

Rozdział I. Opis przedmiotu zamówienia

1. Wprowadzenie

1.1. Informacje ogólne

Zamawiający wybiera wykonawcę w przygotowanym oraz przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego cel stanowi zaspokojenie istniejących w danym czasie potrzeb. Taki stan rzeczy podyktowany jest założeniem, że tylko zamawiający ma adekwatną wiedzę o swoich oczekiwaniach skorelowanych z możliwościami finansowymi. Co do zasady, tylko on może określić i następnie opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, że zrealizowane na jego rzecz w ramach zamówień publicznych roboty budowlane, dostawy lub usługi – właściwie, racjonalnie, efektywnie oraz oszczędnie zaspokajają będą jego określone potrzeby.

Każdy zamawiający to jednocześnie gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Samodzielnie powinien zatem, z uwzględnieniem własnych uzasadnionych potrzeb oraz oczekiwań, przygotowywać dokumentację przetargową (a w szczególności jeden z jej najistotniejszych elementów, jakim jest opis przedmiotu zamówienia). Powinien przy tym mieć na uwadze nie to, aby przyjęte w niej definicje określonych pojęć odpowiadały ich znaczeniom nadawanym przez innych zamawiających w prowadzonych przez nich postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, ale to, aby pojęcia zdefiniowane były w sposób jednolity oraz zrozumiały. Tymczasem w przepisach ZamPubU brak jest nie tylko uniwersalnego schematu konstruowania opisów przedmiotu zamówienia, ale również definicji wykorzystywanych do tego pojęć, które można byłoby określić mianem zbioru dobrych praktyk. Tym bardziej więc nie ma na gruncie ZamPubU normatywnego obowiązku ujednolicania przez zamawiających opisów przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, obowiązkiem każdego wykonawcy jest całościowa interpretacja

postanowień konkretnej SIWZ, nie zaś egzegeza poszczególnych, wyrwanych z jej kontekstu treści (zob. np. wyr. KIO z 7.11.2014 r., KIO 2225/14, Legalis).

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, powinien uwzględniać aktualne możliwości techniczne danej branży (np. budowlanej, informatycznej, medycznej) oraz swoje własne dotychczasowe lub obecne doświadczenia. Jednocześnie wiążą go przepisy ZamPublU, w szczególności art. 29–31 ZamPublU. Jeżeli nawet zamawiający nie jest profesjonalistą w danej dziedzinie, musi umieć określać swoje potrzeby oraz oczekiwania. Jeżeli przedmiot jest wysoce specjalistyczny, a zamawiający nie ma odpowiedniej wiedzy, aby jasno określić wymagania, może skorzystać z dialogu technicznego, trybów uwzględniających element negocjacyjny (np. dialogu konkurencyjnego) bądź powołać biegłych. Nie ma natomiast uzasadnienia do zwolnienia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie wyjątków w tym zakresie prowadziłoby do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi jeden z podstawowych elementów SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 3 ZamPublU). Ogłoszenie o zamówieniu (np. w przetargu nieograniczonym) zawiera tylko określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, wraz z informacją o możliwości składania ofert częściowych. Oznacza to, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający określa wyłącznie przedmiot zamówienia, natomiast jego szczegółowy opis następuje w SIWZ. Nie wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia muszą być więc wyszczególnione w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku robót budowlanych jest to wręcz niemożliwe ze względu na zakres dokonywanego opisu. Inna jest poza tym potrzeba szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia w przetargu nieograniczonym i w przetargu ograniczonym. Specyfiką trybu przetargu nieograniczonego jest to, że zamawiający z góry powinien określić wszystkie istotne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji. W przetargu ograniczonym natomiast, stosowanym najczęściej w postępowaniach niestandardowych oraz skomplikowanych (np. w branży informatycznej), zamawiający z reguły opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie funkcjonalności, które przedmiot zamówienia ma spełniać.

Przykład

Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na malowanie pomieszczeń biurowych. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zamieszcza m.in. zapisy: „przeniesienie mebli z zabezpieczeniem przed malowaniem”, „ułożenie podłogi z płyty OSB

oraz ułożenie linoleum”. Przepisy ZamPublU nie sprzeciwiają się wprost udzielaniu zamówień obejmujących swoim zakresem różne przedmioty (np. roboty budowlane oraz usługi). Jeżeli zatem przedmiotem zamówienia jest malowanie, to w opisie może znaleźć się również wymaganie, aby wykonawca przed przystąpieniem do malowania zabezpieczył odpowiednio meble i je przeniósł. Może również domagać się np. ułożenia podłogi. Istotne jest jednakże, aby opis przedmiotu zamówienia przez zamawiającego nie został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy zatem najpierw rozpoznać rynek, by sprawdzić, czy działają na nim podmioty „kompleksowo” wykonujące tego rodzaju prace. W celu zwiększenia konkurencyjności zamawiający może też zawsze rozważyć dopuszczenie składania ofert częściowych, czyli podział danego zamówienia na zadania (pakiety) obejmujące poszczególne rodzaje prac (np. jedno zadanie: malowanie, drugie: ułożenie podłogi itp.).

