

OPINIA

**dotycząca okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia
publicznego i zawarcia umowy na**

**„Usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego
Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”**

**w kontekście okoliczności uzasadniających wyłączenie osób
występujących po stronie Zamawiającego na podstawie art. 17
ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp**

grupa doradcza
sienna

Warszawa, luty 2014 r.

I. WYKONAWCA

Analiza została opracowana przez:

Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o.

ul. Bagatela 10 lok. 5

00 - 585 Warszawa

tel. 022 654 77 41 fax 022 654 31 31

e-mail: grupasienna@grupasienna.pl,

wpisaną do rejestru przedsiębiorców – Krajowego Rejestru Sądowego w Sądzie Rejonowym dla Miasta Stołecznego Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000177022.

II. MATERIAŁ WYJŚCIOWY DO SPORZĄDZENIA ANALIZY

Opinia została opracowana w oparciu o następujące akty prawne, dokumenty i opracowania:

1. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.);
2. ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.);
3. ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013, poz.168)
4. Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Tomasza Czajkowskiego, wyd. III, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007;
5. Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. IV, Warszawa 2012;
6. Lipiec – Warzęcha L., „Komentarz do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”, WKP 2012
- 7.

III. POJĘCIA

Ileokroć w niniejszej Analizie jest mowa o:

- 1) „Prawie zamówień publicznych” lub „ustawie Pzp” – należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.);

- 2) „Zamawiającym” – należy przez to rozumieć Zakład Ubezpieczeń Społecznych;
- 3) „Wykonawcy” – należy przez to rozumieć konsorcjum Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie
- 4) „KRS” – należy przez to zrozumieć Krajowy Rejestr Sądowy;
- 5) „Umowie” – należy przez to rozumieć Umowę na realizację „Usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych;
- 6) „SIWZ” – należy przez to rozumieć „Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia”;

IV. STAN FAKTYCZNY

W dniu 1 marca 2013 r. Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych wszczął postępowanie na realizację zamówienia pn.: „Usługa wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”. Wartość zamówienia, którego zamawiający zamierzał udzielić, została ustalona na kwotę 487.804.878,05 zł co stanowiło równowartość 121.356.572,31 euro. Wartość ta została ustalona w dniu 09.01.2013 r. na podstawie umów z zakresu wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych;

Komisja przetargowa, która została powołana w dniu 28 stycznia 2013 r. oraz 31 stycznia 2013 r. na podstawie decyzji Dyrektora Departamentu Zarządzania Systemami Informatycznymi i składała się z 21 osób,

Wśród członków komisji przetargowej znaleźli się Pani Dorota Mielnik (przewodnicząca) oraz Pan Kamil Wąsowicz (członek komisji przetargowej).

Osoby te złożyły oświadczenia określone w art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, na druku ZP-1 dotyczące:

- nie ubiegania się o udzielenie zamówienia;
- nie pozostawania w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia oraz nie związania z tytułu przysposobienia, opieki i kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- nie pozostawania w stosunku pracy lub zlecenia przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzieleniu zamówienia w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą oraz nie uczestniczenia w organach zarządzających lub organach nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- **nie pozostawania z żadnym z wykonawców w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności członka komisji przetargowej;**

- braku prawomocnego skazania za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwa przekupstwa, przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Jednocześnie dwóch w/w członków komisji przetargowej Pani Dorota Mielnik oraz Pan Kamil Wąsowicz zasiadało w radzie nadzorczej fundacji pn. Fundacja Fundowiczów. **W dniu 20 września 2010 r. osoby te złożyły oświadczenia o rezygnacji z pełnienia funkcji w fundacji, które tego samego dnia zostało przyjęte przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu.** Organ fundacji nie złożył jednak wniosku do Krajowego Rejestru Sądowego celem dokonania w rejestrze zmiany. Jak się okazało w chwili obecnej w radzie nadzorczej fundacji zasiadają dwie osoby: Pan Sławomir Szmytkowski oraz Pan Mirosław Fundowicz, którym Wykonawca, wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Asseco Poland S.A. - udzielił pełnomocnictwa do reprezentowania spółki w postępowaniu na udzielenie zamówienia, w którym w skład komisji przetargowej wchodził pp. Mielnik i Wąsowicz.

V. ANALIZA

Wobec przedstawionych wyżej okoliczności należy rozważyć, czy istniał obowiązek wyłączenia się Pana Kamila Wąsowicza i Pani Doroty Mielnik z postępowania w sprawie udzielania zamówienia na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają osoby, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Przepis ten obejmuje swoim zakresem dwa rodzaje relacji jakie mogą zachodzić pomiędzy wykonawcą a osobą wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego.

