

# **Naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach publicznych**

Przejdź do produktu na [ksiegarnia.beck.pl](https://ksiegarnia.beck.pl)

# Rozdział I. System orzekania o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych

## – uwagi ogólne

System orzekania o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych jest rozbudowany i obszernie uregulowany w DyscypFinPubU – większość przepisów ustawy poświęcona jest procedurze orzekania w sprawach o naruszenie dfp. **Postępowanie jest dwuinstancyjne – w I instancji orzekają komisje orzekające w sprawach o naruszenie dfp, natomiast w II instancji Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (GKO).** Z kolei lista podmiotów, które mogą złożyć zawiadomienie o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dfp, jest znacznie dłuższa (art. 93 ust. 1 DyscypFinPubU). Praktyka wskazuje, iż w przypadku naruszenia dfp w związku z naruszeniem PrZamPubl podstawowe znaczenie ma organ kontroli lub kierownik jednostki prowadzącej kontrolę jednostki sektora finansów publicznych (art. 93 ust. 1 pkt 5 DyscypFinPubU). Z kolei kontrolę prawidłowości udzielania zamówień publicznych mogą prowadzić liczne organy kontroli (art. 596 PrZamPubl), z których najaktywniejszymi są:

- 1) Prezes UZP (obejmuje wszystkich zamawiających),
- 2) regionalne izby obrachunkowe (obejmują samorząd terytorialny),
- 3) organy administracji zespolonej i niezespolonej.

Dodatkowo własne, szerokie i rozbudowane kompetencje kontrolne posiadają:

- 1) Najwyższa Izba Kontroli (wobec wszystkich podmiotów publicznych, choć z różnym zakresem uprawnień przedmiotowych),
- 2) Prezes Rady Ministrów (wobec administracji rządowej),
- 3) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji Konsumentów (przede wszystkim odnośnie do nieprawidłowości spowodowanych przez wykonawców).

Do powyższej grupy należy dodać Krajową Izbę Odwoławczą, która sama nie posiada kompetencji kontrolnych, ale występuje jako organ *quasi*-odwoławczy od wyników kontroli Prezesa UZP (art. 610 PrZamPubl).

## 1. Organy mające wpływ na interpretację przepisów

Z punktu widzenia naruszenia dfp w kontekście PrZamPubl istotne jest zarówno to, kto ma wpływ na ostateczne orzeczenie, jak też kto i jak kształtuje dominujące nurty interpretacyjne. O ile podstawowym organem, który orzeka o naruszeniu, jest GKO, to jej wpływ na kształtowanie interpretacji przepisów jest ograniczony, zarówno z powodu stosunkowo niewielkiej liczby wydawanych orzeczeń, jak i ich względnej niedostępności dla szerszego grona odbiorców. **Podmiotem, który ma największy wpływ na to, jak rozumiane i stosowane są przepisy będące w kręgu zainteresowania dfp, jest KIO**, która sama nie prowadzi bezpośrednich czynności kontrolnych. Jednak rozstrzygnięcie odwołań, z których każde zawiera opis potencjalnego naruszenia przepisów, liczonych w tysiącach rocznie (w 2022 r. było ich 3514, z czego 16% uwzględnionych, tj. takich, w których KIO stwierdziło naruszenie prawa), skutkuje absolutną dominacją tego organu w tym zakresie. **Znacznie mniejszy ilościowo – choć można uznać, że o znacznie większym ciężarze gatunkowym – wpływ mają sądy**, zarówno powszechne (w tym również karne), jak i administracyjne. Nie sposób dokonać racjonalnej wykładni przepisów PrZamPubl, których naruszenie jest również naruszeniem dfp, bez odniesienia się do obszernego orzecznictwa. W niniejszej publikacji posłużono się licznymi odniesieniami (również polemicznymi) i cytataми dotyczącymi wspomnianego dorobku orzeczniczego i kontrolnego.