1.2. Opis przedmiotu w zamówieniach wyłączonych spod obowiązku stosowania ZamPublU

Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wartości progowej określonej w art. 4 pkt 8 ZamPublU, do jego udzielania nie stosuje się ZamPublU. Oznacza to, że brak jest – co do zasady – wymogu przestrzegania reguł dotyczących m.in. opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający może więc stosować nazwy własne i kupować taki towar, jakiego dokładnie potrzebuje. Istotne jest tylko, aby przestrzegać zasad wynikających z FinPublU, zwłaszcza zasad celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Sytuacja komplikuje się, jeżeli zamówienie jest współfinansowane ze środków europejskich. Często w praktyce przy takich zamówieniach (nawet gdy ze względu na wartość nie ma zastosowania ZamPublU) nakłada się na beneficjentów obowiązki analogiczne do tych, które mają miejsce przy udzielaniu zamówień na podstawie przepisów ZamPublU.

Przykład

Samorządowa instytucja kultury (jednostka sektora finansów publicznych) opracowała wewnętrzny regulamin udzielania zamówień wyłączonych spod rygorów ZamPublU (tj. o wartości mniejszej niż kwota określona w art. 4 pkt 8 ZamPublU). Zgodnie z regulaminem do zamówień o określonej wartości kierownik zamawiającego zobowiązany jest opracować opis przedmiotu zamówienia i zamieścić na stronie internetowej zaproszenie do składania ofert. W regulaminie znajduje się ponadto postanowienie, z którego wynika, że w przypadku udzielania zamówień finansowa-

nych w ramach funduszy unijnych pierwszeństwo przed regulaminem mają obowiązujące wytyczne programu finansującego. Zamawiający zamierza udzielić zamówienia wyłączonego spod obowiązku stosowania ZamPublU, lecz współfinansowanego z programu unijnego. Wytyczne dotyczące tego programu wprost zabraniają używania znaków towarowych, nazw własnych do opisu przedmiotu zamówienia, nawet w przypadku udzielania zamówień wyłączonych spod ZamPublU. W takiej sytuacji zamawiający musi się do nich bezwzględnie zastosować, tzn. zrezygnować z używania znaków towarowych. Gdyby natomiast zamówienie było finansowane z budżetu instytucji, a regulamin wewnętrzny nie wprowadził zakazu używania do opisu przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów czy pochodzenia, zamawiający mógłby skorzystać z reguł ogólnych wynikających z faktu niestosowania ZamPublU, tj. możliwości użycia znaków towarowych i zakupienia tego, co konkretnie chce.

W zakresie zamówień nieobjętych przepisami ZamPublU ze względu na wartość lub przedmiot zamówienia, zamawiający musi pamiętać o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, aby otrzymać to, co rzeczywiście jest mu potrzebne.

Przykład

Zamawiający zamierza udzielić zamówienia uzupełniającego na roboty budowlane o wartości mniejszej od 30 000 euro. Przedmiotem zamówienia będą te same rodzaje robót, co wskazane w przedmiarze robót dla zamówienia podstawowego. Ma jednak wątpliwość, jaka dokumentacja stanowić powinna opis przedmiotu zamówienia dla zamówienia uzupełniającego, tj. czy wystarczy protokół konieczności i kosztorys ofertowy wykonawcy, a w umowie zapis, że przedmiotem zamówienia są roboty wskazane w protokole konieczności i kosztorysie ofertowym wykonawcy zaakceptowanym przez zamawiającego, czy też należy sporządzić dokumentację projektową lub specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiar robót.

Jeżeli wartość szacunkowa zamówienia uzupełniającego nie przekracza 30 000 euro, zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania procedur przewidzianych w ZamPublU (zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki) w celu jego udzielenia. Nie oznacza to jednak całkowitego zwolnienia zamawiającego z obowiązku zastosowania przepisów ZamPublU. Funkcjonuje stanowisko, że zamawiający w celu ustalenia, czy zachodzi powyższa sytuacja, zobowiązany jest m.in. do zastosowania przepisów ZamPublU do opisanego przedmiotu zamówienia, oszacowania jego wartości, sprawdzenia, czy stanowi ono zamówienie uzupełniające oraz do przestrzegania w takim przypadku zakazu podziału tego zamówienia na części albo zaniżania jego wartości w celu uniknięcia obowiązku stosowania przepisów ZamPublU. Zasadniczo czynności dotyczące opisu przedmiotu zamówienia uzupełniającego oraz ustalenia jego wartości szacunkowej

wykonuje zamawiający. Wydaje się przy tym możliwe wykorzystanie kosztorysu ofertowego wykonawcy zamówienia podstawowego, ale jako podstawy (bazy) do ustalenia wartości zamówienia uzupełniającego, które zamawiający zamierza udzielić.

1.3. Zamówienia wielorodzajowe a opis przedmiotu zamówienia

W przypadkach uzasadnionych przesłankami racjonalnymi, technicznymi, technologicznymi, oszczędnościowymi lub organizacyjnymi dopuszczalne jest, aby przedmiot zamówienia publicznego, opisany zgodnie z wymaganiami ZamPublU, składał się z różnych rodzajów zamówienia tj. usługi, dostawy lub robót budowlanych.

