INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Luty 2011 r.

Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP" informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP", rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.
Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP" danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

Spis treści

AKTUALNOŚCI 2
- Nowy przewodnik stanowiący pomoc w zapewnieniu wysokiej jakości i skuteczności usług świadczonych w interesie ogólnym 2
- Nowy przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych 2
- Zakończenie konsultacji w sprawie szerszego stosowania e-zamówień 3

OPINIE PRAWNE 4
Udzielanie zamówień wielorodzajowych 4
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 7
Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia 7
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 41
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych 41
ANALIZY SYSTEMOWE 49
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2009-2010 2009 - 2010 49

AKTUALNOŚCI

➢ Nowy przewodnik stanowiący pomoc w zapewnieniu wysokiej jakości i skuteczności usług świadczonych w interesie ogólnym

Komisja Europejska opublikowała na swojej stronie internetowej dokument *„Przewodnik stosowania przepisów Unii Europejskiej w zakresie pomocy państwa, zamówień publicznych i wewnętrznego rynku usług w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności w zakresie usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym”* („Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest”).

Celem niniejszego przewodnika jest wyjaśnienie regulacji europejskich znajdujących zastosowanie w zakresie organizacji i finansowania usług świadczonych w interesie ogólnym. Przewodnik ma za zadanie pomóc instytucjom publicznym, w szczególności tym na poziomie lokalnym, w zapewnieniu wysokiej jakości i efektywności usług, zgodnie z przepisami europejskimi.

Nowy przewodnik stanowi uaktualnienie katalogu najczęściej zadawanych pytań w zakresie pomocy państwa, opublikowanego w listopadzie 2007 roku.

Przewodnik dostępny jest w języku angielskim. Polska wersja językowa zostanie zamieszczona na stronie UZP z chwilą jej udostępnienia przez KE.

Dodatkowe informacje odnoszące się do przewodnika.

➢ Nowy przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych

Komisja Europejska zamieściła na swojej stronie internetowej polską wersję językową **Przewodnika dotyczącego uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych**.

Celem Przewodnika jest podniesienie poziomu świadomości instytucji zamawiających w kwestii potencjalnych korzyści wynikających z SOZP oraz praktyczne wyjaśnienie możliwości, jakie istniejące ramy prawne UE oferują organom administracji publicznej w zakresie uwzględniania kwestii społecznych w ich zamówieniach publicznych. Ma to

pozwolić organom administracji publicznej zwracać uwagę nie tylko na cenę, ale także na jak najlepszy wskaźnik wartości do ceny.

Podręcznik odnajdą Państwo na stronie Komisji Europejskiej - http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=pl&catId=89&newsId=978&furtherNews=yes oraz na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, w zakładce „Społeczne zamówienia publiczne" - http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1248

➢ Zakończenie konsultacji w sprawie szerszego stosowania e-zamówień

31 stycznia 2011 roku Komisja Europejska zakończyła konsultacje na temat oceny stanu e-zamówień w Europie, najważniejszych problemów związanych z wdrożeniem i stosowaniem e-zamówień na jednolitym rynku oraz działań, które powinny zostać podjęte w celu zwiększenia zastosowania zamówień elektronicznych w UE, zainicjowane publikacją Zielonej Księgi w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE (http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/e-procurement/green-paper_pl.pdf).

Kolejnym etapem będzie publikacja w 2011 r. Białej Księgi w sprawie zamówień elektronicznych, która zawierać będzie propozycje konkretnych działań służących zwiększeniu zastosowania środków elektronicznych w procedurach zamówień publicznych. Wszystkie informację będą na bieżąco zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

OPINIE PRAWNE

Udzielanie zamówień wielorodzajowych

Zasady, którymi zamawiający powinien kierować się przy kwalifikowaniu planowanego zamówienia do kategorii dostaw, robót budowlanych czy usług w sytuacji, gdy zamówienie ma charakter „mieszany" lub „wielorodzajowy", to znaczy w sytuacji, gdy składają się na nie różne rodzaje wymienionych świadczeń, zostały określone w szczególności w art. 6 ustawy Pzp.