## 2. Przepisy PrZamPubl a FinPubU oraz DyscypFinPubU

Jednym z podstawowych celów istnienia PrZamPubl jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych. W takim ujęciu PrZamPubl pełni rolę wykonawczą wobec przepisów regulujących zasady wydatkowania środków publicznych i stanowi część bardzo rozbudowanego systemu finansów publicznych. W niniejszej publikacji właśnie ten aspekt jest podstawowym przedmiotem analiz. Jednak PrZamPubl jest czymś znacznie więcej. Po pierwsze, **przepisy tej ustawy stosują nie tylko jsfp, które są narażone na naruszenie dfp**. Zamówienia publiczne są punktem stycznym pozwalającym sektorowi publicznemu pozyskiwać niezbędne świadczenia z rynku komercyjnego. W przeciwieństwie do zasad dotyczących finansów publicznych *sensu stricto*, mających charakter administracyjnoprawny, PrZamPubl jest **aktem prawnym, którego kluczowe elementy odnoszące się do kontaktów jsfp z wykonawcami bazują na prawie cywilnym** (umowy, terminy, oświadczenia woli oraz cały szereg pomniejszych narzędzi prawnych). Z kolei DyscypFinPubU zabezpiecza prawidłowość funkcjonowania systemu finansów publicznych, sankcjonując najpoważniejsze naruszenia. Można tę sytuację opisać następująco – FinPubU jest łącznikiem pomiędzy PrZamPubl a DyscypFinPubU, przy czym zamówienia publiczne nie odnoszą się w żaden sposób bezpośrednio do dfp (poza wzmiankami odnośnie do kompetencji kontrolnych Prezesa UZP), natomiast odpowiedzialność za naruszenie dfp w znacznym stopniu jest oparta na (naruszeniu) PrZamPubl.

### 3. Uczestnicy postępowania – zróżnicowany zakres odpowiedzialności

Przede wszystkim wymaga zauważenia, że **nie każdy zamawiający jest jednocześnie podmiotem podlegającym dfp**. Spośród zamawiających, którzy obowiązkowo stosują PrZamPubl, ale nie podlegają FinPubU (a tym samym również DyscypFinPubU), można wymienić zdecydowaną większość zamawiających sektorowych, Lasy Państwowe, Narodowy Bank Polski czy podmioty prywatne, które na podstawie różnych tytułów prawnych wydatkują środki publiczne.

Po drugie – udzielanie zamówień publicznych to działanie zespołowe. Przepisy PrZamPubl wymieniają z nazwy dwie grupy osób: kierownika zamawiającego oraz komisję przetargową (czyli jej członków). Jednak **w przypadku większości zamawiających krąg osób zaangażowanych w proces udzielania zamówień jest szerszy**. Zgodnie z art. 52 ust. 2 PrZamPubl osoby inne niż kierownik zamawiającego odpowiadają za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Koniecznym warunkiem przypisania odpowiedzialności na wykonywanie czynności kierownika w postępowaniu – czyli realnie wszystkich czynności merytorycznych (należy podkreślić, że nawet komisja przetargowa wyłącznie proponuje, a nie podejmuje rozstrzygnięcia – art. 54 PrZamPubl) – jest powierzenie w formie pisemnej. **Formę pisemną należy rozumieć cywilistycznie, tj. jako własnoręczny podpis kierownika lub podpis kwalifikowany** (nie może to być e-mail z poczty służbowej, SMS czy polecenie ustne). Nie oznacza to jednak, że każda osoba musi taki dokument powierzający w formie pisemnej otrzymać indywidualnie, choć oczywiście taka sytuacja jest możliwa. Może to również być podpisanie aktu wewnętrznego czy nawet wręczenie podpisanego zakresu obowiązków przy zawieraniu umowy o pracę.

Wskazaniem, kto spośród osób zaangażowanych może ponosić ewentualną odpowiedzialność z powodu naruszenia dfp, może być art. 56 ust. 1 PrZamPubl, wskazujący **krąg osób obowiązanych do złożenia oświadczenia o ewentualnym konflikcie interesów**. Są to osoby:

- 1) wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub
- 2) mogące wpłynąć na wynik tego postępowania, lub
- 3) udzielające zamówienia.

Najprostsze do jednoznacznego zidentyfikowania są osoby udzielające zamówienia, czyli zawierające umowę w sprawie zamówienia publicznego. Najczęściej jest to kierownik zamawiającego lub osoba (osoby) przez niego pisemnie wskazana. Warto podkreślić, iż kierownik zamawiającego w żadnych okolicznościach nie jest w stanie pozbyć się całkowicie odpowiedzialności za naruszenie dfp – jest ona do tej funkcji nierozdzielnie przypisana.

### Orzecznictwo

Powierzenie części obowiązków w zakresie finansów innym osobom, nie zwalnia z odpowiedzialności za naruszenie dfp. Kierownik jednostki, nawet gdy skutecznie przekazuje określone uprawnień i obowiązki swoim pracownikom, to nie wyzbywa się odpowiedzialności za brak kontroli zarządczej. Przeciwna teza prowadziłaby do sprzecznego z obowiązującymi przepisami wniosku, że kierownik jednostki może tak ukształtować regulaminy i upoważnienia pracowników w jednostce, że za nic nie będzie ponosił odpowiedzialności (wyr. NSA z 7.9.2022 r., I GSK 2804/18, Legalis).

---

Co więcej, i co należy uznać za właściwe – od kierownika zamawiającego wymagać można należytej staranności i ugruntowanego doświadczenia w przestrzeganiu zasad prawidłowego wydatkowania środków i przestrzegania procedur.

