



# Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

---

DKZP.WKZ6.440.78.2023.PS

KU/78/23/DKZP

Warszawa, dnia 05.03.2024 r.

## Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający</b>	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	Roboty budowlane
<b>Rodzaj procedury</b>	Zamówienie sektorowe
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa – bocznica Klęczany
<b>Wszczęcie postępowania:</b>	31.03.2023 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2023/S 068-204336
<b>Tryb postępowania:</b>	Przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust.1 ustawy PZP)
<b>Wartość zamówienia:</b>	2 339 667 150, 84 zł (tj. 525 342 902,56 euro), w tym: 1 948 652 690,00 zł (tj. 437 545 511,50 euro) – wartość zamówienia podstawowego

1 283 922,84 zł (tj. 288 288,76 euro) – wartość opcji  
389 370 538,00 zł (tj. 87 509 102,30 euro) -  
zamówienia podobne, o których mowa w art. 388 pkt.  
2 lit. c ustawy PZP.

**Środki UE:**

Zamówienie jest przewidziane do współfinansowania  
ze środków Krajowego Planu Odbudowy  
i Zwiększenia Odporności

**2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

Po przeprowadzeniu kontroli przedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą PZP*”, 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 informuje o stwierdzonych naruszeniach:

- 1) art. 137 ust. 1 ustawy PZP, poprzez brak dokonania zmiany/wykreślenia treści punktu 24.6 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia – Instrukcja dla Wykonawców, w zakresie odnoszącym się do możliwości badania dalszych podwykonawców w przedmiocie podstaw wykluczenia;
- 2) art. 220 ust. 3 ustawy PZP, poprzez wezwanie wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze oferty najkorzystniejszej
- 3) art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom odtajnionej części oferty wykonawcy PORR S.A.

**UZASADNIENIE**

1) Zamawiający w pkt 24.5 Tomu I SWZ (IDW) wskazał, cyt.: *„Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt 8.4 IDW, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę innym Podwykonawcą lub zrezygnować z powierzania wykonania części Zamówienia danemu Podwykonawcy pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części Zamówienia”*. Ponadto, w pkt 24.6 SWZ Zamawiający wskazał, że cyt.: *„Zapisy pkt 24.4 oraz 24.5 IDW mają zastosowanie do dalszych Podwykonawców”*.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający nie dokonał zmiany SWZ w powyższym zakresie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, należy podkreślić, iż zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy PZP w uzasadnionych przypadkach Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy PZP dają Zamawiającemu możliwość zmiany treści SWZ. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy PZP w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy PZP możliwość zmiany treści SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian treści SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ etc. A zatem, brak dokonania zmiany/wykreślenia treści pkt 24.6 SWZ w zakresie odnoszącym się do możliwości badania dalszych podwykonawców w przedmiocie podstaw wykluczenia, stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy PZP.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**2)** Pismem z dnia 13.12.2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poinformował o wyniku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i wyborze najkorzystniejszej oferty. Mając powyższe na względzie wybór ofert najkorzystniejszej nastąpił przed upływem terminu związania ofertą – tj. dniem 03.01.2024 r.

Pismem z dnia 27.12.2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy PZP zwrócił się do wykonawców Budimex S.A. oraz PORR S.A. z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, czyli do dnia 04.03.2024 r.

W odpowiedzi na powyższe zarówno Budimex S.A. (pismo z dnia 03.01.2024 r.), jak i PORR S.A. (pismo z dnia 29.12.2023 r.) wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni tj. do 04.03.2024 r., przedkładając niezbędne dokumenty.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 252 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jak wynika z art. 220 ust. 3 ustawy PZP, w przypadku **gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania oferta**, 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. Ponadto, zgodnie z art. 252 ust. 2 ustawy PZP, 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.

Z powyższych przepisów wynika, że co do zasady wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić w terminie związania ofertą. Jeśli Zamawiający przewiduje, że nie będzie to możliwe, wzywa wszystkich Wykonawców przed upływem tego terminu do jego przedłużenia o czas nie dłuższy niż 60 dni. Jeśli natomiast termin związania ofertą już upłynął, a Zamawiający nie wybrał najkorzystniejszej oferty, ma wówczas możliwość wezwania najwyżej ocenionego Wykonawcy do wyrażenia zgody na wybór jego oferty, pomimo iż upłynął już termin związania ofertą (zatem w przypadku upływu terminu związania ofertą jest możliwe już tylko wyrażenie zgody na wybór oferty, a nie na przedłużenie terminu związania ofertą). W przypadku braku zgody Wykonawcy na wybór jego oferty, Zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (art. 252 ust. 3 ustawy PZP).