Zamówienia publiczne obejmujące różne rodzaje świadczeń określa się w doktrynie prawa zamówień publicznych jako „zamówienia mieszane” lub „zamówienia wielorodzajowe”. Reguły ich udzielania zawiera art. 6 ZamPublU. Nie determinuje on jednak opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie dopuszczalnych sposobów łączenia różnych rodzajów świadczeń (usług, dostaw, robót budowlanych) w ramach jednego zamówienia. Przepis ten stanowi jedynie normę kolizyjną, eliminując wątpliwości co do tego, w jaki sposób należy zgodnie z ZamPublU kwalifikować takie zamówienia. Przewidziano to w poniższej tabeli.

Tabela 1. Kwalifikacja zamówień wielorodzajowych

Przedmiot zamówienia „wielorodzajowego”	Przepis ZamPublU	Jakie przepisy stosuje się do udzielenia zamówienia?
dostawy oraz usługi	art. 6 ust. 1	przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy
roboty budowlane oraz usługi	art. 6 ust. 1	przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy
dostawy oraz usługi polegające na rozmieszczeniu lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra	art. 6 ust. 2	przepisy dotyczące dostaw
roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania	art. 6 ust. 3	przepisy dotyczące robót budowlanych
usługi oraz roboty budowlane	art. 6 ust. 4	przepisy dotyczące usług

Przykład

Zamawiający organizuje przetarg nieograniczony na bieżące utrzymanie dróg. Zamówienie będzie obejmowało: ścinę poboczy, odtworzenie rowów, oczyszczenie i remont przepustów (roboty budowlane), dostawę kruszywa do uzupełnienia dróg gruntowych (dostawa). W przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem, którego przedmiotem są roboty budowlane oraz dostawy. Po wyliczeniu szacunkowej wartości zamówienia największy wartościowy udział w zamówieniu będą miały roboty budowlane. Jeżeli dostawy są przy tym niezbędne do wykonania robót budowlanych, należałoby do udzielenia przedmiotowego zamówienia zastosować przepisy dotyczące robót budowlanych.

Ważne

Powyższe reguły kolizyjne, zawarte w art. 6 ZamPublU, nie dają rozwiązania, jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje równocześnie dostawy, usługi i roboty budowlane. Z tego względu zamawiający powinien w takiej sytuacji – w celu właściwego zakwalifikowania zamówienia mieszanego – porównać wartość poszczególnych jego elementów lub ustalić główny przedmiot albo cel udzielenia zamówienia.

Wydaje się, że należałoby w pierwszej kolejności dążyć do „wyeliminowania” pochodnego, ubocznego elementu zamówienia, mającego charakter wyłącznie uzupełniający, a następnie zastosować reguły określone w art. 6 ZamPublU, dające rozwiązanie sytuacji, gdy przedmiot zamówienia składa się z dwóch elementów.

Przykład

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprężarki (o wartości 2/3 całości zamówienia) oraz wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie fundamentów oraz rozbudowie istniejącej infrastruktury. Planowana dostawa nie jest niezbędna do wykonania robót budowlanych, stąd – z uwagi na niespełnienie hipotezy – nie znajdzie zastosowania art. 6 ust. 3 ZamPublU. Jest wręcz przeciwnie, to roboty budowlane służą spełnieniu celu stawianego przed nabyciem przedmiotowego urządzenia. Umożliwiają one jego posadowienie (po wybudowaniu fundamentów) oraz scalenie z istniejącym układem technologicznym (w wyniku rozbudowy istniejącej infrastruktury). Opisana sytuacja odpowiada art. 6 ust. 2 ZamPublU, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się

przepisy dotyczące dostaw. Wyjaśnić należy, że sformułowanie „rozmieszczenie lub instalacja” może dotyczyć robót budowlanych albo usług. Mają one charakter uboczny w stosunku do przedmiotu dostawy, tj. bez ich wykonania cel dostawy nie zostanie osiągnięty. Ponadto, wartość przedmiotu dostawy znacznie przekracza koszt jego rozmieszczenia lub instalacji.

1.4. Zgodność opisu przedmiotu zamówienia z potrzebami zamawiającego

Obowiązek przestrzegania przewidzianych przez ZamPublU reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zamawiający ma prawo do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który pozwala mu na dokonanie zakupu rzeczy zgodnych z jego potrzebami, wynikającymi z funkcjonalnego lub technicznego powodu. Jeżeli więc zamawiający oczekuje na jego rzecz dostawy jakiegoś dobra bądź świadczenia usługi, musi określić swoje wymagania tak szczegółowo i dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje i to właśnie mu zaoferować.

Ingerencja wykonawców w opis przedmiotu zamówienia nie może w związku z powyższym prowadzić do ograniczenia jego zakresu o elementy niezbędne z punktu widzenia zamawiającego oraz wynikające z jego obiektywnych potrzeb.

