniem Prezesa Urzędu należy uznać, że obecnie obowiązująca ustawa PZP nie daje wykonawcom możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był zatem uznać, że wykonawca przestał być związany ofertą po upływie terminu wynikającego z wezwania Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2022 r., który upływał w dniu 16 października 2022 r. i dokonać zwrotu wadium w ciągu 7 dni od upływu tego terminu.

#### 4) W zakresie naruszenia art. 95 ustawy PZP

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszenia art. 95 ustawy PZP, to na wstępie Prezes Urzędu wskazał, że nie może uznać za przekonującą argumentację Zamawiającego, że obecna sytuacja na rynku skutkuje niemożnością uznania czynności wskazanych w informacji o wyniku kontroli za świadczenie pracy. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 95 ustawy PZP stanowi implementację art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, który zobowiązuje Państwa Członkowskie Unii Europejskiej do zapewnienia w prawie krajowym, aby przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków, m. in. w dziedzinie prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załącznikach do tej Dyrektywy. Prezes Urzędu zauważył, że ustawodawca regulując brzmienie art. 95 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 po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy / podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego

wyznaczonym, e) a po stronie pracodawcy – zatrudnianie pracownika za wynagrodzeniem. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy czynności mające charakter świadczenia pracy będą wchodziły w realizację zamówienia. Zamawiający ma przy tym obowiązek wskazania wszystkich czynności, nawet takich, które w jego ocenie mają znaczenie drugorzędne dla realizacji zamówienia. Odnajdując czynności mające charakter świadczenia pracy, zamawiający zobowiązany jest do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności w SWZ. Wątpliwości Kontrolującego w przedmiotowym postępowaniu nie budziło, że takie czynności jak: budowa nowej kanalizacji kablowej na stacji, przebudowa peronów, rozbiórka i budowa przejścia dla pieszych, wzmocnienie podłoża gruntowego pod fundamentami podpór, wymiana szyn na obiekcie oraz podkładów drewnianych oraz pozostałe wymienione w Informacji o wyniku kontroli spełniają przesłanki uznania ich w pełnym zakresie lub przynajmniej częściowo w odniesieniu do elementów składowych wymienionych czynności za świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Dlatego Kontrolujący nie zgodził się z Zamawiającym, iż sytuacja geopolityczna czy napływ pracowników z Ukrainy zwalnia go z obowiązku określonego w art. 95 ust. 1 ustawy PZP. Już w Informacji o wyniku kontroli zostało wskazane, że celem wprowadzenia art. 95 ust. 1 ustawy PZP było zagwarantowanie przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwanie z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Nawet w sytuacji napływu pracowników obcojęzycznych, nie zawsze znających prawo pracy obowiązujące w kraju przyjmującym, cel ten nabiera szczególnego znaczenia, a obowiązkiem zamawiających jest dołożyć należytej staranności, aby precyzyjnie określić w SWZ wszystkie czynności mające charakter świadczenia pracy.

W podsumowaniu Prezes Izby stwierdził, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 4 stycznia 2023 r., natomiast zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją kontroli zgromadzoną w tej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z siedzibą w Gdańsku w dniu 11 stycznia 2023 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza podnosi, że w myśl art. 617 zdanie pierwsze 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. Następnie, zgodnie z art. 617 ustawy PZP, przy zastosowaniu art. 610 ust. 2 i 3 ustawy PZP, Izba wyraża w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że opinia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności, co oznacza, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez wnoszącego zastrzeżenia – i to tylko w granicach, które wyznacza treść zastrzeżeń.

2) W zakresie naruszenia 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

Przechodząc do opisanego w punkcie 2. 2) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę BUDIMEX dokumentów / informacji 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, to Krajowa Izba Odwoławcza – mając na uwadze treść zastrzeżeń do wyników kontroli poczynionych przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 11 stycznia 2023 r. – nie mogła uznać stanowiska Kontrolującego za niewłaściwe.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, natomiast w świetle art. 18 ust. 3 tej ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie

może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy. Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi zaś, że 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.