Pierwszy rodzaj obejmuje przypadki pozostawania przez te osoby w relacji prawnej wynikającej z określonego stosunku prawnego. Dotyczy to sytuacji, gdy pomiędzy

podmiotami istnieje więź prawna, z której wynikają dla nich określone prawa lub obowiązki. Taka więź prawna musi istnieć bezpośrednio pomiędzy dwoma podmiotami, w stosunku do których rozpatrywana jest przesłanka wyłączenia określona w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Stosunek prawny zachodzi wówczas gdy jeden podmiot jest uprawniony a drugi zobowiązany.¹ W zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia ze stosunkiem prawnym łączącym każdą z tych osób z Fundacją Fundowiczów DF, nie zaś osoby te ze sobą wzajemnie.

Drugi rodzaj obejmuje przypadki pozostawania przez podmioty w określonej relacji faktycznej, z której nie wynikają dla stron żadne prawa lub obowiązki o charakterze prawnym (np. stosunek przyjaźni, koleżeństwa itd.).

Dla ustalenia istnienia podstawy wyłączenia określonej w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy nie jest wystarczające stwierdzenie istnienia jakiegokolwiek relacji prawnej lub faktycznej (stosunku prawnego lub faktycznego) pomiędzy wykonawcą a osobą wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego. Musi to być relacja tego rodzaju, że może ona budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osoby wykonującej czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego.²

Wystarczające jest zatem ustalenie istnienia takich relacji, które jedynie uzasadniają wątpliwości co do możliwości zachowania bezstronności takiej osoby. Charakter stosunku prawnego lub faktycznego istniejącego pomiędzy tymi podmiotami musi uzasadniać wątpliwości co do bezstronności osoby wykonującej czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego. Przy czym brak bezstronności może przejawiać się zarówno w działaniu na korzyść, jak i na niekorzyść wykonawcy.

Ze swej istoty przesłanka określona w przepisie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy ma charakter ocenny. Należy jednak uznać, iż przesłanka ta musi mieć charakter zbiektywizowany. Nie jest zatem wystarczające ustalenie jakiegokolwiek relacji pomiędzy wykonawcą a osobą wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego. Nie będzie to dotyczyć w szczególności przypadków, gdy dana osoba z racji zajmowanej funkcji i zakresu zadań z tym związanych pozostaje w kontaktach służbowych z podmiotami, które występują w postępowaniu jako wykonawcy. Dopiero ocena okoliczności konkretnego przypadku z uwzględnieniem charakteru i intensywności więzi łączącej osobę wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego z określonym

¹ G. Wicik, P. Wiśniewski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.” Warszawa 2007

² Informacja o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 lipca 2010 r. (znak: UZP/DKD/KND/30/10); www.uzp.gov.pl

wykonawcą może prowadzić do stwierdzenia istnienia podstawy wyłączenia określonej w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy.³

Do wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby wykonującej czynności w postępowaniu nie wystarcza zatem sam fakt zaistnienia stosunku faktycznego (np. bliska znajomość osoby wykonującej czynności w postępowaniu z wykonawcą) lub pozostawanie w jakimkolwiek stosunku prawnym z wykonawcą. W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy kierować się rzeczywistymi relacjami zachodzącymi pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą oraz tym, jak relacje te oceniane są przez innych, w tym również wykonawców.⁴ Nie wystarczy subiektywne przekonanie o wystąpieniu tej okoliczności lub jej braku. Przesłanka ta musi mieć charakter zobiektywizowany. Niezbędne jest odwołanie się do wzorca zachowania się, jakby zachował się w takiej sytuacji człowiek oceniający sprawę rozsądnie. Czy dla każdego oceniającego sprawę rozsądnie charakter stosunku łączącego wykonawcę z osobami wykonującymi czynności w postępowaniu wystarczyłby do uznania za budzący uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.⁵ Należy podkreślić, iż istnienie takiego stosunku samo w sobie nie uzasadnia wyłączenia. Ważne jest ustalenie, czy stosunek ów budzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności.⁶

Ocena istnienia przesłanki określonej w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy nie może mieć również charakteru abstrakcyjnego. Musi być ona – z istoty rzeczy – dokonywana zawsze w stosunku do konkretnego wykonawcy i konkretnych relacji występujących pomiędzy tym podmiotem a osobą wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego. Fakt związania osoby występującej po stronie zamawiającego z wykonawcą stosunkiem prawnym lub faktycznym nie zawsze powinien przesądzać o wyłączeniu tej osoby z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Ocena tego stanu powinna być prowadzona w kontekście wpływu na bezstronność wykonywanych czynności.⁷