W związku z powyższym, z uwagi iż przepis art. 220 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza możliwość przedłużenia terminu związania ofertą tylko w sytuacji, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, przyjąć należy, iż wezwanie wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp, tj. naruszenie art. 220 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**3)** Jak wynika z dokumentacji postępowania, po upływie terminu składania ofert (06.09.2023 r.) wykonawcy składali do zamawiającego wnioski o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu.

W odpowiedzi zamawiający udostępnił wykonawcom oferty złożone w postępowaniu, „bez tajemnicy przedsiębiorstwa (Załącznik nr 1, tj. Zestawienie umów w sprawie zamówienia publicznego, w których nastąpiło naliczenie kar umownych w ofercie Wykonawcy PORR S.A.)”.

Pismem z dnia 13.09.2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy PZP dokonał odtajnienia dokumentu złożonego przez Wykonawcę (PORR S.A.), pn. „Wyjaśnienia

Załącznik nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa-sig". W ocenie Zamawiającego ww. dokument nie stanowił tajemnicy przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), a tym samym Wykonawca nie mógł dokonać skutecznego zastrzeżenia tych informacji. Na potwierdzenie ww. stwierdzenia, Zamawiający uzasadnił, że Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach oraz nie wykazał, że ich ujawnienie zagrażałoby jego interesom, prowadząc do umniejszenia przewagi konkurencyjnej i zagrażając jego pozycji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 05.03.2024 r. Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, czy Zamawiający udostępnił Wykonawcom wnoszącym o przesłanie ofert złożonych w postępowaniu, odtajniony dokument pn. „Wyjaśnienia Załącznik nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa-sig”. Jeżeli tak, poproszono o przesłanie raportu z Platformy Zakupowej, który poświadczyłby o przesłaniu wskazanego dokumentu podmiotom wnoszącym.

W piśmie z dnia 05.03.2024 r. Zamawiający wyjaśnił: *„Zauważyć należy, że w formularzu ofertowym Wykonawca PORR S.A. wskazał nazwę pliku który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa – „Wyjaśnienia Załącznik nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa-sig”. Wykonawcy którzy wnoskowali o przesłanie ofert złożonych w postępowaniu otrzymali ofertę PORR S.A. z wyłączeniem dokumentu objętego stosownym zastrzeżeniem. Po dokonaniu udostępnienia, żaden z wykonawców nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o informację czy została zbadana zasadność objęcia w/w dokumentu klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa lub o jego odtajnienie.”*

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

- 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
- 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Powyższy przepis wyraża zatem zasadę dotyczącą udostępniania dokumentacji postępowania, zgodnie z którą udostępnianie załączników do protokołu, a więc m.in. opinii biegłych, oświadczeń, zawiadomień, następuje po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Od wskazanej wyżej reguły ustanowiono wyjątek względem ofert i załączników do nich, które udostępnia się w terminach wskazanych w ww. przepisie.

Co istotne, odtajnione w toku postępowania dokumenty, które wykonawca złożył razem z ofertą, podlegają udostępnieniu na takich samych zasadach, jak oferty wraz załącznikami (art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP). Natomiast pismo Zamawiającego, zawiadamiające wykonawcę o odtajnieniu, tj. nieuznaniu za skuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi załącznik do protokołu, i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zatem na Zamawiającym ciąży obowiązek udostępnienia na wniosek ofert wraz załącznikami, w tym również tych informacji, które zostały odtajnione w toku postępowania, na zasadach określonych w art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Należy podkreślić, że bez znaczenia pozostaje moment wpływu do Zamawiającego wniosku o udostępnienie ofert i załączników do ofert. Jeśli wniosek taki wpłynie przed dokonaniem czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien przekazać część jawną ofert i załączników do ofert, a następnie (po odtajnieniu) przekazać wnioskodawcom odtajnione informacje.

W tym miejscu należy nadmienić, że termin 3 dni, o którym mowa w art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, powinien służyć zamawiającemu do ustalenia, czy oferta wraz z załącznikami może zostać udostępniona, czy też nie podlega udostępnieniu, np. ze względu na zastrzeżenie i wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeśli jednak zamawiający nie zdąży w tym terminie dokonać badania ofert pod tym kątem, ma obowiązek przesłać odtajnione dokumenty niezwłocznie po ich odtajnieniu.

Tym samym, jeżeli w toku postępowania Zamawiający dokonuje oceny zasadności objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, skutkiem której jest odtajnienie części informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, zamawiający zobowiązany jest udostępnić odtajnione dokumenty/informacje wszystkim podmiotom, które wnioski o wgląd do dokumentacji postępowania, bez względu na moment złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania.

W konsekwencji, zaniechanie dokonania czynności udostępnienia odtajnionej części oferty wykonawcy PORR S.A. stanowi naruszenie art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

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