Przykład

Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na zakup (wraz z montażem) wyposażenia badawczego. W SIWZ podał szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, tj. dane oraz parametry techniczne, bez nazw własnych. Dopuszczył składanie ofert równoważnych. Jeden z wykonawców zwrócił się z żądaniem zmiany parametrów kamery na inne niż podane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Modyfikacja miałaby dotyczyć zmiany parametrów na inny zakres pomiarowy, na inne pole widzenia, alarmu wibracyjnego. Zamawiający nie musi zawsze ustąpić żądaniom wykonawcy dotyczącym zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Określił właśnie takie parametry, ponieważ jest to aparatura badawcza, która ma służyć określonym celom naukowym. Żądanie wykonawcy można uznać za zasadne, jeżeli zamawiający na tyle rygorystycznie określi wymagania, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, a jednocześnie ogranicza

krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych oraz jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi oraz wygórowanymi. Może tak opisać przedmiot zamówienia, aby otrzymać towar odpowiadający jego rzeczywistym potrzebom. W świetle ZamPublU nie ma więc podstaw, aby nakazywać zamawiającemu zmianę wymaganych parametrów kamery i zakup w istocie innego urzędnika niż rzeczywiście potrzebuje, skoro w jego ocenie wskazane parametry są niezbędne i uzasadnione potrzebami (mają służyć określonym celom badawczym, naukowym).

Orzecznictwo

W orzecznictwie KIO podkreślane jest również, że nie można przyznać wykonawcom bądź organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ZamPublU uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ (por. wyr. KIO z 18.2.2011 r., KIO 233/11; wyr. KIO z 28.3.2014 r., KIO 486/14, Legalis).

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia (np. na artykuły żywnościowe, materiały biurowe), powinien mieć aktualną wiedzę (najlepiej opartą o rozeznanie rynku np. u importerów, w hurtowniach, na stronach internetowych producentów) na temat dostępności towarów, które chce zamówić i które opisuje. Nie jest rzadkością, gdy w opisach przedmiotu zamówienia znajdują się wymagania dostarczenia towarów, które np. nie są już produkowane, nie są dostępne w określonej pojemności, opakowaniach (np. herbata pakowana jest po 20 saszetek, a nie 25), mają inną zawartość składników (np. woda mineralna ma inną zawartość magnezu), inne polepszone parametry. O tym, jak istotna jest precyzja przy kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia na dostawę artykułów spożywczych, świadczy pośrednio stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 12.2.2014 r.

Orzeczenie

W treści SIWZ zamawiający wskazał, że nie dopuszcza ofert wariantowych. Nie zawarł natomiast nakazu oferowania w formularzu asortymentowo-ilościowym produktów pochodzących od jednego producenta. Takim zakazem wbrew twierdzeniom zamawiającego nie było użycie liczby pojedynczej „producent” w nagłówku kolumny 3 formularza ofertowego. Zamawiający dla niektórych produktów wskazywał typy lub określał produkty równoważne, dla innych natomiast oczekiwał podania różnych

rodzajów, określając te rodzaje lub nie (np. w części II, pkt 5 kier lub równoważny, różne kształty; pkt 7 pióra np. Lubella; w części V pkt 8 różne smaki: wiśniowy, truskawkowy, morelowy; w pkt 9 różne smaki; w części VI pkt 1 typu charriot; pkt 2 typu irving, w części VII pkt 8 z nadzieniem owocowym (...) przeciery owoców np. truskawkowy; pkt 10, 11 wafle o różnych smakach (...) aromat np. waniliowy; pkt 13 z galaretką w polewie kakaowej, różne smaki; w części VIII pkt 1 różne zapachy; pkt 23 różne smaki; pkt 26 i 27 różne smaki). Brak było zatem jednolitego opisu artykułów pozwalającego wyprowadzić jednolitą instrukcję wypełniania formularza. Bezsporne było, że w części II pkt 2 zamawiający oczekiwał zaoferowania makaronu z mąki pszennej durum, przyrost z 1 kg masy suchej do około 3,5 kg produktu, różne kształty np. świdry, nitki, łazanki, „kolanka z falbanką”, pióra, rurki itp. Odwołujący się wykonawca dla części wymienionych przez zamawiającego kształtów zaoferował makarony firmy Maxpol, dla innych kształtów makarony firmy Lubella. Zamawiający taki sposób złożenia oferty uznał za złożenie oferty z różnymi sposobami realizacji zamówienia. Pomimo tego w informacji o wyniku postępowania ani na rozprawie, nie wskazał treści SIWZ, która zakazywałaby wykonawcy zaoferowania produktów różnych producentów dla różnego pod względem formy asortymentu oczekiwanego przez zamawiającego. W ocenie KIO nie była to oferta wariantowa, gdyż wykonawca nie przedstawił odmiennego od przyjętego w SIWZ sposobu realizacji zamówienia, a w szczególności nie zaoferował także nieskonkretyzowanego przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację odwołującemu, że zaoferował on jeden asortyment tj. makaron durum, który będzie nabywał od dwóch różnych producentów w zależności od kształtu, w jakim ten makaron jest produkowany u danego producenta. W ocenie KIO wykonawca jednoznacznie wskazał, że makaron durum w formie nitka, świderek, muszelka, rurka, wstążka będzie wyprodukowany przez producenta Maxpol, zaś łazanki, „kolanka z falbanką”, pióra itp., będzie wyprodukowany przez producenta Lubella. Zbiory wskazane przez odwołującego są zatem rozłączne oraz na siebie nie zachodzą. Nie ma możliwości zamiennego oferowania makaronu danego kształtu pochodzącego od Maxpol lub od Lubella w zależności od wyboru wykonawcy. Oferta była więc w tym zakresie stanowcza, a zobowiązanie jednoznacznie określone. Brak było treści SIWZ, z którą taka treść oferty byłaby sprzeczna. W konsekwencji działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU uznano za nieprawidłowe i naruszające ZamPublU (wyr. KIO z 12.2.2014 r., KIO 207/14, Legalis).