Ustawa definiuje dostawy jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp) natomiast roboty budowlane jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 roku nr 156 poz. 1118 ze zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, z pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Roboty budowlane w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane (art. 3 pkt 7) są natomiast definiowane jako: budowa, przebudowa, rozbudowa, montaż, remont lub rozbiórka obiektu budowlanego, przy czym przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek wraz z instalacjami lub urządzeniami technicznymi, budowlę stanowiącą całość techniczno – użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz obiekt małej architektury (art. 3 pkt 1). Jeżeli, ze względu na złożony charakter zamówienia, nie jest możliwe lub jest niecelowe rozdzielanie różnych rodzajów świadczeń celem udzielenia odrębnych zamówień (w tym zamówień w częściach), zamawiający może udzielić takiego wielorodzajowego zamówienia, o ile nie godzi to w zachowanie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Ogólna zasada dotycząca tzw. zamówień wielorodzajowych jest wyrażona art. 6 ust. 1 Pzp i znajduje zastosowanie zawsze wówczas, gdy zamówienie składa się z niejednorodnych rodzajowo zamówień polegających na połączeniu dostaw z usługami lub robót budowlanych z usługami, i gdy nie zachodzi żadna z sytuacji szczególnych opisanych art. 6 w ust. 2, 3 lub 4 ustawy Pzp.

Tak więc, co do zasady, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy wraz z usługami albo roboty budowlane wraz z usługami do udzielania zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Natomiast, w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dostawą i równocześnie instalacją (rozmieszczeniem) dostarczonej rzeczy (dobra) lub też z robotą budowlaną i dostawą niezbędną do jej wykonania, bądź też usługą i robotą budowlaną niezbędną do jej wykonania, istotne jest ustalenie przede wszystkim celu zamówienia, i określenie czy ze względu na ten cel dany rodzaj zamówienia ma charakter główny a inne poboczny, a w konsekwencji, czy dane zamówienie jest w związku z tym, odpowiednio, dostawą, usługą czy robotą budowlaną (por. art. 6 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp).

W sytuacji określonej art. 6 ust. 2 ustawy Pzp podstawowym świadczeniem jest dostawa, natomiast inne zamówienia, które mogą towarzyszyć tej dostawie mają charakter dodatkowy, gdyż służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia, czy innego dobra niematerialnego poprzez jego instalację, czy rozmieszczenie. Stanowią zatem element niezbędny do uruchomienia tego urządzenia czy innego dobra, ale same w sobie nie tworzą odrębnego celu zamówienia. Naturalną konsekwencją uznania jako zamówienia podstawowego dostawy będzie największy udział wartościowy tego zamówienia w zamówieniu mieszanym.

Ustawa nie odnosi się zatem w sposób szczególny do sytuacji, w której przedmiot zamówienia obejmuje zarówno roboty budowlane jak i dostawy, przy czym zarówno robotom budowlanym jak i dostawom można by przypisać cechy głównego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w takim przypadku powinien dążyć do rozdzielenia poszczególnych rodzajów zamówień, poprzez ich udzielanie w częściach, a jeżeli zamówienia te są ze sobą funkcjonalnie powiązane i nie jest możliwe rozdzielenie ich wykonania pomiędzy różnych wykonawców, na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania przyczyn, dla których podział zamówienia stał się niemożliwy.

Warto zwrócić uwagę, iż w Przewodniku do wspólnotowych zasad w zamówieniach na dostawy, wydanym przez Komisję Europejską dla interpretacji dyrektywy 93/36/EEC, ale aktualnym dla omawianego wyżej zagadnienia, wskazano, iż zamawiający w pierwszej kolejności powinien rozważyć, czy możliwe jest rozdzielenie dostaw i robót budowlanych na dwa odrębne postępowania, bez szkody dla tych zamówień, tak by zachować reżim prawny właściwy dla danego rodzaju zamówienia. Jeżeli natomiast istnieją względy przemawiające za potrzebą połączenia dostaw i robót budowlanych w jednym zamówieniu, dla określenia, czy

mamy do czynienia z zamówieniem na dostawy, gdyż roboty budowlane mają charakter dodatkowy, należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę, czy celem zamówienia jest dostarczenie dobra ruchomego, tzn. takiego które bez szkody dla jego funkcjonowania można przemieszczać w inne miejsca, czy też celem zamówienia jest wejście w posiadanie przez zamawiającego nieruchomości. W tym drugim przypadku wyłączone jest kwalifikowanie zamówienia jako dostawy, a towarzyszących jej robót budowlanych jako zamówienia dodatkowego.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia

Zamawiający przygotowując postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego powinien opisać jego przedmiot w taki sposób, aby w pełni zrealizować swoje plany i osiągnąć zamierzony cel. Niezmiernie ważne jest dokonanie opisu cech przedmiotu zamówienia, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Zamawiający powinien wskazać przedmiot zamówienia w sposób jasny i precyzyjny za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym "Izba stwierdziła, że zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu odwołujący nie zaprzeczył".