Analiza zastrzeżeń Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazuje na to, że Zamawiający odnosi się w nich do trzech okoliczności, które w jego opinii podważają ustalenia i oceny Prezesa Urzędu wywiedzione w toku kontroli.

Po pierwsze, Zamawiający powołując się na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę BUDIMEX wywodzi, że informacja o prowadzonych sporach sądowych sama w sobie stanowi wartość gospodarczą dla wykonawcy, albowiem definiuje ryzyko kontraktowe związane ze współpracą z danym przedsiębiorcą i co do zasady informacje dotyczące postępowań sądowych nie są jawne dla osób spoza procesu. Na wsparcie swojego stanowiska Zamawiający zacytował tylko odpowiednie fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy BUDIMEX, z których wynika jedynie, że zastrzegane przez niego informacje dotyczą szczegółów ugód i porozumień sądowych, które są zawarte w aktach spraw sądowych. Zdaniem Izby jakkolwiek informacje o prowadzonym sporze sądowym czy warunkach ugody zawartej przed sądem mogą negatywnie rzutować na wizerunek wykonawcy, szczególnie w aspekcie jego wiarygodności jako kontrahenta, to nie można im z góry przypisać, iż stanowią one wartość gospodarczą dla konkretnego wykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. aby ich upublicznienie i pozyskanie przez konkurencyjne firmy umożliwiło tym podmiotom zwiększenie zysków lub zaoszczędzenie kosztów. Zamawiający nie podniósł żadnych argumentów, które mogłyby na to wskazywać.

Po drugie Zamawiający zaprzeczył ustaleniom Kontrolującego, że wyjaśnienia BUDIMEX w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są lakoniczne i niewystarczające. Jednocześnie z zastrzeżeń Zamawiającego nie wynika, z których oświadczeń wykonawcy BUDIMEX i złożonych przez niego dokumentów ma wynikać ta konkretna treść, która w sposób jednoznaczny wskazywałaby na konieczność utajnienia dostarczonych przez niego w toku postępowania przetargowego informacji i dokumentów. Analiza treści zastrzeżeń Zamawiającego i podniesionej w niej argumentacji wskazuje na to, że wykonawca BUDIMEX

przede wszystkim podkreślił aspekt wewnątrzorganizacyjny dokumentów i informacji, które chce utrzymać w poufności. Dopiero w dalszej kolejności akcentowana jest ich wartość gospodarcza, ale bez powołania się na konkretne dowody. Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie wykazał w ogóle, które dokumenty o charakterze wewnętrznym spółki są na tyle unikatowe, że ze względu na ich treść, ujawnienie informacji w nich zawartych mogłoby spowodować szkodę majątkową dla wykonawcy, natomiast jego konkurencji przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów.

Po trzecie Zamawiający zaprzeczył ustaleniom Prezesa Urzędu, że wykonawca BUDIMEX nie wykazał, jakie konkretnie środki ochrony podjął w celu ochrony zastrzeganych informacji i dokumentów, w szczególności co do kręgu osób uprawnionych do dostępu do chronionych informacji oraz sposobu kontrolowania tych osób w zakresie dostępu do tych informacji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarówno wykonawca BUDIMEX w swoim uzasadnieniu, jak również Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie powołał się na żadne konkretne dowody, ani również nie przedstawił żadnych doniosłych argumentów, z których wynikałoby, jaka kategoria pracowników lub współpracowników Spółki BUDIMEX ma dostęp do chronionych informacji i dokumentów. Brak jest również dokumentów wskazujących na podjęte indywidualnie przez tego wykonawcę środki ochrony. W związku z tym słuszne są ustalenia Prezesa Urzędu, że wykonawca BUDIMEX nie wykazał w sposób skuteczny, że zastrzegane przez niego informacje i dokumenty są w sposób należyty chronione przed nieuprawnionym dostępem.