2. Zasada uczciwej konkurencji a opis przedmiotu

Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego wymaganiom, a jednocześnie niegodzący w zasadę uczciwej konkurencji. Bezsporne jest obecnie, że nie można utożsamiać wymagania opisanego przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji ze zdolnością do realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży (np. informatycznej, samochodowej, medycznej). Jeżeli bowiem warunki stawiane przez zamawiającego (a wynikające m.in. z opisu przedmiotu zamówienia) są uzasadnione celem, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia, to przyczyną ich ograniczenia nie może być to, że nie każdy produkt dostępny na rynku może je spełnić.

Ważne

Wskazanie przez zamawiającego w SIWZ wymogów technicznych, jakościowych, dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia dla danego wykonawcy nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Jednocześnie nie oznacza to przyzwolenia na stawianie wymagań nieuzasadnionych, które nie gwarantują wyboru oferty najbardziej odpowiadającej potrzebom zamawiającego pod względem jakości, a prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji.

W orzecznictwie KIO ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, nie musi być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ZamPublU. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych oraz wyjątkowych, o ile to uzasadni (zob. np. wyr. KIO z 1.2.2011 r., KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11). Podobne stanowisko zajmowała KIO w wyr. z 28.2.2012 r. (KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12).

Orzeczenie

W wyroku z 30.3.2015 r. KIO wyraziła przekonanie o posiadaniu przez zamawiającego pełnych podstaw do ubiegania się o korzystanie z nowoczesnych urządzeń do terapii medycznych, uwzględniających nowe trendy naukowe. Jako podmiot odpowiedzialny za bezpieczeństwo medyczne pacjentów nie może więc ponosić z tego ty-

tułu negatywnych konsekwencji. W ocenie KIO zamawiający w swojej SIWZ w sposób konsekwentny oraz szczegółowy opisał przedmiot zamówienia, a odwołujący nie wykazał, że taki opis mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W postępowaniu na zakup wraz z dostawą pomp insulinowych dla pacjentów w SIWZ zamawiający wymagał, aby pompy insulinowe były zasilane z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki). Zdaniem KIO pojęcie zasilania z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce jest określeniem dostatecznie precyzyjnym, zważywszy na przykładowe wskazanie punktów sprzedaży baterii. Istotą takiego opisu było dopuszczenie jak najszerszego kręgu podmiotów dostarczających baterie zapasowe, w celu jak najbardziej kompleksowego zabezpieczenia potrzeb beneficjentów świadczenia tzn. dzieci chorych na cukrzycę. Proponowana przez odwołującego definicja spornego wymagania w istocie zawężałaby kanały dystrybucji baterii, które, jak sam przyznał, są nietypowe. Możliwe byłoby ich pozyskanie jedynie w aptece, poprzez zamówienia internetowe oraz za pomocą infolinii w ciągu 24 godzin od momentu zamówienia, co wynikało również z treści wniosku, gdzie posłużył się alternatywą rozłączną. Wnioskowane przez odwołującego drastyczne zawężenie sposobów dystrybucji baterii jest niedopuszczalne i narusza uzasadniony interes zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że na rynku występują co najmniej dwa rodzaje pomp dwóch producentów (Pardigim i Accu Chek Spirit Combo), które posiadają parametry odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia. Wyklucza to możliwość przypisania działaniu zamawiającego utrudniania konkurencji w tym zakresie.

Podobne zapatrywanie odnośnie wymogu ogólnodostępności baterii można znaleźć w orzecznictwie KIO i judykaturze sądowej (np. wyr. KIO z 22.5.2009 r., KIO/UZP 598/09, KIO 161/15; wyr. SO w Szczecinie z 24.7.2009 r., VIII Ga 136/09). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał ponadto, aby pompa insulinowa posiadała funkcję w postaci ciągłego monitorowania glikemii („CMG”), możliwego do odczytania z ekranu pompy. W swoim rozstrzygnięciu KIO wzięła pod uwagę treść Aneksu 6 – Specyfikacja osobistych pomp insulinowych – Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego 2015, gdzie określono wymogi konieczne, w tym w zakresie baterii – zasilania pompy (wydanie 2014, tom 3, Suplement A, s. A 68, wydanie 2015, tom 4, Suplement A, s. A 70). Wyraźnie opisano w nim funkcjonalność w postaci nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby bezpośrednio tylko za pomocą funkcji w pompie. Powyższe Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego były – zdaniem KIO – dostatecznym wskazaniem naukowym, które powinno zostać zrealizowane przez zamawiającego, jako odpowiadające jego uzasadnionym potrzebom. Poza tym KIO uznała również stanowisko grupy ekspertów Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego w sprawie stosowania Systemu Ciągłego Monitorowania Stężenia Glukozy (CGM) u osób z cukrzycą (Diabetologia Praktyczna, 2014, tom 3, nr 2 s. 84–90). Dodatkowo KIO skorzystała z artykułu naukowego

