

Część I

Komentarz praktyczny z orzecznictwem

Rozdział 1. Przygotowanie postępowania

1. Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
2. Określenie przedmiotu zamówienia
3. Szacowanie wartości zamówienia
4. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia
5. Ogłoszenia

Rozdział 2. Tryby udzielania zamówień publicznych

1. Przetarg nieograniczony
2. Definicja
3. Wszczęcie postępowania i ogłoszenia
4. Terminy składania ofert
5. Obowiązki w zakresie SIWZ
6. Składanie ofert
7. Otwarcie ofert
8. Przetarg ograniczony
9. Negocjacje z ogłoszeniem
10. Dialog konkurencyjny
11. Negocjacje bez ogłoszenia
12. Zamówienie z wolnej ręki
13. Zapytanie o cenę
14. Partnerstwo innowacyjne
15. Licytacja elektroniczna

Rozdział 3. Działania zamawiającego po upływie terminu składania ofert

1. Otwarcie ofert
2. Terminy związania ofertą
3. Treść oferty

Część I. Komentarz praktyczny z orzecznictwem

4. Wyjaśnienia treści złożonych ofert
5. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów
6. Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty i poprawienie omyłek w ofercie
7. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny
8. Wykluczenie wykonawcy z postępowania
9. Odrzucenie ofert
10. Kryteria oceny ofert
11. Aukcja elektroniczna
12. Zamówienia sektorowe – wyłączenia stosowania przepisów ustawy
13. Unieważnienie postępowania
14. Obowiązki zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej

Rozdział 4. Szczególne rodzaje postępowań

1. Uwagi ogólne
2. Umowa ramowa
3. Dynamiczny system zakupów
4. Konkurs
5. Usługi społeczne

Rozdział 5. Środki ochrony prawnej

1. Uwagi ogólne
2. Interes w uzyskaniu zamówienia
3. Potencjalna lub poniesiona szkoda
4. Warunki wniesienia odwołania
5. Informacja dla zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami
6. Odwołanie do Prezesa KIO
7. Skarga do sądu okręgowego od orzeczenia KIO

Rozdział 1. Przygotowanie postępowania

1. Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilistyczny. Świadczy o tym art. 14 PrZamPubl:

1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
2. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Odwołanie wprost do przepisów Kodeksu cywilnego pojawiło się już w nieobowiązującej już ustawie z 10.6.1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.), ale dopiero po ok. 2 latach od wejścia w życie. Było to ostateczne rozstrzygnięcie dyskusji o charakterze postępowania. Przed pojawieniem się tego odwołania wśród doktryny i praktyków istniał podział na zwolenników administracyjnego i cywilnego charakteru postępowania. Administratywiści wskazywali, iż z uwagi na to, że w przeważającej części przypadków zamawiającym jest podmiot będący organem administracji publicznej (rządowej lub samorządowej), należy przyjąć, że także prowadzone przez nie postępowanie ma charakter postępowania administracyjnego. Potwierdzają to komentatorzy ustawy: „Nawet

Charakter prawny postępowania



Ważne dla praktyki

Część I. Komentarz praktyczny z orzecznictwem

jeśli określone zamówienie udzielane jest przez organ administracji, nie występuje on w procesie jego udzielania w pozycji władczej wobec wykonawcy (właściwej dla prawa administracyjnego), lecz ma obowiązek w pierwszej kolejności stosować przepisy PrZamPubl, a w zakresie w nich nieuregulowanym – przepisy KC” [M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych, Legalis 2017, komenatrz do art. 14 PrZamPubl].

Drugim argumentem było to, że skoro przepis art. 72 ZamPublU odnosi się tylko do umów w sprawach zamówień publicznych, odwołując się do przepisów Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego, to należy przyjąć, że pozostałe czynności zamawiającego mają charakter administracyjny. Cywiliści natomiast zwracali uwagę, że zamawiający w toku postępowania, nawet jeżeli jest to organ administracji publicznej, nie występuje w pozycji władczej i nie wydaje decyzji administracyjnej i nie ma na celu rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy (jak ma to miejsce w przypadku postępowania administracyjnego), ale zmierza do zawarcia cywilnoprawnej umowy.