Ustawodawca pozostawiając zamawiającemu możliwość sprecyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, zobowiązał go jednocześnie do uwzględnienia fundamentalnych zasad, które zostały przewidziane w przepisach (art. 29-31) ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej zwanej „ ustawą Pzp". Należy zatem wskazać, że z dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie zidentyfikować, co jest przedmiotem

zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) oraz to, że wszelkie istotne elementy dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Jako przykład naruszenia zasady jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia można przywołać stan faktyczny opisany w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Lublinie z 8.7.2005 r. (sygn. II Ca 372/04, niepubl.), w którym wskazano, że opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, gdy specyfikacja nakazuje opracować przedmiot zamówienia (dokumentację projektową) z uwzględnieniem programu użytkowego oraz warunków określonych w pismach Służby Ochrony Zabytków, a dokumenty te są sprzeczne. Należy ponadto, zauważyć, że wszyscy wykonawcy powinni rozumieć opis przedmiotu zamówienia w taki sam sposób. Dlatego też, do naruszenia przepisów ustawy wystarczy fakt, że jeden wykonawca został wprowadzony w błąd przez niejasny opis przedmiotu zamówienia. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia z 13 maja 2005 r. (sygn. II Ca 109/05, niepubl.), w którym stwierdzono, że to, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego nie ma znaczenia, albowiem wystarczy, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

Natomiast z brzmienia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika zakaz opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). Ponadto, należy wskazać, że o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji można mówić w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie przez podmiot produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a niemożliwość ta ma charakter obiektywny i nieprzemijający. Z naruszeniem dyspozycji art. 29 ustawy Pzp będziemy mieć zatem do czynienia tylko w okolicznościach, gdy wskazany w specyfikacji opis przedmiotu zamówienia będzie faworyzował wyłącznie jednego wykonawcę lub produkt kosztem wszystkich pozostałych zdolnych do zaspokojenia potrzeb zamawiającego. Nie może natomiast stanowić uzasadnienia do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji fakt, że z uwagi na czas nie jest możliwe aktualnie zaoferowanie przez wykonawcę produktu, który spełnia oczekiwania zamawiającego. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2009r. (sygn. akt KIO/UZP/434/09). Natomiast w wyroku z dnia 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1602/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiającemu przysługuje bowiem uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. I nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Granicę swobody zamawiającego w tym zakresie stanowi sformułowanie przez zamawiającego takich wymogów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji". Z kolei w wyroku z dnia 20 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 130/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „Zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione".

Ustawodawca, co do zasady, w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje również dokonywania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, wskazuje jednak, że zamawiający może oprzeć opis przedmiotu zamówienia na znakach towarowych, patentach, pochodzeniu produktu w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką danego zamówienia i zamawiający nie może w inny sposób opisać jego przedmiotu. Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający ich wskazania, zamawiający powinien się do tego zastosować. Wynika z tego, iż zamawiający nie może używać ww. określeń w każdym przypadku, musi być w stanie wykazać, iż konieczność posłużenia się ww. określeniami spowodowana jest szczególnym rodzajem zamówienia lub niemożnością opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem obiektywnych cech jakościowych lub technicznych. Analiza dopuszczalności posłużenia się znakiem towarowym we wskazanych okolicznościach, wymaga posiadania kompleksowej wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia, a zatem wykracza poza ramy ogólnej interpretacji przepisów ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy zamawiający ma możliwość opisania przedmiotu zamówienia bez