### Orzecznictwo

Od osoby kierującej jsfp z wieloletnim doświadczeniem można wymagać znajomości przepisów dotyczących zamówień publicznych i ich prawidłowej interpretacji. Obwiniony (zamawiający) powinien wezwać wykonawcę do wykazania, że wszelkich czynności przed urzędami dokonywał zgodnie z harmonogramem. Jeśli wykonawca nie przedstawiłby odpowiednich potwierdzeń, że składał dokumenty w ustalonych terminach, a opóźnienia nie wynikają z jego niestarości, obwiniony powinien odmówić podpisania aneksu zmieniającego termin wykonania zamówienia. Niedotrzymanie terminu zakończenia prac powinno skutkować naliczeniem kar umownych zastrzeżonych w umowie. Brak stosownej reakcji i akceptacja aneksu powoduje odpowiedzialność obwinionego (orz. GKO z 22.2.2021 r., BDF1.4800.62.2020, Legalis).

---

Osobami mogącymi wpłynąć na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, są przede wszystkim członkowie komisji przetargowej.

Najtrudniejszą w praktyce grupę do jednoznacznego zidentyfikowania stanowią osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania. Pewną wskazówkę może dać orzecznictwo.

### Orzecznictwo

Osoby, które podlegają odpowiedzialności z DyscypFinPubU, spełniają podstawową przesłankę uznania ich za „osoby pełniące funkcje publiczne” w rozumieniu art. 5 ust. 2 DostInfPubU w postaci związku sprawowanej funkcji z dysponowaniem majątkiem publicznym (wyr. NSA z 18.11.2021 r., III OSK 4193/21, Legalis).

---

### Orzecznictwo

Odpowiedzialność za naruszenie dfp można przypisać nie tylko osobie, która udzieliła zamówienia – podpisała umowę, ale także osobie, która opisała przedmiot zamówienia publicznego w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, a do udzielenia zamówienia publicznego doszło. Teoretycznie więc, odpowiedzialność może być przypisana osobie, która niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych opisała przedmiot zamówienia, ale nie była osobą udzielającą zamówienia, lub osobie, która jednocześnie niezgodnie z przepisami o zamówieniach opisała przedmiot zamówienia i udzieliła zamówienia (orz. GKO z 11.6.2012 r., BDF1/4900/46/45/12/1122, Legalis).

---

Z zacytowanych powyżej orzeczeń wynika funkcjonalny zakres odpowiedzialności, który można określić stosunkowo prosto – **odpowiedzialność na naruszenie dfp może ponosić każdy, kto brał merytoryczny udział w czynnościach związanych z przeprowadzeniem postępowania**, a nawet w takich, które formalnie do postępowania nie należą, ale mają w nim bardzo duże znaczenie, jak np. przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia.

#### **Podstawa prawna:**

- art. 93 ust. 1 DyscypFinPubU,
- art. 52 ust. 2, art. 54, 56 ust. 1, art. 596, 610 PrZamPubl,
- art. 5 ust. 2 DostInfPubU.



# Rozdział II. Naruszenia ustawy – Prawo zamówień publicznych, stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania

Etap przygotowania i przeprowadzenia postępowania w naturalny sposób jest tą częścią procesu, który jest narażony na najwięcej błędów i naruszeń, w tym również o najcięższym charakterze. Samo PrZamPubl poświęca mu również najwięcej regulacji. Jest to też etap, w którym swój czynny udział mają wykonawcy (w przeciwieństwie do planowania czy realizacji), a więc jest też poddany największej kontroli społecznej. Skutkuje to największym zainteresowaniem opinii publicznej, a co za tym idzie – również służb kontrolnych. Nie każde jednak naruszenie PrZamPubl powstałe na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania zostało przez ustawodawcę objęte sankcjami DyscypFinPubU.

## 1. Opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję

**Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 17 ust. 1 pkt 1 DyscypFinPubU).**

Przepisami PrZamPubl, do których nawiązuje art. 17 ust. 1 pkt 1 DyscypFinPubU, są art. 99–103 PrZamPubl, z których kluczowy jest art. 99 PrZamPubl. Przepis składa się



z wielu norm prawnych, z których co najmniej kilka obarczonych jest podwyższonym ryzykiem naruszenia dfp.

**Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 PrZamPubl).**

Przedmiot zamówienia (czyli cały przedmiot świadczenia wraz z kwestiami prawnymi, a nie tylko aspekt techniczny) powinien zostać opisany w sposób na tyle precyzyjny i zrozumiały, aby każdy przeciętny wykonawca wyłącznie w oparciu o ten opis dysponował kompletem informacji co do merytorycznych oczekiwań zamawiającego.

