

Wioleta Bajda
Anita Elżanowska
Bernadetta Tarnowska
Anetta Zakrzewska

**DOKUMENTOWANIE
POSTĘPOWANIA
O UDZIELENIE
ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO
NA NOWYCH ZASADACH**

Stan prawny na dzień 1 maja 2021 r.

Warszawa 2021

Spis treści

WYKAZ SKRÓTÓW	9
----------------------------	----------

WSTĘP	11
--------------------	-----------

ROZDZIAŁ 1. ZASADY JAWNOŚCI I PISEMNOŚCI, A OBOWIĄZEK DOKUMENTOWANIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	13
---	-----------

1.1. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	13
1.2. Wyjątki od zasady jawności	17
1.3. Zasada pisemności postępowania według NPZP	27
1.4. Wyjątki od zasady pisemności	31
1.5. Podstawy prawne obowiązku sporządzania protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego treść	33
1.6. Wyjątki od zasady sporządzania protokołu	36
1.7. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozporządzenie w sprawie protokołu – uwagi ogólne.....	37

ROZDZIAŁ 2. ZAWARTOŚĆ PROTOKOŁU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO – OMÓWIENIE NAJWAŻNIEJSZYCH WZORÓW PROTOKOŁU KROK PO KROKU	39
--	-----------

2.1. Zawartość protokołu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego	41
2.2. Zawartość protokołu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym.....	77

2.3. Zawartość protokołu postępowania prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (odrębności)	86
2.4. Zawartość protokołu prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem/sektorowych negocjacji z ogłoszeniem (odrębności)	89
2.5. Zawartość protokołu prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego (odrębności)	97
2.6. Zawartość protokołu prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia (odrębności)	102
2.7. Zawartość protokołu prowadzonego w trybie z tzw. wolnej ręki (odrębności)	106

ROZDZIAŁ 3. ZAŁĄCZNIKI DO PROTOKOŁU 115

3.1. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego	115
3.2. Plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe i inne podobne materiały	125
3.3. Zasady zwrotu wykonawcom materiałów składanych wraz z ofertami	128

ROZDZIAŁ 4. PRZECHOWYWANIE I UDOSTĘPNIANIE PROTOKOŁU I ZAŁĄCZNIKÓW DO PROTOKOŁU 130

4.1. Zasady i sposób przechowywania protokołu i załączników do protokołu.....	130
4.2. Zasady i sposób udostępniania protokołu i załączników	134
4.2.1. Jawność protokołu.....	134
4.2.2. Ograniczenia zasady jawności protokołu	136
4.2.3. Wniosek o udostępnienie protokołu lub załączników do protokołu.....	143
4.2.4. Sposób udostępnienia protokołu lub załączników.....	145
4.2.5. Termin udostępnienia protokołu lub załączników	146
4.2.6. Kwestia opłat za udostępnienie protokołu lub załączników.....	152

ROZDZIAŁ 5. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA A OBOWIĄZEK DOKUMENTOWANIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZMÓWIENIA PUBLICZNEGO 154

- 5.1. Czym jest tajemnica przedsiębiorstwa? 154
- 5.2. Materialne przesłanki zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa 156
- 5.3. Skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa 161
 - 5.3.1. Wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa 161
 - 5.3.2. Dowody 167
 - 5.3.3. Termin zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa 171
 - 5.3.4. Badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego 172
- 5.4. Rodzaje informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego 174
 - 5.4.1. Dokumenty dotyczące doświadczenia wykonawcy 175
 - 5.4.2. Dokumenty dotyczące personelu wykonawcy 181
 - 5.4.3. Tajemnica przedsiębiorstwa merytorycznej części oferty 184
 - 5.4.4. Informacje odnoszące się do cen i kosztów, wyjaśnienia ceny... 188
 - 5.4.5. Inne informacje zastrzegane przez wykonawców 193

ROZDZIAŁ 6. RODO A DOKUMENTOWANIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO 196

ROZDZIAŁ 7. PRZEKAZYWANIE PRZESOWI UZP INFORMACJI O ZŁOŻONYCH WNIOSKACH O DOPUSZCZENIE DO UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU LUB OFERTACH 207

- 7.1. Obowiązek przekazania informacji 207
- 7.2. Zakres informacji 208
- 7.3. Termin przekazania informacji 212
- 7.4. Forma przekazania informacji 214

