

Szczecin, dnia 18 czerwca 2012 r.

Sz. P. Tomasz Lachowicz

Zakład Unieszkodliwiania Odpadów
sp. z o.o. w Szczecinie

OPINIA PRAWNA

Przedmiot opinii: ocena przesłanek powtórzenia czynności w postępowaniu na Budowę Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego, ze względu na treść, znajdującego się w aktach postępowania, oświadczenia p. Pana Jarosława Jerzykowskiego, datowanego na dzień 20 stycznia 2012 r.

Uwaga ogólna: Niniejsza opinia została sporządzona w oparciu o następujące dokumenty przedstawione Opiniującemu:

- wiadomość p. Jarosława Jerzykowskiego do p. Wojciecha Krysztofika z dnia 16 marca 2012 r.
- memorandum prawne z dnia 13 stycznia 2012 r. sporządzone przez p. Jarosława Jerzykowskiego, adresowane do Grontmij Polska sp. z o.o.

Stan faktyczny: W dniu 30 maja 2012 r. do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów sp. z o.o. w Szczecinie [dalej: **ZUO** lub **Zamawiający**] wpłynęło pismo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A.; Vinci Environment SAS, Vinci Environment Polska sp. z o.o. [dalej: **Konsorcjum Warbud**] wskazujące na błąd w przeprowadzeniu postępowania polegający na niewyłączeniu p. Jarosława Jerzykowskiego jako osoby biorącej udział w postępowaniu pomimo tego, że złożył on oświadczenie o podleganiu wyłączeniu w trybie art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

W aktach postępowania znajduje się oświadczenie p. Jarosława Jerzykowskiego datowane na dzień 20 stycznia 2012 r., w którym wskazuje on, że podlega wyłączeniu we wskazanym powyżej trybie.

W aktach postępowania znajduje się także memorandum autorstwa p. Jarosława Jerzykowskiego, dotyczące kwestii odtajnienia informacji zawartych w ofercie Mostostal S.A.

Memorandum to skierowane (adresowane) jest do Grontmij Polska sp. z o.o. [dalej: **Grontmij**] i złożone zostało do akt postępowania przy jednym z pism Grontmij kierowanych do ZUO.

Z informacji uzyskanej od ZUO wynika, że Zamawiający nigdy nie zlecał p. Jarosławowi Jerzykowskiemu sporządzenia przedmiotowego memorandum, nie wnosił o jego sporządzenie do Grontmij; Zamawiający nie żądał także złożenia przez p. Jarosława Jerzykowskiego oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 PZP.

Kwestia odtajnienia informacji zawartych w ofercie Mostostal S.A. była przedmiotem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto p. Jarosław Jerzykowski był autorem wiadomości elektronicznej z dnia 16 marca 2012 r. kierowanego do jednego z członków komisji przetargowej dotyczącego uprawnień budowlanych, w którym wskazał on uwagi do wezwania opracowanego przez komisję przetargową.

Stan prawny: Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.) [dalej: **PZP**].

Analiza prawna: Zgodnie z treścią art. 17 PZP:

1. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

2. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.

3. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1,

powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

Powyższe prowadzi do wniosku, że PZP nie wskazuje wprost katalogu osób zobowiązanych do złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 17 ust. 2 PZP ograniczając się do stwierdzenia, że są to osoby **wykonujące czynności w postępowaniu** o udzielenie zamówienia.

Oceniając zatem zaistnienie ewentualnych przesłanek powtórzenia czynności przez Zamawiającego, rozstrzygnąć należy w pierwszej kolejności, czy p. Jarosław Jerzykowski był osobą wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o przedstawiony powyżej stan faktyczny nie ulega wątpliwości, że p. Jarosław Jerzykowski przygotował wskazane powyżej memorandum dotyczące odtajnienia dokumentów stanowiących część oferty złożonej przez Mostostal S.A. jak również, że był autorem wiadomości elektronicznej kierowanej do członka komisji przetargowej. Podkreślić jednak należy, że z przedstawionej dokumentacji nie wynika jednak, ażeby pomiędzy Zamawiającym a p. Jarosławem Jerzykowskim kiedykolwiek zaistniał jakikolwiek stosunek zobowiązaniowy, z którego wynikałby obowiązek (i prawo) dokonywania przez p. Jerzykowskiego jakichkolwiek czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy PZP nie uzależniają wprawdzie konieczności złożenia oświadczenia od istnienia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy Zamawiającym a osobą wykonującą czynności w postępowaniu, jednak w ocenie SDO fakt braku jakiegokolwiek umowy jest istotny dla dokonania całościowej oceny.

Przepisy PZP nie definiują też pojęcia „czynność”, brak jest też definicji legalnej tego pojęcia. Mając na uwadze powyższe sięgnąć należy do wykładni językowej, która prowadzi do wniosku że sporządzenie memorandum niewątpliwie było czynnością. Memorandum dotyczyło co prawda kwestii związanych z postępowaniem, jednak biorąc pod uwagę brak jakiegokolwiek zlecenia ze strony Zamawiającego, bądź podmiotów uprawnionych do działania w jego imieniu, brak jakiegokolwiek reakcji Zamawiającego na przesłane memorandum, w ocenie SDO wykonanie memorandum nie może zostać – w analizowanym stanie faktycznym – uznane za wykonywanie czynności w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy także, że skoro p. Jarosław Jerzykowski nie był osobą wykonującą czynności w postępowaniu to także nie ciążył na nim obowiązek złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 17 ust. 2 PZP.