Z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że **pozycja zamawiającego w stosunku do wykonawcy** jest znacznie uprzywilejowana. W orzecznictwie i doktrynie często używa się w odniesieniu do zamawiającego określenia „gospodarz postępowania”. To zamawiający bowiem decyduje o tym, co chce nabyć, jakie może na to przeznaczyć środki finansowe oraz na jakich warunkach chce tego zamówienia udzielić.

Ostatecznie problem ten rozstrzygnęła nowelizacja ustawy z 29.8.1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778), wprowadzając przepis art. 6a ZamPublU:

Art. 6a. Do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających, dostawców lub wykonawców stosuje się, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie i przepisach odrębnych, przepisy Kodeksu cywilnego.

W jednym z orzeczeń Zespołu Arbitrów podsumowano tę kwestię w następujący sposób: „Od zarania dziejów zamówień publicznych udzielano w oparciu o ogólne zasady prawa cywilnego. Choć

Pozycja zamawiającego w stosunku do wykonawcy



Ważne dla praktyki

zamówienia te są kontraktami zawieranymi w interesie publicznym i płatne ze środków publicznych, to państwo i samorząd występowały przy nich jako strona według prawa cywilnego, korzystając z atrybutów dominium a nie imperium. To dopiero niedawno wraz z umasowaniem zamówień publicznych wytworzyły się rozmaite zagrożenia wymagające drastycznych ograniczeń ustawowych, wprowadzanych sukcesywnie w poszczególnych krajach, tworzących dziś rozwinięty reżim zamówień publicznych. Stanowi on zbiór rozwiązań wyjątkowych usprawiedliwionych interesem publicznym, ograniczających (choć nie wyłączających) przede wszystkim zasady wolności gospodarczej, swobody umów i *pacta sunt servanda* w obrębie zamówień publicznych. Dlatego nawet na tle obecnej ustawy o zamówieniach publicznych zasady te nie zostały całkowicie przekreślone, czego wyraźnym dowodem jest przepis art. 6a tej ustawy. W szczególności ograniczenia dotyczą sfery Zamawiającego, a w mniejszym stopniu oferentów. Wyraźnie eksponować trzeba, że nie tylko z ogólnej swobody umów, ale także i z właściwej dla zamówień publicznych zasady równego traktowania wszystkich ubiegających się o zamówienie publiczne dostawców i wykonawców (art. 16) wynikają szerokie możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne. Jest to ważne również z uwagi na fundamentalne wymogi dochowania należytej konkurencyjności postępowania. Wyjątki podyktowane interesami publicznymi są wyraźnie ustawowo wyliczone, na przykład w związku z preferencjami krajowymi, wykluczeniami z postępowania, koniecznością legitymowania się odpowiednimi kwalifikacjami itd. Tak jak wszelkich wyjątków ustawowych nie wolno ich interpretować rozszerzająco. Wszystkie zaś podmiotowe warunki uczestnictwa w postępowaniu powinny być konstruowane w wymiarze niezbędnym dla potrzeb postępowania” (wyr. Zespołu Arbitrów z 27.11.2000 r., UZP/ZO/0-1361/00, www.szuKIO.pl).

Artykuł 14 PrZamPubl w obecnie obowiązującym brzmieniu jest w zasadzie **wiernym powtórzeniem** art. 6a ZamPublU. Jego treść wskazuje wyraźnie, że jeżeli PrZamPubl nie reguluje jakiejś kwestii, to zamawiający sięga do przepisów Kodeksu cywilnego i jako podstawę prawną dokonania czynności wskazuje odpowiedni przepis Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PrZamPubl. Ma to szczególne znaczenie w świetle definicji **zamówienia publicznego** zawartej w art. 2

Porównanie
regulacji ustaw

Definicja zamówienia publicznego

Część I. Komentarz praktyczny z orzecznictwem

pkt 13 PrZamPubl. Zgodnie z tym przepisem zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Nie ulega natomiast wątpliwości, że umowa jest jednym z fundamentalnych pojęć prawa cywilnego. Potwierdza to dodatkowo przepis art. 139 ust. 1 PrZamPubl:



Ważne
dla
praktyki

1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Postępowanie
o udzielenie
zamówienia

Podobne wnioski można wysnuć, analizując **definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** zawartą w art. 2 pkt 7a PrZamPubl, gdzie ilekroć mówi się o:



Ważne
dla
praktyki

7a) postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Definicja ta zawiera wiele sformułowań wskazujących na cywilistyczny charakter postępowania. Dlatego też – wobec tego, że PrZamPubl zawiera w odniesieniu do umów jedynie przepisy szczególne w stosunku do PrZamPubl – większość kwestii związanych z umową w sprawie zamówienia publicznego jest regulowana przepisami Kodeksu cywilnego.