ROZDZIAŁ 8. WZORY PROTOKOŁÓW 216

- 8.1. Wzór protokołu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego 216
- 8.2. Wzór protokołu postępowania w trybie podstawowym 224

ROZDZIAŁ 1. Zasady jawności i pisemności, a obowiązek dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

1.1. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych. Zawarta została w art. 18. ust. 1 NPZP (będącym odzwierciedleniem treści art. 8 ust. 1 obowiązującego na gruncie ustawy PZP z 2004 r.), zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, zasada jawności ma na celu zapewnienie zarówno uczestnikom postępowania, jak i wszystkim zainteresowanym dostępu do informacji i dokumentów dotyczących postępowania.

Wskazać należy, że w swoich wyrokach TSUE wielokrotnie wskazał, że obowiązek jawności ma na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej¹. Zatem, zasada jawności postępowania ma służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego². Innymi słowy, zasada jawności ma umożliwić wykonawcom i innym podmiotom zainteresowanym realną ocenę i kontrolę nad czynnościami zamawiającego podejmowanymi w celu wyboru wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego³.

¹ Wyroki Trybunału Sprawiedliwości z 05.12.2013 r., C-561/12, Nordecon AS i Ramboll Eesti AS v. Rahandusministeerium, EU:C:2013:793; z 29.03.2012 r., C-599/10, SAG ELV, por. także: W. Dzierżanowski, Prawo dostępu do sądu w zamówieniach publicznych, Rozdział IV Sądowa kontrola administracji 5. Dostęp do informacji o zamówieniu, Warszawa, 2018, Lex.

² Por. wyrok KIO z dnia 30.09.2020, sygn. akt KIO 2159/20.

³ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 06.04.2018 r, sygn. akt. VI Ga 114/18.

Podstawowym źródłem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest wynikające z art. 54 i art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej powszechne prawo każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Zgodnie, z kolei z art. 61 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, tryb oraz sposób udostępniania informacji publicznej określają przepisy ustaw. Realizację powyższego przepisu stanowi ustawa o dostępie do informacji publicznej. Reguluje ona zakres przedmiotowy i podmiotowy jej stosowania a także zawiera definicję informacji publicznej, którą jest każda informacja wytworzona, przetworzona lub znajdująca się w posiadaniu władz publicznych bądź innych podmiotów wykonujących zadania publiczne. Doprecyzowaniem tej definicji jest art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, który wprowadza przykładowy katalog informacji i dokumentów stanowiących informację publiczną, w szczególności jest nią informacja o majątku publicznym (art. 6 pkt 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej). Na podstawie powyższych regulacji przyjmuje się, iż każda wiadomość wytworzona lub odnosząca się do władz, podmiotów sprawujących funkcje publiczne albo odnosząca się do innych podmiotów, wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa stanowi informację publiczną podlegającą udostępnieniu. Niewątpliwie zasada jawności jest zbieżna z obowiązkami wynikającymi z ustawy o dostępie do informacji publicznej. Innymi słowy, ponieważ większość zamówień publicznych udzielana jest ze środków publicznych lub z udziałem takich środków publicznych, to każdy zainteresowany powinien mieć prawo do uzyskania informacji o wydatkowaniu środków publicznych przez zamawiających.

W tym miejscu rozważań warto przyjrzeć się stosunkowi pomiędzy prawem do informacji publicznej wywodzonym na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej a NPZP. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej przepisy tej ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi. Oznacza to, że ustawa o dostępie do informacji publicznej reguluje ogólne zasady postępowania w tych sprawach, a jej przepisów nie stosuje się wyłącznie wtedy, gdy są one nie do pogodzenia z przepisami ustaw szczególnych. W tej sprawie wypowiedział się m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny

w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 19.06.2019 r.⁴, w którym stwierdził, że „w świetle art. 96 ust. 3 p.z.p. protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kwestie „techniczne” związane z udostępnieniem protokołu i załączników określa § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128). W orzecznictwie wskazuje się, że przywołane przepisy stanowią *leges speciales* w stosunku do u.d.i.p. Określają one sposób udostępniania informacji publicznych dotyczących zamówień publicznych”.