## 1.1. Skutki braku precyzji opisu przedmiotu zamówienia

Nie zawsze działanie zamawiającego (nieprawidłowe) skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji. Drobniejsze niejasności w opisie, niemające żadnego wpływu ani na postępowanie, ani na przyszłe świadczenie, nie stanowią naruszenia dfp. Taki sam skutek, tj. brak naruszenia dfp, może mieć również miejsce w przypadku poważnych naruszeń PrZamPubl przy opisie, nienaruszających jednak konkurencyjności postępowania.

### Orzecznictwo

Istotą naruszenia lub choćby zagrożenia realizacji zasady uczciwej konkurencji jest zaistnienie okoliczności powodujących, że wykonawcy nie są w toku postępowania traktowani w sposób jednakowy. Nie można generalnie stwierdzić, aby zawsze brak precyzji w ustaleniach dotyczących przedmiotu postępowania utrudniał uczciwą konkurencję, skoro warunki określone w dokumentacji przetargowej były jednakowe w odniesieniu do wszystkich potencjalnych wykonawców i nie wykazano, aby którykolwiek z nich był takim ukształtowaniem warunków szczególnie zagrożony, czy wręcz poszkodowany. Dla dokonania takiej oceny nie jest wystarczające uznanie, iż ujawnione naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miały rażący charakter. W kontekście złożonego wniosku o ukaranie chodzi bowiem nie o wykazanie, że pewne, nawet rażące, usterki miały miejsce, ale o wykazanie, że stwierdzone nieprawidłowości mogły mieć (choć niekoniecznie musiały mieć) wpływ na przestrzeganie reguł konkurencji (orz. GKO z 22.10.2015 r., BDF1.4800.97.2015, Legalis).

„Opisanie przedmiotu zamówienia” należy odnosić ściśle do opisu przedmiotu zamówienia; nie można tego rozciągać na inne aspekty (obszary) warunków zamówienia, w tym w szczególności warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert czy znaczną część postanowień umownych (wysokość kar umownych, zasady waloryzacji, wysokość ZNWU); opisanie przedmiotu zamówienia nie ogranicza się wyłącznie do aspektu technicznego (parametrów i funkcjonalności), ale określa również sposób wykonania, tj. terminy dostawy/wdrożenia/wykonania, zasady rękojmi/gwarancji. Opisanie przedmiotu zamówienia to **nie tylko ujęty w treści opis warunków zamówienia**, w szczególności SWZ, ale **również wyjaśnienia do nich**, z założenia stanowiące integralną treść SWZ. Co więcej, odnoszą się do tych aspektów opisu, które z określonych przyczyn zostały przez wykonawców uznane za warte wyjaśnień.

### Orzecznictwo

Pomimo że wykonawcy składają oferty na podstawie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, to jednak treść SIWZ należy interpretować z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego zawartych w odpowiedzi na pytania wykonawców. Wyjaśnienia treści SIWZ stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ. Udzielone odpowiedzi i wprowadzone zmiany treści SIWZ są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień SIWZ. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ oraz wprowadzone zmiany treści SIWZ ze swej istoty uzupełniają, więc jej treść i wykonawcy powinni brać pod uwagę przy sporządzaniu oferty. Niewskazanie możliwości zaferowania rozwiązań równoważnych narusza przepisy prawa zamówień publicznych. Taka treść wyjaśnień niewątpliwie może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, które mogły być zaferowane w tym postępowaniu (orz. GKO z 10.6.2021 r., BDF1.4800.13.2021, Legalis).

---

Obowiązek właściwego opisu przedmiotu zamówienia należy jednak umieścić w pewnym kontekście. Nie ulega wątpliwości, że to zamawiający jest odpowiedzialny za precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, a wszelkie nieścisłości wynikające z dokumentacji postępowania należy interpretować na korzyść wykonawców (wyr. KIO z 25.11.2021 r., KIO 3320/21, Legalis). Jednak w obrocie funkcjonują również orzeczenia, które w pewnym stopniu dostrzegają także odpowiedzialność wykonawców. Poniżej dwa orzeczenia, które pozwalają szerzej spojrzeć na tę kwestię.

### Orzecznictwo

Niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 ZamPublU w zw. z art. 354 § 2 KC może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej. Niemniej brak podstaw do wdrażania tej procedury, jeżeli wątpliwości nie zachodzą (wyr. SN z 17.6.2016 r., IV CSK 674/15, Legalis).

---

### Orzecznictwo

Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji budzi jego wątpliwości – uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PrZamPubl) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 PrZamPubl, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania w celu uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów, jakie ma spełnić. Brak zadawania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę (wyr. KIO z 29.4.2022 r., KIO 1001/22, Legalis).