Jak zostało to już wyżej wspomniane, PrZamPubl powinna być stosowana w postępowaniu i przy zawieraniu umów na pierwszym miejscu. Dopiero, gdy jakaś kwestia nie jest regulowana przepisami PrZamPubl, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Oczywiście jest również, że z uwagi na uprzywilejowaną pozycję zamawiającego oraz z uwagi na konieczność zapewnienia zamawiającemu instrumentów, które odpowiednio zabezpieczą wykonanie kontraktu, zasady ogólne

i niektóre przepisy regulujące poszczególne rodzaje umów, które stanowią kanwę dla umów w sprawie zamówienia publicznego. Takie też stanowisko zaprezentowano m.in. w wyr. KIO z 20.10.2011 r. (KIO 2130/11, KIO 2131/11, KIO 2111/11, www.szuKIO.pl): „Oceniając sporne postanowienia siwz pod kątem zgodności ze wskazanymi przez odwołujących przepisami kodeksu cywilnego, które znajdują zastosowanie na mocy art. 139 PrZamPubl oraz art. 14 ustawy należy zauważyć, że prawo zamówień publicznych ogranicza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ KC. Można wskazać tu na uprawnienia zastrzeżone na korzyść zamawiającego jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę czy możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd zawarty w wyroku Izby sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 z 1.2.2011 r. iż zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. W tym samym wyroku wskazano, że «Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ KC (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową». Zdaniem składu orzekającego odwołujący się wykonawcy nie wykazali, iż sporne postanowienia umowy naruszają wskazane przepisy kodeksu cywilnego”. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyr. z 27.8.2012 r. (KIO 1712/12, www.szuKIO.pl): „Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie jaki wynika z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera PrZamPubl, która daje zamawiającemu prawo do takiego uregulowa-

nia treści umowy, które możliwym czyni zrealizowanie konkretnego zamówienia. To zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców o ile nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ KC), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje”.

Powyższe ustalenia mogą mieć niezwykle istotne znaczenie w sytuacji, gdy w danym postępowaniu zaistnieje problem, który nie znajduje rozstrzygnięcia w oparciu wprost o PrZamPubl, ale może zostać rozwiązany, jeżeli sięgniemy do przepisów Kodeksu cywilnego. Dlatego też warto, aby zarówno zamawiający, jak i wykonawcy mieli na uwadze charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż pomaga spojrzeć szerzej na problematykę zamówień.

2. Określenie przedmiotu zamówienia

Kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia regulują art. 29 i 30b PrZamPubl. Są to regulacje kompleksowe i zamawiający jest zobowiązany je stosować.



Ważne
dla
praktyki

Art. 29. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu

zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

3a. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 r. poz. 1666, 2138 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 60 i 962).

3b. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

4. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia:

- 1) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;
- 2) młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego;
- 3) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;
- 4) innych osób niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1828) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.
5. W przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników.
6. W przypadku gdy wymagania, o których mowa w ust. 5, wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu.

Opis przedmiotu zamówienia jest najważniejszą czynnością na etapie przygotowania postępowania. Inne kwestie, jak ustale-