Powodem braku bezstronności będzie stosunek osobisty powstały zarówno przed, jak i po wszczęciu postępowania, który łączy osoby wymienione w art. 17 ust. 1 pzp [ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych] z wykonawcą (co rozumiałe, na równi z wykonawcą należy traktować także ustanowionych przez niego pełnomocników). Dodatkowo na uwagę zasługuje [...] fakt, że co do zasady nie można uznać relacji

³ Ibidem

⁴ E.J. Nowicki, „Bezstronność i obiektywizm w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”; Zamówienia Publiczne Doradca nr 8 z 2010 r.

⁵ G. Wicik, P. Wiśniewski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.” Warszawa 2007

⁶ Dr. M. Gruzicki, „Czy w świetle ustawy o zamówieniach publicznych członek zarządu gminy może być członkiem komisji przetargowej, jeżeli gmina występuje jako zamawiająca?” Nowe Zeszyty Samorządowe nr 6 z 1999 r.

⁷ M. Bielikow, „Wyłączenie osób z czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”; Finanse Komunalne nr 10 z 2013 r.

osobistych, które istnieją wyłącznie na gruncie zawodowym pomiędzy podmiotem wykonującym czynności w postępowaniu a wykonawcą za pozostawanie w stosunku, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 pzp.⁸

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 grudnia 2002 r., V Ca 1851/02, ZPO 2003, nr 2, poz. 23, odnoszący się do analogicznego przepisu art. 20 uchylonej ustawy o zamówieniach publicznych, wskazuje, że norma ta nie wyklucza z udziału w pracach po stronie zamawiającego osoby, której małżonek jest pracownikiem wykonawcy; zdaniem Sądu, tak szerokie rozumienie treści przepisu nie znajduje uzasadnienia i prowadziłoby do nieuzasadnionego wyłączenia, szczególnie w małych miejscowościach, z postępowań o udzielenie zamówień publicznych działających na danym terenie podmiotów gospodarczych; mimo że sam fakt zatrudnienia osoby bliskiej u wykonawcy nie musi więc przesądzać o konieczności wyłączenia z postępowania, to jednak niezbędne jest ustalenie przez wykonującego czynności po stronie zamawiającego faktycznych związków tej osoby z zamówieniem, o które ubiega się jego pracodawca, oraz wpływu zatrudnienia tej osoby u wykonawcy na możliwość zachowania bezstronności przy dokonywaniu czynności w postępowaniu; jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie winny skutkować wyłączeniem z postępowania.⁹

Przesłanka wyłączenia z postępowania osoby występującej po stronie zamawiającego określona w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, różni się od pozostałych wskazanych w tym przepisie tym, że do jej zastosowania nie wystarczy samo zaistnienie określonej sytuacji (pozostawanie w stosunku prawnym czy faktycznym) lecz wymagane jest określenie czy danej sytuacji stosunek taki może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności takiej osoby).

Nie bez znaczenia jest w tym kontekście badanie okoliczności faktycznych związanych z samym postępowaniem. Jak słusznie podkreśla KIO w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1037/11): „W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6, w związku z art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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

⁸ B. Frączyk, „Wyłączenie z postępowania”, Przetargi Publiczne nr 4 z 2010 r.

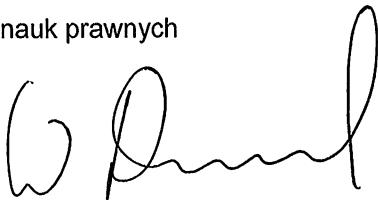
⁹ Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. IV, Warszawa 2012

ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania”.

Pogląd ten podziela Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 października 2013 r. (sygn. akt: WA 24/13), który wskazał, że przy ocenie *post factum* czy zachodziły okoliczności uzasadniające wyłączenie osoby występującej po stronie zamawiającego na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp istotna jest m.in. analiza prawidłowości przeprowadzenia postępowania oraz fakt czy w trakcie tego postępowania doszło do naruszeń przepisów ustawy.

W ocenianym stanie faktycznym, w postępowaniu złożona została jedna oferta. Ocena oferty została dokonana z poszanowaniem przepisów prawa oraz zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z tym nie ma podstaw aby uznać, że osoby dokonujące czynności w postępowaniu uchybiły zasadzie obiektywizmu i bezstronności.

Dr nauk prawnych



Włodzimierz Dzierżanowski