---

Nie powinno się ignorować tego typu poglądów, analizując działania zamawiającego pod kątem ewentualnego naruszenia dfp. Jeżeli wykonawcy w trakcie postępowania, w szczególności na etapie zadawania pytań do SWZ i składania ofert, dostrzegli potencjalne naruszenia uczciwej konkurencji poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, może to świadczyć o niedochowaniu należytej staranności po ich stronie (przy braku reakcji). Nie oznacza to braku odpowiedzialności zamawiającego ani tym bardziej odpowiedzialności wykonawcy za naruszenie dfp (co jest oczywiście prawnie niemożliwe), oznacza jednak **przyczynienie się wykonawcy do pozostawienia wadliwych postanowień poprzez zaniechanie podjęcia działań**. Nie jest to okoliczność, którą organy orze-

kające o naruszeniu dfp powinny automatycznie brać pod uwagę i orzekać uniewinnienie od naruszeń, jednak powinno mieć to pewien wpływ na orzeczną karę.

## 1.2. Elementy opisu związane z przedmiotem zamówienia

Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów (art. 99 ust. 2 PrZamPubl).

Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie jest szczególnie ograniczony tym, jakie aspekty i elementy wyeksponuje i opíše szczegółowo, a do jakich odniesie się na wyższym poziomie ogólności. Zależy to od potrzeb zamawiającego, które realizacja zamówienia ma zaspokoić. W praktyce obrotu pojawiają się sytuacje, w których wykonawcy chcą zamawiającemu narzucać właściwe – ich zdaniem – rozwiązanie. Nie znają oni w pełni sytuacji zamawiającego i wychodzą z założenia (niekiedy słusznego), że dysponują większą wiedzą niż zamawiający, jednak nie znają jego ograniczeń. W trybach pozwalających na negocjowanie przedmiotu zamówienia (dialog konkurencyjny, tryb podstawowy z negocjacjami obligatoryjnymi) sugestie co do cech przedmiotu zamówienia albo sposobu realizacji są nie tyle dopuszczalne, co nawet mile widziane i oczekiwane. Jednak **w trybach przetargowych to zamawiający decyduje, który aspekt, detal czy element jest istotny**. Nie ma znaczenia w tym kontekście ani istotność finansowa, ani znaczenie danego elementu dla wykonania całego zamówienia.

### Przykład

Nie będzie stanowiło naruszenia dfp skupienie się np. na niskoemisyjnym procesie produkcji czy neutralnej dla środowiska przyszłej utylizacji produktu po zużyciu i wymaganie ich jako elementu wymaganego i koniecznego, pomimo że wykonawcy mogą uważać, że pożądaną przez zamawiającego efekt można osiągnąć szybciej i taniej innymi metodami.

---

## 1.3. Znaki towarowe, patenty lub pochodzenie

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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 (art. 99 ust. 4 PrZamPubl).

Przy braku definicji ustawowej uczciwej konkurencji w PrZamPubl wart podkreślenia jest dodatkowo brak typowego drugiego członu używanego wraz z „uczciwą konkurencją”, tj. „zasady równego traktowania wykonawców”. Wspomniany brak definicji wynika

z faktu, że uczciwa konkurencja jest wyrażana wieloma przepisami, co również podkreśla UZP<sup>1</sup>. **Z faktu, że nie istnieje definicja ustawowa uczciwej konkurencji dedykowana procesowi zamówieniowemu nie wynika, że nie można wskazać jej ram prawnych.** Jeżeli nie podejmie się próby określenia danego zjawiska, to wykazywanie, że miało ono miejsce, a tym bardziej, że zaistniały w związku z nim nieprawidłowości, byłoby istotnie utrudnione lub wręcz niemożliwe. Użyteczne w tym zakresie mogą być orzeczenia KIO, szczególnie jeżeli odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia: „uczciwa konkurencja powinna być definiowana jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert, a nie dostosowywanie (minimalizowanie) wymagań do odpowiadających danemu wykonawcy. Wysokie wymagania same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji, lecz są nakierowane na wysoką jakość usługi” (wyr. KIO z 6.11.2015 r., KIO 2331/15, Legalis).

Tryb warunkowy („mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”) oznacza prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencyjności, a nie pewność, dodatkowo też prawdopodobieństwo przeciętne, a nie istotne czy wysokie, co oznacza, że ograniczenie konkurencji nie musiałyby się zmaterializować. Ograniczeniem uczciwej konkurencji jest zarówno faworyzowanie pewnych rozwiązań, jak i dyskryminowanie innych.