Opis przedmiotu zamówienia

nie warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny, będą miały zdecydowanie wtórny charakter. Zauważmy bowiem, że zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia. Zanim więc zamawiający ustali te wartości, musi zdecydować, co dokładnie chce nabyć. Te dyrektywy zawiera art. 29 ust. 1 PrZamPubl. Oczywiście jest, że im dokładniej, podając możliwie jak najwięcej danych, zamawiający opíše co jest przedmiotem postępowania, tym większa jest szansa, że dostanie to, czego oczekuje od wykonawców. Orzecznictwo jest w tym zakresie niezwykle bogate i wyjątkowo zgodne. Krajowa Izba Odwoławcza bardzo często orzeka w sprawach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. **Wykonawcy mają bowiem coraz większą świadomość, że jeżeli nie wyjaśnią lub nie doprecyzują albo wręcz nie zakwestionują opisu przedmiotu zamówienia w terminach przewidzianych w PrZamPubl, to mogą ponieść negatywne konsekwencje ewentualnych nieścisłości czy nieprawidłowości,** gdyż ich zwalczanie po otwarciu ofert jest co najmniej utrudnione, chyba że jest wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazuje Izba (w wyr. KIO z 25.5.2016 r., KIO 806/16, Legalis): „Okoliczność, czy cechy i funkcje, którymi zamawiający opisał przedmiot zamówienia będzie w stanie spełnić produkt tylko jednego producenta, nie zmienia sposobu opisu przedmiotu zamówienia, jakim zamawiający posłużył się w SIWZ. Nie oznacza, że zamawiający odstąpił od sposobu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), ani że opisał przedmiot zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Argumentacja, że zbiór cech i funkcji jakimi zamawiający opisał przedmiot zamówienia może ewentualnie zawężyć konkurencję do produktów jednego producenta mogła być podnoszona najpóźniej na etapie konstruowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 181 Prawa zamówień publicznych stanowiąc ewentualnie podstawę formułowania zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Natomiast na etapie badania ofert ocenie Izby może podlegać jedynie czynność zamawiającego polegająca na porównaniu treści oferty z treścią SIWZ, w takim brzmieniu, w jakim

stała się ostateczna i wiążąca nie tylko dla zamawiającego ale i wszystkich wykonawców”.

Z drugiej strony, wskazuje się, że zbyt rygorystyczny opis może działać odstrasżająco na potencjalnych wykonawców i spowodować, że nie przystąpią oni do postępowania. Może to być zgubne w skutkach dla zamawiającego, gdyż może się okazać, że nie ma już czasu na powtórzenie procedury i pieniądze budżetowe trzeba będzie zwrócić, nie mając pewności, że w następnym roku zostaną przyznane ponownie. Odnosząc się do zasad ogólnych opisu przedmiotu zamówienia, KIO wskazuje przede wszystkim, że zamawiający, jako gospodarz postępowania, powinien dołożyć należytej staranności, opisując przedmiot zamówienia:

- 1) **„Zakres usług – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.** Zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte – nie gwarantujące koniecznego współdziałania zamawiającego, niekompletne, niespójne – naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z 29.1.2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) – działają w sposób antykonkurencyjny – zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślony opis przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę – Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty” (wyr. KIO z 21.2.2017 r., KIO 269/17, Legalis);

Zakres usług

Część I. Komentarz praktyczny z orzecznictwem

2) „Wykonawca, który zainteresowany jest udziałem w danym zamówieniu publicznych, musi mieć pełną jasność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w taki sposób, aby bez żadnych wątpliwości mógł ustalić jego szczegółowy zakres, która to wiedza ma następnie wpływ na dokonanie wyceny tej roboty. Istotnym jest również element związany z terminem realizacji prac czy czasem świadczenia usługi, albowiem tylko jednoznaczne jego wskazanie daje podstawę do określenia ceny ofertowej oraz kalkulacji ryzyk związanych z realizacją tego przedmiotu zamówienia. **Aby wykonawca posiadał pełnię wiedzy, zamawiający zobligowany jest do opisanie wszystkich elementów związanych z realizacją zamówienia, które to elementy nie mogą być interpretowane przez wykonawców w sposób dowolny, który dodatkowo, na późniejszym etapie, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą mogły być interpretowane przez zamawiającego ze stratą bądź pokrzywdzeniem wykonawcy**” (wyr. KIO z 31.1.2017 r., KIO 134/17, Legalis);

3) „1. **Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie i jednoznacznie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do parametrów równoważności oferowanych urządzeń, co jest podstawą dla prawidłowej oceny ofert złożonych w postępowaniu**”.