Dalej, w uzasadnieniu ww. wyroku Wojewódzki Sąd Administracyjny argumentował, że „ustawa ta (chodzi o ustawę PZP z 2004 r. – przyp. aut.) zawiera uregulowania szczególne, które należy uwzględnić przy stosowaniu trybu dostępu do informacji publicznej. Innymi słowy, podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej stosuje przepisy u.d.i.p. przy uwzględnieniu szczególnych unormowań p.z.p. (por. wyroki NSA z 9 października 2009 r., I OSK 322/09 i z 14 grudnia 2012 r.; I OSK 2208/12, wyrok WSA w Lublinie z dnia 6 września 2018 r., II SAB/Lu 98/18, CBOSA)”.

Ponadto „z uwagi na specyfikę postępowania z zakresu zamówień publicznych należy przyznać priorytet prawu do informacji publicznej względem prawa do prywatności (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.), które w sposób odmienny regulują zasady i tryb dostępu do informacji publicznych”⁵.

Zaznaczenia wymaga także, że zakres podmiotowy zastosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej, jak i NPZP jest w znacznej części zbieżny. Oznacza to, że w przypadku, gdy dana informacja podlega dwóm omawianym regulacjom, wniosek o dostęp do informacji o zamówieniu publicznym może być oparty o każdą z nich (przy czym podawanie podstawy prawnej wniosku o dostęp do informacji nie jest konieczne). Jednocześnie, z uwagi na fakt, że przepisy NPZP oraz rozporządzenie w sprawie protokołu regulują szczegółowo zasady określające sposób, tryb i formę udostępniania protokołu oraz załączników do protokołu w sposób odmienny niż ustawa o dostępie do informacji publicznej, jej przepisy nie będą miały w tym zakresie zastosowania⁶.

⁴ Sygn. akt II SAB/Go 125/19.

⁵ Tamże.

⁶ Por. W. Bajda: „Protokół postępowania o udzielenie zamówienia”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2012, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0014/24710/protokol_postepowania.pdf (dostęp 8.03.2021).

Zasada jawności postępowania oznacza, że wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego od momentu wszczęcia postępowania do jego zakończenia powinny być jawne. W szczególności zasada ta znajduje odzwierciedlenie w przepisach NPZP dotyczących, m.in publikacji ogłoszeń, informowania wykonawców o czynnościach podejmowanych w ramach postępowania, takich jak odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawców z postępowania, wybór oferty najkorzystniejszej, unieważnienie postępowania, dokumentowania postępowań.

Realizacją zasady jawności jest także jawność umów o zamówienie publiczne. Warto w tym miejscu wspomnieć, że przepisy NPZP nie zawierają regulacji obowiązującej na gruncie ustawy PZP z 2004 r., która w art. 139 ust. 3 ustawy PZP z 2004 r., wprost wskazywała, że umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Niemniej, z uwagi na krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania NPZP, charakter środków, jakimi dysponują, a także ze względu na osiąganą cele o znaczeniu publicznym, bez wątpienia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią informację publiczną, lecz podlegają udostępnieniu na zasadach wynikających z NPZP oraz rozporządzenia w sprawie protokołu.

Niewątpliwie, dokumentem, który odwzorowuje przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności jest protokół postępowania. Wynika to przede wszystkim z brzmienia art. 74 ust. 1 NPZP, zgodnie z którym protokół postępowania jest jawny. Ponadto, jak wskazuje treść art. 74 ust. 2 NPZP jawność ta obejmuje także załączniki do protokołu i dotyczy wszystkich zainteresowanych, bez względu na to czy mają status wykonawcy lub jakikolwiek interes w uzyskaniu informacji ujętych w tych dokumentach. Stąd, istotnym jest prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco, dokumentowanie sukcesywnie czynności dokonywanych w postępowaniu, bowiem⁷ protokół stanowić ma zbiorczą informację z najważniejszych dla procedury etapów postępowania⁸. Protokół postępowania, co wynika również z legalnej definicji wyrażonej w art. 7 pkt 19) NPZP, sporządzony przez zamawiającego ma potwierdzać przebieg całego postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady, protokół postępowania, zamawiający sporządza i prowadzi niezależnie od trybu postępowania, z tym zastrzeżeniem, że protokół postępowania nie sporządza się w przypadku, gdy zamówienia udziela się na warunkach określonych w umowie ramowej zawartej z jednym wykonawcą lub z kilkoma wykonawcami, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 71 ust. 2 NPZP). Pozostałe wyjątki od zasady sporządzania protokołu postępowania zostały szerzej omówione w Rozdziale 1 pkt. 1.6. niniejszej publikacji. Szczegółowe informacje dla zamawiającego o sposobie dokumentowania

⁷ Por. uchwał KIO z dnia 06.02.2106 r, sygn. akt KIO/KD 11/16.