### Orzecznictwo

Z przytoczonego art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy wynika, że o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych można mówić już wtedy, gdy zachodzi możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Nie jest przy tym konieczne ostateczne stwierdzenie, że zaistniałe nieprawidłowości miały definitywny wpływ na zakłócenie konkurencyjności postępowania. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że o ile ustawodawca nie wymaga przesądzenia wpływu wspomnianych nieprawidłowości na konkurencyjność postępowania, o tyle wykazać trzeba, że wpływ taki mógł zaistnieć. Dopiero w razie ustalenia, że określone okoliczności mogły – choćby potencjalnie – wpłynąć na niezastosowanie reguły uczciwej konkurencji wykonawców, możliwe jest sformułowanie tezy o zaistnieniu stanu faktycznego uzasadniającego twierdzenie o wystąpieniu czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych (orz. GKO z 22.10.2015 r., BDF1.4800.97.2015, Legalis).

Uczciwa konkurencja **nie oznacza, że wszyscy potencjalnie zainteresowani muszą mieć możliwość skutecznego** wzięcia udziału w postępowaniu – uczciwa konkurencja to nie konkurencja absolutna. Uczciwa konkurencja jest doprecyzowana przez zasadę proporcjonalności (zamawiający może żądać tyle, ile jest konieczne dla osiągnięcia celu stawianego przed zamówieniem, ale nie mniej): „Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania wymagań do wszystkich wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w danym postępowaniu. Okoliczność, że wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, nie przesądza o tym, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej kon-

<sup>1</sup> Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję, m.in. poprzez wykluczenie wykonawcy, który zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl), przez zapobieganie konfliktowi interesów (art. 56 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl) czy poprzez wykluczenie wykonawcy wcześniej zaangażowanego w przygotowanie postępowania, gdy nie można inaczej wyeliminować zakłócenia konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl) – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023, s. 157.

kurencji i równego traktowania Wykonawców” (wyr. KIO z 24.3.2023 r., KIO 603/23, Legalis). Preferowany w niektórych interpretacjach pogląd, jakoby agregowanie zamówień (w przeciwieństwie do dzielenia) zwiększało konkurencyjność postępowań, a którego źródłem są niewłaściwie rozumiane art. 29–30 PrZamPubl, należy traktować z ostrożnością. Kumulowanie (agregowanie) zamówień nie do końca ze sobą korespondujących (inny rynek, inni wykonawcy) **nie zawsze zwiększa, a może również ograniczać uczciwą konkurencję** (orz. GKO z 11.10.2018 r., BDF1.4800.79.2018, Legalis).

## 1.4. Równoważność

Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w powyższy sposób, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 5 i 6 PrZamPubl).

Brak wskazania równoważności i brak opisu parametrów równoważności stanowi również naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 1 DyscypFinPubU. Co do zasady, 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 (art. 99 ust. 4 PrZamPubl) w opisie przedmiotu zamówienia niejako *per se* stanowi naruszenie uczciwej konkurencji (poza wyjątkami, o których poniżej), a więc i naruszenie dfp. Należy podkreślić, że **wskazanie konkretnego rozwiązania wówczas narusza uczciwą konkurencję, gdy prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania lub eliminowania**. Przykładem może być zakup prasy, gdzie w OPZ podaje się konkretne tytuły czasopism bez dopuszczania jakiegokolwiek równoważności czy ekwiwalentności – dla zamawiających wartością jest zróżnicowanie tytułów, a nie zakup jakichkolwiek (najtańszych) gazet czy czasopism. Jednak również w przypadku innych, zdecydowanie bardziej konkurencyjnych produktów również użycie konkretnych nazw handlowych nie zawsze ogranicza konkurencję, zależne jest to od kontekstu i celu.

Użycie „znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę” w opisie przedmiotu zamówienia niejako *per se* stanowi naruszenie uczciwej konkurencji (poza wyjątkami, o których poniżej), a więc i naruszenie dfp. Jednak **nie każde odniesienie do konkretnego producenta w warunkach przetargu jest elementem OPZ i stanowi naruszenie przepisów** (zarówno PrZamPubl, jak i DyscypFinPubU) – według KIO: „nie stanowi naruszenia przepisów PrZamPubl opis przedmiotu zamówienia referujący do oceny pozycji producenta danego sprzętu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego adekwatne do potrzeb Zamawiającego nie będą tylko raporty/badania/benchmarki odnoszące się do cech przedmiotowych sprzętu/technologii. Jeżeli dany raport

powstaje na bazie oceny postawy producenta względem użytkownika końcowego, to odnosi się do cech przedmiotowo istotnych, a na pewno istotnych dla tego Zamawiającego w odniesieniu do zakładanego celu zamierzenia inwestycyjnego” (wyr. KIO z 4.4.2023 r., KIO 755/23, Legalis). Inaczej mówiąc, nie tyle sam fakt odniesienia się do sprzętu czy technologii w OPZ narusza prawo – konieczne jest wykazanie, że wskazane przez zamawiającego narzędzia ograniczają konkurencję, i to powinno zostać wykazane, aby rozważyć ewentualne naruszenie dfp.