konieczności posłużenia się nazwami własnymi to powinien tak postąpić. Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp może być realizowane zatem tylko po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne", co powoduje, iż konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt bądź jego element inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania. Analogiczne stanowisko w przedmiotowej kwestii zajął również Zespół Arbitrów w orzeczeniach z dnia 4 kwietnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-919/06) oraz z dnia 3 lutego 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-153/05), w których stwierdził, iż w każdym przypadku posłużenia się znakiem towarowym, patentem lub wskazaniem pochodzenia produktu, zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest do zawarcia klauzuli dopuszczającej składanie ofert równoważnych przez zamieszczenie wyrazów "lub równoważne", "nie gorsze niż". Wymóg wynikający z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględny, powodujący negatywne skutki dla zamawiającego w przypadku niezastosowania się do niego. Działanie zamawiającego polegające na opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego znaku towarowego lub producenta przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia przedmiotów lub rozwiązań równoważnych, w każdym przypadku należy traktować jako naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, godzące w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pogłębiając powyższe rozważania, należy wskazać, że także w przedmiarze robót będącej częścią siwz zamawiający nie może używać nazw znaków towarowych w szczególności, że wskazanie wzmiankowanych znaków towarowych nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a także, że tym znakom towarowym nie towarzyszyły wyrazy " lub równoważne", względnie inne równoznaczne wyrazy. Działanie takie jest ewidentnym naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp". Na powyższe zwracał uwagę Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 23 maja 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1049/05).

Dodać także należy, że w doktrynie wskazuje się, że produkt równoważny to taki, który ma te same cechy funkcjonalne, co wskazany w siwz konkretny z nazwy lub pochodzenia produkt. Jego jakość nie może być gorsza od jakości określonego w specyfikacji produktu. Z kolei: „oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w siwz, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla

zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry" tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r. , sygn. akt KIO/UZP 1400/08. Natomiast, stosownie do postanowień art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, ma obowiązek wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Na wykonawcy oferującym produkty równoważne spoczywa zatem, w razie zaistnienia wątpliwości, ciężar wykazania równoważności treści składanej oferty.

Wskazując dalsze zasady, jakimi powinien kierować się zamawiający opisując przedmiot zamówienia, należy niewątpliwie wskazać na art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek posługiwania się, przy opisie przedmiotu zamówienia Polskimi Normami przenoszącymi normy europejskie lub normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy w zakresie niezbędnym do właściwego opisu cech technicznych i jakościowych przedmiotu zamówienia. Z kolei przepisy art. 30 ust. 2 i 3 ustawy Pzp określają kolejność uwzględnienia poszczególnych norm, natomiast przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. A zatem, z powyższego wynika, że zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwymi normami. Przepis powyższy nie zawiera natomiast obowiązku posługiwania się normami w opisie przedmiotu zamówienia, ani nie wymaga, by opis przedmiotu zamówienia ściśle odpowiadał treści właściwej normy. Konieczność opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi w sprzeczności z możliwością ustalenia przez zamawiającego takich wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane – są wyższe niż przewiduje norma, lub które nie zawierają doprecyzowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia uregulowanych odpowiednią normą (o ile nie narusza to zasady uczciwej konkurencji). Powyższe stanowisko zostało również przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 234/08), w którym Izba uznała, że „wymaganie przewyższające postanowienia Polskich Norm nie stanowi o jego sprzeczności lub niezgodności z treścią norm. Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia z "zachowaniem" Polskich Norm przenoszących normy europejskie, co wskazuje jedynie na pomocniczy charakter norm w określeniu minimalnych lub maksymalnych wymagań

dotyczących przedmiotu zamówienia. Treści powyższego przepisu nie należy interpretować jako nakazu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia ściśle za pomocą tych norm". Podobne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 29 sierpnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2336/05 oraz UZP/ZO/0-2337/05) stwierdzając m.in., że z przepisu art. 30 ust. 1 ustawy Pzp „nie można wywieść obowiązku zamawiającego opisania przedmiotu zamówienia za pomocą polskich norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek przestrzegania norm, tzn. zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców oferowania produktów spełniających polskie normy przenoszące europejskie normy zharmonizowane. Zamawiający nie musi jednak opisywać przedmiotu zamówienia w sposób literalnie odpowiadający właściwej normie, może zaostrzyć swe wymagania lub opisać je odmiennie od literalnych sformułowań normy, jeżeli nie naruszy w ten sposób jej zasadniczych postanowień. Zamawiający ma prawo ustalić wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia nie przewidywane przez daną normę. Postępowanie takie w ocenie Zespół Arbitrów nie narusza art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych." Należy przy tym zwrócić uwagę, że jeżeli jednak zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy określonych norm, aprobat czy specyfikacji technicznych, zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp powinien wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca może wówczas, przy pomocy innych dokumentów niż certyfikaty zgodności wykazać, że oferowany przez niego produkt spełnia wymogi wynikające z norm lub odpowiednich specyfikacji technicznych.