⁸ Uchwała KIO z dnia 5.02.2015 r., sygn. akt KIO/KD 111/14.

oraz przechowywania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informacje w zakresie wzorów protokołów postępowania, dodatkowych informacji zawartych w protokole postępowania czy też sposobu i formy udostępniania zainteresowanym protokołu postępowania wraz z załącznikami określa rozporządzenie w sprawie protokołu.

Nie budzi wątpliwości fakt, że to na zamawiającym ciąży obowiązek przestrzegania zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasada ta realizuje się poprzez zapewnienie swobodnego dostępu do informacji publicznej i dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia wszystkim jego uczestnikom oraz podmiotom zainteresowanym, bowiem przepisy NPZP gwarantują dostęp do tych informacji nieograniczonej liczbie osób, niezależnie od istnienia interesu prawnego lub faktycznego. Zasada jawności postępowania odgrywa ważną rolę w aspekcie postępowań o zamówienia publiczne. Zapewnia możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami NPZP oraz instrumentów kontroli ze strony wykonawców. Omawiana zasada jest istotna również ze względu na zapewnienie publikacji informacji o konkretnym zamówieniu, które gwarantują równy dostęp i przejrzystość procedur. Statuuje ona pełny oraz bezpośredni dostęp do wszelkich dokumentów dotyczących zamówienia⁹.

Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

1.2. Wyjątki od zasady jawności

Nadrzędną zasadą w systemie zamówień publicznych jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Powyższe implikuje, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w NPZP.

W myśl art. 18 ust. 2 NPZP w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły bowiem „zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą one być interpretowane tak, aby prowadziły to do jej ograniczenia”¹⁰.

Niemniej zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia wynikająca z NPZP nie ma charakteru absolutnego. Wyjątki od zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia określone zostały w przepisach art. 18 ust. 3–6 NPZP oraz art. 74 ust. 2–3 NPZP i dotyczą przypadków opisanych poniżej:

⁹ Informacje gospodarcze. Studium prawne, red. prof. dr hab. Anna Walaszek-Pyziół, Rozdział XVII. Informacja w zamówieniach publicznych, E.Koźmińska, Legalis.

¹⁰ Tak, wyrok KIO z dnia 08.06.2016 r., sygn. akt KIO 879/16.

1. Podstawowym wyjątkiem od zasady jawności przewidzianym w art. 18 ust. 3 NPZP, jest nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r., poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyjątkowy charakter tej regulacji oraz systemowe znaczenie zasady jawności prowadzą do wniosku, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne wyłącznie wtedy, gdy dane informacje zastrzegane przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają wymagania określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz, gdy wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane a także wykonawca wykazał zamawiającemu istnienie tych przesłanek.

Wykonawca nie może jednak zastrzec jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które podawane są do publicznej wiadomości, tj. nazwy (firmy) albo imion i nazwisk wykonawcy/wykonawców, adresu siedziby lub miejsc prowadzonej działalności gospodarczej lub miejsc zamieszkania wykonawcy/wykonawców, których oferta/oferty zostały otwarte, informacji o cenie, terminie wykonania zamówienia czy warunków gwarancji, które zawarte są w ofercie.

Na marginesie wspomnieć należy, że regulacja dotycząca zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w NPZP pozostaje niezmieniona w stosunku do treści dotychczas obowiązującego art. 8 ust. 3 ustawy PZP z 2004 r.

Zasady dotyczące skutecznego zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały szczegółowo omówione w Rozdziale 5 pkt 5.2. i 5.3.

2. Odstępstwem od zasady jawności jest poufność informacji przekazywanych wykonawcom, o której jest mowa w art. 18 ust. 4 NPZP.

Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten przenosi na grunt prawa polskiego postanowienie art. 21 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji, które te instytucje udostępniają w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nałożenie takich wymogów powinno mieć uzasadnienie w charakterze przekazywanych wykonawcom informacji i nie może mieć na celu ograniczenia konkurencji¹¹.

¹¹ Komentarz art. 18, P. Granecki, Legalis.