Podstawowym ustawowym wyjątkiem pozwalającym na zastosowanie w OPZ konkretnych rozwiązań, produktów czy nazw handlowych jest treść art. 99 ust. 4 i 5 PrZamPubl. Zgodnie z tymi przepisami jest to dopuszczalne, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jednocześnie, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany z zastosowaniem konkretnych rozwiązań wskazujących na producenta, **zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności**. Wskazanie np. konkretnej marki jako oczekiwanego przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym braku zastosowania kryteriów równoważności stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a tym samym skutkuje naruszeniem art. 17 ust. 1 pkt 1 Dyscypliny Finansów Publicznych. Przepisy nie przewidują – nawet w uzasadnionych przypadkach – możliwości odstąpienia od opisu równoważności. W praktyce obrotu zamówieniowego zamawiający powszechnie wskazują na konkretne produkty, jednocześnie stosując kryteria równoważności.

#### Przykład

W przypadku postępowania na dostawę artykułów biurowych dopuszczalne jest zastosowanie następującego rozwiązania w OPZ: „Foliopis STABILO lub STAEDTLER” – Foliopis wodoodporny, piszący po gładkich powierzchniach typu folia, papier fotograficzny, szkło itp. Tusz szybkoschnący, nierozmazujący się, o wysokim stopniu nieprzezroczystości, odporny na działanie promieni słonecznych, w kolorach: czarny, niebieski, czerwony, zielony (kolory wyraziste i intensywne), w trzech grubościach linii pisania – 0,35–0,45; 0,55–0,65; 0,95–1,05. Takiemu opisowi produktu z użyciem wskazania konkretnego producenta już w samej treści towarzyszy opis kryteriów równoważności. Jeżeli wykonawca zaproponowałby w ofercie produkt innego producenta, ale spełniający pozostałe elementy opisu, wówczas zamawiający nie mógłby uznać, że produkt nie spełnia wymagań. Niezależnie od powyższego zamawiający powinien wprowadzić do treści SWZ informacje dotyczące równoważności:

„Towary równoważne:

- 1) w przypadku użycia przez Zamawiającego w SWZ przy opisywaniu towarów znaków towarowych (oznaczeń producenta i towaru) Zamawiający dopuszcza zaoferowanie towarów równoważnych;
- 2) użyte w SWZ znaki towarowe mają na celu określenie klasy towaru będącego przedmiotem zamówienia i służą ustaleniu jego standardu i właściwości;
- 3) przez towar równoważny Zamawiający rozumie towar porównywalny z towarem wskazanym przez Zamawiającego, tj. o takich samych bądź lepszych funkcjach użytkowych, parametrach i cechach jakościowych w stosunku do towaru wskazanego w SWZ. Towar równoważny musi się także cechować identyfikowalną nazwą (marką) producenta. Jeżeli towar równoważny nie będzie spełniał wymagań określonych w SWZ, a w szczególności w załączniku do SWZ, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl;

- 4) wykazanie, że zaofertowany przez Wykonawcę towar jest towarem równoważnym, leży po stronie Wykonawcy;
- 5) ocena równoważności zaofertowanych towarów zostanie dokonana w oparciu o wymagania określone przez Zamawiającego w załączniku do SWZ i złożone przez Wykonawcę dowody równoważności. Zamawiający zastrzega, że złożone przez Wykonawcę dowody traktowane będą jako element oferty Wykonawcy i nie będą podlegały procedurze, o której mowa w art. 107 ust. 2 PrZamPubl”.

Należy zauważyć, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że produkt równoważny spełnia oczekiwania zamawiającego (np. wyr. KIO z 7.3.2022 r., KIO 414/22, Legalis). Poniżej przykładowe postanowienia SWZ dotyczącego takiego wykazania:

„W przypadku zaofertowania towarów równoważnych w stosunku do towarów wskazanych przez Zamawiającego w załączniku do SWZ, Wykonawca zgodnie z poniższymi wymaganiami, dla wykazania ich równoważności, złoży Zamawiającemu:

- 1) dowody równoważności w postaci:
  - a) wzorów towarów równoważnych, po jednym egzemplarzu, z zastrzeżeniem, że wzory, które mogą ulec zużyciu w czasie testowania, Wykonawca złoży w dwóch egzemplarzach,
  - b) opisów towarów równoważnych, które powinny być na tyle szczegółowe i jednoznaczne, aby Zamawiający mógł ocenić spełnienie wymagań określonych w SWZ oraz rozstrzygnąć, czy zaofertowane towary są równoważne w stosunku do towarów wskazanych w załączniku do SWZ. Opisy towarów równoważnych mogą zostać złożone np. w formie karty charakterystyki lub specyfikacji technicznej zawierającej co najmniej: opis składu materiałowego, opis działania, opis parametrów technicznych, sposób użytkowania, dawkowanie itp. – odpowiednio dla zaofertowanego towaru;
- 2) każdy wzór towaru równoważnego i jego opis należy oznaczyć numerem zgodnym z pozycją w ofercie – formularzu cenowym;
- 3) wzory towarów równoważnych należy złożyć w oryginalnym jednostkowym opakowaniu producenta, chyba że opakowanie takie nie występuje. Wzór ma być pełnowartościowy oraz ma posiadać wszystkie cechy użytkowe, do jakich jest przeznaczony, i odpowiadać opisowi zawartemu w załączniku do SWZ (oferta – formularz cenowy);
- 4) dowody równoważności, o których mowa w pkt 1, należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w terminie wyznaczonym na składanie ofert, w zamkniętym opakowaniu/kartonie, w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z zawartością bez jego uszkodzenia”.

---

Dodatkowo warto mieć na uwadze, że naruszenie uczciwej konkurencji w zakresie równoważności to nie tylko ewentualny jej brak w OPZ, ale i żądanie „nadmiarowych” dokumentów. Zgodnie z art. 106 ust. 3 PrZamPubl żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje (tj. ma taki obowiązek) równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Wskazanie równoważnych przedmiotowych środków dowodowych jest ustawowo zagwarantowanym uprawnieniem wykonawcy.

## 1.5. Kody CPV

Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (art. 99 ust. 3 PrZamPubl).

Brak wskazania kodów CPV w OPZ sam w sobie stanowi naruszenie dfp, ponieważ bezpośrednio narusza art. 99 ust. 3 PrZamPubl. Pomimo niskiej przydatności praktycznej i użyteczności dla wykonawców kody są z formalnego punktu widzenia niezbędne.

## 1.6. Opis przedmiotu zamówienia a narzędzia komercyjne

Dopuszczalne jest, zdaniem KIO, użycie narzędzi zewnętrznych (swoisty ekwiwalent biegłego/eksperta) do opisu przedmiotu zamówienia i oceny jakościowej ofert, tj. skorzystanie z raportu konkretnej firmy. „Posłużenie się jako punktem odniesienia raportem firmy Gartner ze względu na możliwość odniesienia się do obiektywnej oceny sporządzonej przez niezależnych ekspertów, pozwalającej ocenić dojrzałość technologiczną rozwiązania oferowanego przez wykonawcę **należy ocenić jako uzasadnione**. Gartner Inc. to uznana firma analityczno-doradcza, która specjalizuje się w tematyce doradztwa strategicznego i wykorzystywania technologii informatycznych i zarządzania nimi w znacznej części udostępniająca wyniki niekomercyjnie, w tym dotyczy to opracowań użytych przez zamawiającego, z których popularnymi i uważanymi za wiarygodne są publikowane coroczne raporty z badań rynku rozwiązań IT, zwane Gartner Magic Quadrant, ukazujące rynek IT w kontekście dostępnych na rynku technologii w danej kategorii będącej przedmiotem zainteresowania potencjalnego zamawiającego. **Decyzja zamawiającego o wykorzystaniu raportów Gartner do oceny jakościowej proponowanych przez oferentów rozwiązań znajduje uzasadnienie w jego rzeczywistych potrzebach i nie narusza zasad uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców** [podkr. aut.]. Nie ma podstaw do twierdzenia, że potencjalny wykonawca powinien mieć zapewnione takie warunki udziału w postępowaniu, tak przedmiotowe, jak i podmiotowe, oraz tak sformułowane kryteria pozacenowe, które zapewnią mu najlepszą pozycję przy ocenie ofert. Teza taka z założenia jest błędna” (wyr. KIO z 5.7.2022 r., KIO 1584/22, Legalis).

Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, może opierać się zarówno na własnej wiedzy i doświadczeniu, jak i na materiałach zewnętrznych – jak wskazano powyżej. Mogą to być również materiały dosłownie zewnętrzne, znajdujące się poza kontrolą zamawiającego, na stronie internetowej, którą zamawiający nie administruje, co jest obarczone znacznym ryzykiem. Niekiedy jednak jest to wręcz niezbędne. Zamawiający, który w trakcie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia kontaktuje się z ekspertami zewnętrznymi, a nie tylko korzysta z zewnętrznych materiałów, **powinien umieścić w protokole postępowania stosowną informację**. Udział podmiotów zewnętrznych (w szczególności przy braku odpowiedniej informacji w protokole z postępowania) w połączeniu z krótkim terminem realizacji i innymi kwestionowanymi przez część wykonawców elementami opisu może być wskazówką, że mogło dojść do naruszenia uczciwej konkurencji, a tym samym naruszenia dfp.



[Przejdź do księgarni →](#)

[ksiegarnia.beck.pl](https://ksiegarnia.beck.pl)