2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, której część składową stanowi opis przedmiotu zamówienia [argument z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)] powinna być zasadniczo jedynym źródłem informacji wykonawców o potrzebach i wymaganiach zamawiającego. Innymi słowy, wykonawcy powinni mieć możliwość ustalenia na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne oraz które z nich są dla zamawiającego na tyle istotne, że przesądzają o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania” (wyr. KIO z 2.8.2016 r., KIO 1289/16, Legalis).

Warto w tym miejscu wskazać również zalecenia Komisji Europejskiej zawarte w dokumencie „Zamówienia publiczne – porady dla

Opisanie elementów
związanych
z realizacją
zamówienia

Precyzyjność opisu
przedmiotu
zamówienia

Zalecenia odnośnie
zamówień
publicznych

osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych dotyczące unikania najczęstszych błędów popełnianych w projektach finansowanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych” (s. 38 i 39 – pobrane ze strony: https://www.pois.2007-2013.gov.pl/dzialaniapromocyjne/Documents/zamowienia_publiczne_poradnik_KE.pdf). Komisja Europejska zawarła w tym dokumencie wiele cennych uwag, do których będziemy się odnosić w dalszej części publikacji. Omawiając kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia, KE daje bardzo ciekawe wytyczne, które warto stosować w każdym postępowaniu, nie tylko tych, które są realizowane z udziałem środków z POIŚ: „**Specyfikacja jest najważniejszym dokumentem w procedurze przetargowej.** Należy w niej określić usługę/dostawę/prace budowlane będące przedmiotem zamówienia, poziomy, normy i wkład, a także wymagane produkty lub wyniki. Sporządzając specyfikację nie można zapominać, że ma ona bezpośredni wpływ na koszty. **Odpowiednio przygotowana specyfikacja powinna:**

- 1) zawierać precyzyjnie określone wymogi;
- 2) być łatwa do zrozumienia dla oferentów i dla zainteresowanych stron;
- 3) zawierać jasno określone, osiągalne i mierzalne wkłady, produkty i wyniki;
- 4) nie wskazywać nazw marek lub wymogów ograniczających konkurencję (lub, jeżeli wspomniane są marki, powinna zawierać sformułowanie «lub równoważny/a/e»);
- 5) dostarczać wystarczająco szczegółowych informacji, które pozwolą oferentom na złożenie realistycznych ofert;
- 6) zawierać dodatkowe lub zaostrzone wymogi określone osobno, lecz obliczone jako całość;
- 7) uwzględniać (w miarę możliwości) poglądy instytucji zamawiającej, klientów/użytkowników, innych zainteresowanych stron oraz koncepcje/wkład rynku;
- 8) być sporządzona przez osoby posiadające wystarczającą wiedzę fachową zaczerpniętą z instytucji zamawiającej lub pochodzącą od zewnętrznego eksperta;
- 9) być sporządzona w taki sposób, aby uwzględniać kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub potrzeby wszystkich użytkowników, w przypadku gdy zamówienie

Wymagania
odnośnie SIWZ

Część I. Komentarz praktyczny z orzecznictwem

przeznaczone jest do użytku osób fizycznych, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i personelu instytucji zamawiającej;

- 10) być zatwierdzona przez komisję oceniającą lub wyższy szczebel kierowniczy instytucji zamawiającej, w zależności od stosownych przepisów wewnętrznych;
- 11) obejmować (w odniesieniu do specyfikacji robót budowlanych) co najmniej: opis prac technicznych, sprawozdanie techniczne, pakiet projektowy (rysunki, obliczenia, rysunki szczegółowe), założenia, regulacje, przedmiar robót (w stosownych przypadkach), cennik robót i harmonogram prac.