z 2012 r. grupy diabetologów, z tezą, że zarówno u dzieci, jak i dorosłych pacjentów z cukrzycą typu 1, uzupełnienie terapii pompą insulinową o ciągłe monitorowanie glikemii skutkowało spadkiem poziomu HbA 1c oraz krótszym czasem trwania stanów hipoglikemii. Naukowcy stwierdzili również, że wyniki te mogą być rezultatem częstszych samoregulacji terapii insulinowej, a wyłączenie ciągłego monitorowania glikemii skutkowało utratą efektów metabolicznych. Z tych względów KIO uznała powyższy parametr za istotny dla zamawiającego (wyr. KIO z 30.3.2015 r., KIO 483/15, Legalis).

Ważne

Zamawiający musi sobie zdawać sprawę, że dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego wykonawcy oraz ich wysoką cenę.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji – wynikającej z art. 29 ust. 2 ZamPublU – może być dokonane w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

- 1) **bezpośredni** – gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia;
- 2) **pośredni** – gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany wprost, ale wymogi oraz parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że, aby je spełnić, wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Przykład

W przetargu na dostawę pojazdu – autobusu przystosowanego do przewozu osób poruszających się na wózku inwalidzkim, zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, że pojazd ma m.in. mieć lakier koloru „srebrny brylantowy metalik”. Kontrolujący przedmiotowe postępowanie Prezes UZP (KND/10/10) powziął wątpliwość, czy z opisu przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza wskazanego koloru lakieru, a także rodzaju, mocy oraz pojemności silnika nie wynika, że na bazie pojazdu wyłącznie jednej marki możliwe było przystosowanie go do potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ. Powołany rzeczoznawca potwierdził, że nazwa lakieru jest stosowana tylko do pojazdów określonej marki samochodu. Poza tym inne marki pojazdów służące

do zabudowy nie mogły potwierdzać wymagań SIWZ z uwagi na odbiegające od nich parametry mocy lub pojemności silnika. W konsekwencji uznano, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ZamPublU i w sposób pośredni zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Orzeczenie

Opis przedmiotu zamówienia nie może być sformułowany w ten sposób, że przy określonych realiach rynkowych oraz gospodarczych dochodzi do faktycznego monopolu podmiotowego (tj. jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora) lub monopolu przedmiotowego (tj. jednego określonego rodzaju produktu). Takie stanowisko potwierdziła KIO w wyroku z 9.1.2013 r.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na dostawę defibrylatorów wskazał nazwy własne systemu LifeNet oraz urządzeń LifePak 12 oraz LifePak 15. W ocenie odwołującego powodowało to dyskryminację rozwiązań technicznych oraz urządzeń oferowanych przez pozostałych producentów poza wytwórcą Physio Control.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając zarzut, podkreśliła, że dla użytkownika nie jest istotny rodzaj technologii prowadzącej do pożądanej funkcjonalności. Tego rodzaju elementy świadczenia należy bowiem oceniać jedynie w aspekcie uzyskania zakładanego finalnego efektu. Nie jest tym bardziej istotne, przy użyciu jakich urządzeń oraz jakiego producenta podmiot zamawiający może osiągnąć pożądane przez siebie rezultaty. Uzyskanie jednorodnego, prostego w obsłudze oraz wzajemnie kompatybilnego systemu samo w sobie jest pożądanym celem. Jednakże realizacja tego celu nie może być z góry narzucona przez zamawiającego przez dookreślenie konkretnych urządzeń. Wprawdzie KIO, co do zasady, podzieliła stanowisko zamawiającego dotyczące racjonalności oparcia systemu o urządzenia działające w jednolitej konfiguracji umożliwiające uproszczenie ich obsługi i jednolite przeszkolenie personelu, lecz nie podzieliła wybranego przez niego sposobu realizacji tego zamierzenia. Takie ograniczenie stanowi bowiem naruszenie zasady proporcjonalności pomiędzy koniecznymi oraz niezbędnymi metodami zmierzającymi do osiągnięcia pożądanego rezultatu, a samym celem, jakim była budowa jednolitego, komplementarnego systemu teletransmisji danych medycznych zapewniającego uzyskanie skądinąd pożądanego prostoty, niezawodności oraz intuicyjnej obsługi jego poszczególnych elementów. Proporcjonalność metod zmierzających do osiągnięcia zamierzonego celu należy oceniać w zakresie naruszenia ustawowych zasad uczciwej konkurencji, jak również czy są one niezbędne oraz czy wprowadzane w ten sposób ograniczenia są jedyną drogą do osiągnięcia pożądaných skutków.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniała, czy zachowana została proporcja pomiędzy efektami a metodami ich osiągnięcia. Doszła do przekonania, że zamawiający naruszył te