Stosownie natomiast do brzmienia art. 30 ust. 7 ustawy Pzp, do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień, zatem zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, oprócz opisu słownego powinien posługiwać się także kodami i nazwami Wspólnego Słownika Zamówień. Stosowanie nazw i kodów CPV służyć bowiem ma przede wszystkim celom klasyfikacyjnym, statystycznym oraz zapewnieniu porównywalności przedmiotów zamówień w ujęciu europejskim. Jak wynika z powyższego, wskazanie nazwy i kodu CPV, jest wymagane przy opisie przedmiotu zamówienia. Przy czym, należy mieć na uwadze, że nazwa i kod CPV stanowi jedynie element opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś całość jego treści. Tym samym, nie sposób przesądzić o kwalifikacji danego zamówienia jako dostawy, usługi lub roboty budowlanej wyłącznie na tej podstawie. Kluczowe w tym zakresie jest bowiem określenie przedmiotu zamówienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz opis przedmiotu zamówienia wskazany

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezsprzecznym jest, że nazwa i kod CPV powinna korelować z określeniem (w ogłoszeniu o zamówieniu) i opisem (w specyfikacji) przedmiotu zamówienia.

W myśl postanowienia art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli natomiast przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp). Szczegółowe warunki dotyczące dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określone są w przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. Wymogi jakim powinien odpowiadać projekt budowlany składający się na opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (§ 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.) określają ponadto przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. Nr 120, poz. 1133, ze zm.). Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane powinien odpowiadać szczegółowym warunkom określonym w przepisach art. 31 ustawy Pzp oraz w przepisach powołanych powyżej rozporządzeń Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. i z dnia 3 lipca 2003 r. Jednakże niezależnie od powyższych wymogów szczegółowych opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane musi odpowiadać wymogom wynikającym z art. 29-30 ustawy Pzp.

W świetle powyższych rozważań, należy stanąć na stanowisku, że zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który w najwyższym stopniu uwzględni jego potrzeby oraz cel, jakiem służyć ma przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia nie musi ściśle odpowiadać właściwej normie lub normom, a zamawiający może, ale nie musi, uwzględniać wszystkich elementów zamawianego produktu uregulowanych odpowiednią normą, jak również ma możliwość ustalenia wymagań przez normę nie przewidzianych. Powyższe uwarunkowane jest spełnieniem dwóch kryteriów: opis przedmiotu zamówienia nie może być sformułowany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nie może być sprzeczny z właściwymi normami.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia opisywanych artykułów stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Naruszenie 1 (KN/59/10)

Przedmiotem zamówienia kontrolowanego postępowania była dostawa i instalacja sprzętu i oprogramowania, modernizacja oprogramowania, prace wdrożeniowe, szkolenia użytkowników oraz opracowanie danych tematycznych, w ramach realizacji projektu „Mazowiecki System Informacji Przestrzennej Gmin i Powiatów współdziałających w ramach województwa". Projekt polegał na utworzeniu Mazowieckiego Systemu Informacji Przestrzennej (MSIP-GPW) funkcjonującego na poziomie gminnym, powiatowym i wojewódzkim oraz przeznaczonego do pozyskiwania, wymiany i udostępniania danych, zwłaszcza danych przestrzennych, a także świadczenia związanych z nimi usług.
Zakres niniejszego zamówienia składał się również z zakupu sprzętu (m.in. serwerów, stacji GIS) oraz zakupu oprogramowania narzędziowego a także z dostaw oprogramowania aplikacyjnego.
W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. Ze sporządzonej ekspertyzy wynika, że: „W przedmiocie zamówienia znajduje się sprzęt komputerowy, taki jak serwery i komputery osobiste, oraz oprogramowanie systemowe i aplikacyjne oraz inne usługi.
Analizując opis przedmiotu zamówienia zauważono sformułowania określone w Rekomendacji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczącej zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego jako co do zasady niepoprawne. Poniżej zebrano reprezentatywne przykłady takich określeń.