Podsumowując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze treść wniesionych zastrzeżeń do wyników kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w sposób prawidłowy stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia 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 z powodu nieprawidłowego uznania, że wykonawca BUDIMEX w sposób skuteczny zastrzegł tajemnicę swojego przedsiębiorstwa.

### 3) W zakresie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Przechodząc następnie do naruszenia przepisów prawa stwierdzonego w punkcie 2. 3) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, tj. art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez zwrot wadium wykonawcom PPM-T i TORPOL w terminie przekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, to Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w całości argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu z dnia 4 stycznia 2023 r.

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności: upływu terminu związania ofertą. Zagadnienie związania wykonawcy ofertą reguluje art. 220 ustawy PZP:

Art. 220 ust. 1: Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż: 1) 90 dni, 2) 120 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro – od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Art. 220 ust. 2: Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty.

Art. 220 ust. 3: W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni.

Art. 220 ust. 4: Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Art. 220 ust. 5: W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Lektura zastrzeżeń Zamawiającego zgłoszonych do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazuje, że przekonanie o prawidłowości swojego postępowania w zakresie zwrotu wadium wykonawcom PPM-T i TORPOL bierze on z wykładni przepisów starej ustawy PZP z 2004 r., tj. wychodzi z błędnego założenia, że w dalszym ciągu w prawie zamówień publicznych dopuszczalne jest jednostronne przedłużenie terminu związania ofertą przez oświadczenie zainteresowanego wykonawcy. I z takiej właśnie interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych Zamawiający wywodzi, że dopuszczalne z jego strony było podjęcie decyzji o zwrocie wadium dwóm wykonawcom w terminie 7 dni liczonym od dnia wynikającego z ich jednostronnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP z 2019 r., co trafnie wyjaśnił Prezes Urzędu w uzasadnieniu wyników kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, możliwe jest jedynie jednokrotne przedłużenie terminu związania ofertą i to tylko na wniosek zamawiającego i maksymalnie na czas 60 dni. Termin związania ofertą upływał zatem w dniu 16 października 2022 r., więc dokonanie zwrotu

wadium wykonawcy PPM-T nastąpiło po 17 dniach od dnia upływu powyższego terminu, natomiast wykonawcy TORPOL po upływie aż 64 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

Podsumowując, stanowisko Prezesa Urzędu co do stwierdzenia naruszenia regulacji art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przez Zamawiającego było jak najbardziej prawidłowe i uzasadnione okolicznościami ujawnionymi w toku kontroli uprzedniej.

#### 4) W zakresie naruszenia art. 95 ustawy PZP

Co do naruszenia, o którym mowa w pkt. 2. 3) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, tj. naruszenia art. 95 ustawy PZP poprzez ograniczenie się do zamieszczenia w SWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dla zadania nr 1 – osoby wskazanej na stanowisko pracownika biurowego, a dla zadania nr 2 – osób wskazanych na stanowiska pracownik biurowy i monter SRK oraz nie zamieszczenie w treści SWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia, to brak jest po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek argumentacji podważającej ustalenia faktyczne i prawne Kontrolującego zawarte w Informacji o wyniku kontroli. W szczególności za takowe nie mogą być uznane podnoszone okoliczności dotyczące sytuacji geopolitycznej czy dużej fluktuacji pracowników pochodzących z Ukrainy. Wobec powyższego nie było podstaw do skutecznego zakwestionowania stanowiska Kontrolującego.

Konkludując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu z dnia 4 stycznia 2023 r. wniesione przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 11 stycznia 2023 r. oraz stwierdzonego przez Prezesa Urzędu w wyniku tejże kontroli naruszenia przepisów:

- 1) 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
- 2) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP
- 3) art. 95 ustawy PZP

nie zasługują na uwzględnienie.



Mając powyższe na uwadze Izba wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....