granice i proporcje. Powinien bowiem ograniczyć się do opisanego w sposób funkcjonalny jednolitego systemu, pozostawiając, w ramach konkurencyjnego postępowania, wykonawcom swobodę doboru metod jego realizacji. W zależności od przyjętej przez poszczególnych wykonawców strategii biznesowej, w celu realizacji jednolitego systemu teletransmisji danych biomedycznych, przy uwzględnieniu posiadanych przez poszczególne jednostki defibrylatorów (ich kompatybilności z oferowanym systemem, stopniem zużycia, możliwością rozbudowy i modyfikacji) każdy wykonawca podejmie stosowne decyzje, dokonując wyboru metody budowy tego systemu. W ramach tych decyzji każdy wykonawca składający ofertę postanowi, które urządzenia pozostawi oraz zintegruje z systemem (jeżeli będą mogły z nim współpracować bezpośrednio lub w wyniku modyfikacji) oraz które urządzenia zastąpi nowymi (w przypadku braku możliwości ich współpracy z systemem) w celu uzyskania zakładanej przez zamawiającego liczby urządzeń współpracujących z systemem. W postępowaniu będącym przedmiotem sprawy odwoławczej decyzję powyższą podjął zamawiający, co KIO uznała za niedopuszczalne oraz naruszające, w ramach ustalonego stanu faktycznego, zasady udzielania zamówień publicznych (wyr. KIO z 9.1.2013 r., KIO 2852/12, Legalis).

Przepis art. 29 ust. 2 ZamPublU nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji. Wystarczy wykazać możliwość wystąpienia takiego naruszenia, a więc realny stopień prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje. Powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Aby wykazać możliwość naruszenia konkurencji, nie wystarczy samo podniesienie, że dla wykonawcy dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. To, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna bądź nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Orzeczenie

Zamawiający, dokonując drugiej zmiany treści SIWZ w zakresie ustalenia, gdzie ma się znajdować biuro, w którym będą wykonywane czynności związane z realizacją zamówienia, ustalił parametr graniczny, że lokal przeznaczony na biuro ma znajdować się w promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej w Cz. Stwierdził, że za takim ustaleniem przemawia ważny uzasadniony argument. Wynikał on przede wszystkim

z tego, że odległość 1200 m jest odległością, którą pracownik Straży Miejskiej może pokonać do tego biura pieszo (nie korzystając z dodatkowych środków komunikacji). Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z odwołującym, że nie jest uzasadnione, aby umiejscowienie biura tylko w odległości promienia koła o długości maksymalnie 1200 m miało jakikolwiek związek z możliwością wykonania zamówienia. Postawienie takiego wymagania należało raczej oceniać w kategorii „typowego wygodnictwa” zamawiającego niż potrzeb związanych z możliwością wykonania zamówienia. Ponadto argument, że odległość maksymalnie 1200 m jest odległością, którą może pokonać na piechotę pracownik Straży Miejskiej, jest zbudowany tylko na potrzebę obrony warunku postawionego w SIWZ. Biorąc pod uwagę, że odległość w linii prostej jest z reguły odległością krótszą niż odległość pokonywana drogą ze środka koła do linii jego obwodu, stwierdzić należało, że lokal znajdujący się w pobliżu linii obwodu koła będzie zawsze w większej odległości niż wskazana długość promienia koła.

W tej sprawie bez prowadzenia dokładnych analiz przedłożonej przez zamawiającego mapy (gdzie zakreślono koło wewnątrz którego powinien znajdować się najęty przez wykonawcę lokal) stwierdzić można było, że żadna z dróg od siedziby Straży Miejskiej w kierunku obwodu koła nie przebiega w linii prostej. Tym samym każda odległość drogowa będzie dłuższa niż wskazana długość promienia. Poza tym niewątpliwe było, że poprzez zaznaczoną powierzchnię koła, niemal w jego środku przebiega wielotorowa linia PKP, co powoduje, że te dwie części koła są słabo skomunikowane i droga dojścia czy dojazdu od siedziby Straży Miejskiej do niektórych ewentualnych lokali znajdujących po drugiej stronie torów będzie dłuższa nawet o kilkaset metrów. Tak więc odległość 1200 m od siedziby Straży Miejskiej nie będzie zachowana, co wskazywało, że podawana argumentacja zamawiającego została wykazana tylko na potrzeby postępowania odwoławczego. Nie ulegało więc wątpliwości, że sposób opisu miejsca położenia biura ogranicza krąg potencjalnych wykonawców mogących wykonać zamówienie, jak również wpływa na sposób wyceny oferty.

Zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że tylko takie położenie biura zapewnia właściwe wykonanie zamówienia, lub chociaż ma wpływ na możliwość wykonania. Biorąc pod uwagę powyższe terytorialne ograniczenie miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez ściśle określenie terenu, gdzie może znajdować się biuro wykonywania zamówienia, w ocenie KIO w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję.

Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionowała prawa zamawiającego do określenia miejsca realizacji usługi, jednakże powyższa okoliczność powinna uwzględniać specyfikę jej wykonywania i powinna być raczej kryterium ocenianym, a nie parametrem granicznym. Nie było żadnych przeszkód, aby zamawiający opisał wymaganie w tym zakresie oraz punktował położenie lokalu w zależności od odległości od siedziby Straży Miejskiej, przyjmując np. że za każde 100 m czy 200 m większej odległości biura od siedziby Straży liczba przyznawanych punktów ulega zmniejszeniu. Ograniczenie

miejsca realizacji tego typu usług powinno być działaniem uzasadnionym. W ocenie KIO, jeżeli zamawiający może osiągnąć zakładane cele poprzez niewskazywanie parametrów granicznych w opisie przedmiotu zamówienia, to stawianie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które ograniczają krąg potencjalnych wykonawców, należy uznać za pozbawione uzasadnienia. Za zasadne uznano także zarzuty odwołującego, że opis sposobu wyznaczania miejsca, gdzie powinno znajdować się biuro, jest niejednoznaczny, co może powodować istotne problemy zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego w zakresie oceny spełniania tego wymogu SIWZ. Przywoływane przez zamawiającego informacje o pełnej możliwości wynajmu biura w wymaganej odległości od budynku Straży Miejskiej, zdaniem KIO, nie miały znaczenia w sprawie. Możliwość wynajmu lokalu w ogóle, a możliwość wynajmu odpowiedniego lokalu za cenę umożliwiającą złożenie konkurencyjnej oferty, to dwie zupełnie różne kwestie (zob. wyr. KIO z 27.3.2015 r., KIO 496/15, Legalis).

Aby stwierdzić naruszenie zasady uczciwej konkurencji, niezbędne jest zbadanie oraz ocena co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak:

- 1) kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy,
- 2) rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji,
- 3) skutki ograniczenia dla potencjalnych wykonawców,
- 4) waga potrzeb zamawiającego, których realizacji służy takie ograniczenie.

Orzeczenie

Odwołujący wskazał, że elementy opisu przedmiotu zamówienia wykluczają wszystkich innych, poza Kimberly – Clark, producentów sprzętu medycznego, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wprowadzenie rozwiązania proponowanego przez odwołującego, uznając, że rozwiązanie to nie utrudnia czy też nie uniemożliwi realizacji zamówienia w zgodzie z obowiązującymi u zamawiającego procedurami. Wskazała, że zamawiający powołał się na obowiązujące u niego procedury oraz rekomendacje, które nie znalazły swojego odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, poza koniecznością zastosowania sterylnych (jałowych) cewników. Z żadnych z dokumentów złożonych przez zamawiającego nie wynikała konieczność czy wręcz obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający udział konkurencyjnych produktów oferowanych na rynku.

Istotną okolicznością, na którą zwrócono uwagę, był wymóg nałożony na zamawiającego, polegający na opisie przedmiotu zamówienia, odpowiadającym uzasadnionym potrzebom zamawiającego, wynikającym z obiektywnych czynników, zwłaszcza

wytycznych instytucji nadzorczych i instytutów medycznych. Wytyczne te zostały wprowadzone do stosowania u zamawiającego określonymi dokumentami (np. księgami stosowania określonych procedur medycznych), które w sposób bezsprzeczny uzasadniają konieczność dokonania takiego opisu i zawierają określone wymagania co do zastosowania określonego sprzętu. Niemniej wskazano, że zamawiający musiałby, wprowadzając stosowne zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zwrócić szczególną uwagę na aspekt konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający temu wymogowi nie sprostał, czym naruszył art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 2 ZamPublU.

Na marginesie KIO stwierdziła, że opracowanie stosowanych wymagań (procedur) wymuszających określone zachowanie poprzez dokonanie zakupu określonego sprzętu jest możliwe, a ponadto zamawiający może premiować określone parametry, stosując odpowiednią punktację w ramach kryteriów oceny ofert, które z jednej strony nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, z drugiej zaś wskazują na oczekiwania zamawiającego. Jednakże każdy z tych produktów musi spełniać określone normy oraz wymagania.

Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się też do uchwały KIO z 25.4.2014 r. (KIO/KD 35/14), gdzie wskazano, że „zamawiający może oceniać pożądaną przez siebie cechy zamawianego sprzętu w ramach kryteriów oceny ofert i przyznawać za nie dodatkowe punkty w celu wyboru oferty najkorzystniejszej również pod względem technicznym, funkcjonalnym czy środowiskowym”. Metodą wyboru oferty najbardziej odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego nie może być natomiast opis przedmiotu zamówienia powielający specyfikację techniczną sprzętu poszczególnych producentów. Istotne jest podanie przez zamawiającego, na etapie sporządzenia SIWZ, parametrów, które jego zdaniem są istotne dla oceny, czy dany produkt jest produktem równoważnym. Zamawiający powinien nie tylko wskazać dopuszczalność rozwiązań równoważnych, ale także wskazać granice – zakres tej równoważności. Zasady opisu przedmiotu zamówienia wskazane w art. 29 ust. 1 ZamPublU mają również w pełni zastosowanie do sposobu opisanie równoważności. Biorąc to pod uwagę, KIO stwierdziła, że zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób istotny ograniczający konkurencję i nie uzasadnił go dostatecznie. Nie udowodnił również, że taki opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaoferowanie towaru przez więcej niż jeden podmiot, identyfikowany jako różny producent, a nie pośrednik (wyr. KIO z 2.10.2014 r., KIO 1948/14, Legalis).

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a więc wypełniający znamiona art. 29 ust. 2 i 3 ZamPublU, stanowi przesłankę naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 1 DyscyplFinPublU).