Konkluzja częściowa 1: w ocenie opiniującego p. Jarosław Jerzykowski nie był osobą wykonującą czynności w postępowaniu, co przekłada się na brak aktualizacji obowiązku złożenia przez p. Jarosława Jerzykowskiego oświadczenia w przedmiocie podlegania wyłączeniu w trybie art. 17 ust. 2 PZP.

*

Przepis art. 17 § 3 PZP nakazuje, w przypadku uprzedniego podejmowania czynności przez osobę podlegającą wyłączeniu, powtórzenie czynności **z wyjątkiem czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania**.

Wychodząc zatem, niezależnie od konkluzji częściowej 1, z ostrożnościowego założenia, że p. Jarosław Jerzykowski był jednak osobą podlegającą wyłączeniu, poddać analizie należy okoliczność, czy czynności podjęte przez p. Jarosława Jerzykowskiego były czynnościami faktycznymi wpływającymi na wynik postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że czynnością taką nie była korespondencja elektroniczna z dnia 16 marca 2012 r. Stanowi ona czynność faktyczną, jednakże biorąc pod uwagę jej zdawkową treść sprowadzającą się do potwierdzenia stanowiska zaprezentowanego we wpadkowej kwestii przez pracownika Zamawiającego, ocenić należy, że nie miała ona jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania.

Analizując natomiast treść memorandum i jego ewentualny wpływ na wynik postępowania podkreślić należy przede wszystkim, że kwestia odtajnienia oferty była przedmiotem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Stanowisko zawarte w memorandum było zgodne ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, które zostało zweryfikowane jako prawidłowe w postępowaniu przed KIO. Oznacza to, że treść memorandum w żaden sposób nie wpłynęła (tj. nie oddziaływała) na sposób prowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Brak jest też jakichkolwiek informacji mogących świadczyć o tym, że Jarosław Jerzykowski reprezentował Zamawiającego w postępowaniu przed Izbą, jak również o tym, że w inny sposób, chociażby pośrednio brał w nim udział.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że sporządzenie memorandum stanowiło czynność faktyczną niewpływającą na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stanowisko takie potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r. stwierdziła, że z samego faktu, że ustawodawca w art. 17 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakazuje powtórzenie czynności dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu nie oznacza per se, że każda z tych czynności ma lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, w związku z art. 17 ust. 3 Pzp, wpływ naruszeń przepisów ustawy, dokonania czynności w postępowaniu przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu, na wynik postępowania nie może mieć czysto spekulatywnego charakteru, lecz musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych - wybór

najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania.¹

Konkluzja częściowa 2: nawet przy przyjęciu, że p. Jarosław Jerzykowski był osobą podlegającą wyłączeniu z postępowania stwierdzić należy, że podejmowane przez p. Jarosława Jerzykowskiego czynności były czynnościami faktycznymi niewpływającymi na wynik postępowania, a tym samym nie podlegają one powtórzeniu.

*

W odniesieniu do kwestii procedury dokonania powtórzenia czynności w których brała udział osoba podlegająca wyłączeniu wskazać należy, że PZP nie przewiduje terminu powtórzenia tych czynności, nie nakłada też żadnych ograniczeń czasowych dotyczących końcowego terminu w którym można dokonać powtórzenia czynności. Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że czynności tych Zamawiający powinien dokonać niezwłocznie, z uwzględnieniem faktu, że przepisy PZP nie nakładają na Zamawiającego żadnych sankcji z powodu niepowtórzenia czynności w określonym terminie. Jako końcowy termin uznać należy koniec postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika zarówno z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych².

Mając na uwadze obecny etap postępowania stwierdzić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone. W przypadku stwierdzenia przez któregokolwiek z wykonawców udziału w postępowaniu przez osobę podlegającą wyłączeniu fakt taki mógł być przedmiotem odwołania od czynności Zamawiającego, jednak zarzut taki nie został przez żadnego z odwołujących podniesiony, a jego podniesienie na obecnym etapie uznać należy za spóźnione.

Nie jest dopuszczalne także podniesienie tej okoliczności w skardze do sądu powszechnego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z przepisem art. 198d PZP w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Jak z kolei stanowi art. 198f ust. 4 PZP, sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Mając na uwadze powyższe regulacje przyjąć należy, że w przypadku wniesienia przez którąkolwiek z uprawnionych stron skargi do sądu na dokonanie czynności przez osobę podlegającą wyłączeniu winna ulec ona odrzuceniu. Ponadto wskazać należy, że sąd nie jest uprawniony do orzekania w tej sprawie.

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 czerwca 2011 r., KIO 1037/11, Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 9 poz. 155.

² Portal Centralny – Serwis Informacyjny Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP) – www.uzp.gov.pl.

Konkluzja częściowa 3: mając na uwadze powyższe wskazać trzeba, że Zamawiający nie jest upoważniony na niniejszym etapie do powtórzenia czynności dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez osobę podlegającą wyłączeniu. Kompetencji do nakazania powtórzenia takich czynności nie ma także sąd powszechny.

Konkluzja końcowa

W ocenie SDO brak jest zasadności i możliwości powtórzenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego.

Wynika to z wątpliwości odnośnie obowiązku wyłączenia p. Jarosława Jerzykowskiego z udziału w postępowaniu, braku wpływu czynności podejmowanych przez p. Jarosława Jerzykowskiego na wynik postępowania, a także z faktu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

(-)
dr Maciej Skotarczak – radca prawny