Do najlepszych praktyk instytucji zamawiających należy ujęcie w specyfikacji szczegółów budżetu zamówienia, aby dokumentacja przetargowa była jak najbardziej przejrzysta. Budżet dotyczący zamawianych robót budowlanych, usług lub dostaw musi być jednak realistyczny. Ponadto ustanowienie budżetu w przypadku zamówienia, w ramach którego przypisze się wysoką wagę jakości, np. profesjonalnych usług, oznacza w praktyce, że większość oferentów prawdopodobnie przedstawi oferty odpowiadające podanemu budżetowi lub plasujące się tuż poniżej tego budżetu. Zawsze istnieje możliwość przeprowadzenia procedury otwartej bez ujawniania budżetu, wtedy jednak w dokumentacji przetargowej trzeba zaznaczyć, że instytucja zamawiająca zastrzega sobie prawo do niekontynuowania przetargu, jeżeli nie otrzyma żadnej oferty zawierającej racjonalne ceny (lub z jakiegokolwiek innej obiektywnej przyczyny). Ponadto instytucja zamawiająca przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia musi ustalić niepublikowaną najwyższą akceptowalną cenę. Specyfikacja musi być szczegółowo opracowana. Podawanie nazw konkretnych marek i produktów jest sprzeczne z zasadami uczciwej i otwartej konkurencji. Jeżeli uniknięcie tego zapisu jest niemożliwe, istotne jest, aby dodać sformułowanie «lub równoważny/a/e» i aby takie otrzymane «równoważne» oferty zostały sprawiedliwie ocenione. Niedokładnie opracowana specyfikacja często stanowi podstawową przyczynę wprowadzania późniejszych modyfikacji w zamówieniu z uwagi na fakt, że nie odzwierciedla jego rzeczywistego zakresu. Dodanie do zamówienia znacznej ilości robót «dodatkowych» (poprzez wprowadzenie modyfikacji/zmian) już po podpisaniu umowy zawyża zarówno

Znaczenie podania
szcze­gółów budżetu
w SIWZ

wielkość, jak i koszty tego zamówienia w porównaniu z pierwotnie przewidywaną sytuacją. W takich okolicznościach powierzenie wykonania robót budowlanych danemu wykonawcy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia narusza przepisy dotyczące uczciwej i otwartej konkurencji, gdyż zamówienie różni się od pierwotnie ogłoszonego. Można zminimalizować ilość robót dodatkowych, jeżeli etap planowania udzielenia zamówienia zostanie przeprowadzony w sposób profesjonalny, a specyfikacja napisana z wykorzystaniem wiedzy eksperckiej. Zaleca się, aby instytucja zamawiająca traktowała priorytetowo każdy projekt i aby zapewniała wystarczającą ilość czasu na rozważenie wszelkich kwestii i zagrożeń, korzystając w razie potrzeby z wiedzy fachowej, wewnętrznej lub zewnętrznej, w celu opracowania specyfikacji i zamówienia”. Powyższe uwagi w ocenie autorów, mimo że wydaje się, iż są oczywiste, w praktyce nie zawsze są stosowane. Tymczasem ich respektowanie pozwoliłoby na uniknięcie wielu kosztownych postępowań przed KIO czy też wielu unieważnień postępowania.

Jednym z najczęściej podnoszonych zarzutów w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia jest naruszenie art. 29 ust. 2 PrZamPubl, tj. **naruszenie uczciwej konkurencji**. Bardzo często bowiem zamawiający, nie zawsze świadomie, chcąc uzyskać możliwie najlepszy produkt czy usługę, opisują przedmiot zamówienia tak wąsko, że analiza zastosowanych parametrów prowadzi do jednego tylko wykonawcy lub wyrobu. Oczywiście, to zamawiający decyduje, co chce nabyć, ale dążenie to nie może odbywać się z naruszeniem podstawowych zasad postępowania, tj. **równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji**. Należy również pamiętać, że **dla skutecznego zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 PrZamPubl wystarczy uprawdopodobnienie, że doszło do ograniczenia konkurencji**. Z drugiej strony, KIO wskazuje, iż uczciwa konkurencja nie polega na tym, że w postępowaniu mogą wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku, jednakże jeżeli zamawiający w tym zakresie wprowadza ograniczenia, to muszą one być **uzasadnione jego szczególnymi potrzebami**:

- 1) „Według art. 29 ust. 2 ustawy **dla uznania opisu przedmiotu zamówienia za niezgodny z ustawą wystarczy uprawdopodobnienie, że konkurencyjność jest zagrożo-**

Naruszenie
uczciwej
konkurencji

Zagrożenie
konkurencyjności
podstawą uznania
opisu przedmiotu
zamówienia za
niezgodne z ustawą