1) „Płyta główna musi być produkowana przez producenta serwera i oznaczona jego znakiem firmowym" SIWZ str. 51/85
2) „Dwa procesory czterordzeniowe klasy x86 dedykowane do pracy w serwerach, zaprojektowane do pracy w układach dwuprocesorowych, taktowane zegarem co najmniej 2,0GHz, …" SIWZ str. 51/85
3) „Zaprojektowana przez producenta jednostki centralnej komputera, posiadająca 1 złącze PCI Express x16, 2 wolne złącza PCI, 1 złącze PCI Express x1, 4 złącza

DIMM, płyta musi być trwale oznaczona logo producenta komputera" SIWZ str. 54/85

4) „Klawiatura USB - markowana przez producenta komputera, trwale oznaczona logo producenta" SIWZ str. 54/85
5) „Mysz optyczna USB z pięcioma klawiszami oraz scroll 1 - markowana przez producenta komputera, trwale oznaczona logo producenta" SIWZ str. 54/85
6) „Obudowa w jednostce centralnej musi być otwierana bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycia wkrętów, śrub motylkowych) oraz powinna posiadać czujnik otwarcia obudowy współpracujący z oprogramowaniem zarządzającym komputerem" SIWZ str. 54/85

Faktycznym potwierdzeniem dokonania opisu wymagań technicznych w sposób, który może naruszać zasady uczciwej konkurencji jest fakt, że wszyscy oferenci zaoferowali ten sam sprzęt, którego producentem jest firma Dell".

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający zobowiązany jest do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Także KIO w wyroku z 20 stycznia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) wyraźnie wskazała, iż „swoboda Zamawiającego w opisie

[1] Mysz o 5 klawiszach i scroll oznaczona własnym logo oferowana jest praktycznie wyłącznie przez jednego producenta komputerów – firmę Dell. Standardowa mysz ma dwa przyciski. Myszki o wielu przyciskach znajdują zastosowanie głównie w grach.

przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty". Natomiast w wyroku z dnia 20 listopada 2008 roku (KIO/UZP 1273/08) Izba stwierdziła, że „zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia." Ponadto należy dodać, iż „do naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji" (wyrok KIO z 18 listopada 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1240/08).

Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Ponadto w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca.

W związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, tj. opis parametrów technicznych wskazuje na rozwiązania firmy DELL, co wynika wprost z przygotowanej w tej sprawie ekspertyzy, należy uznać, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

W zastrzeżeniach do ww. wyniku kontroli Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, kwestionując wskazane w informacji o wyniku kontroli naruszenia.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż podstawowy zarys opisu przedmiotu zamówienia realizowało konsorcjum firm GISTMATIC Sp. z o.o. oraz MADKOM Sp. z o.o. dodatkowo opis przedmiotu zamówienia był przedmiotem wnikliwej analizy 5 oferentów czego dowodzi 125 pytań do siwz oraz protest złożony przez Comarch S.A. który został w części uwzględniony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 24 września 2007 r. W opinii zamawiającego brak zastrzeżeń oferentów do reszty opisu przedmiotu zamówienia dowodzi jego prawidłowości. Zamawiający przywołał również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej mające dowodzić, iż zamawiający kierował się swoimi potrzebami opisując przedmiot zamówienia i nie uchybił zasadzie uczciwej konkurencji.
W zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający nie zgodził się z argumentem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wskazując, iż do postępowania zgłosiło się 5 wykonawców co dowodzi zachowania zasady konkurencyjności.
Ustosunkowując się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących ww. naruszenia Prezes Urzędu stwierdził, iż argument realizacji podstawowego zarys opisu przedmiotu zamówienia przez konsorcjum jak również argument wnikliwej analizy 5 oferentów czego dowodzi 125 pytań do siwz są irrelewantne prawnie. W opinii biegłego „kuriozalne jest przywoływanie oceny dokonanej przez oferentów. Dla oferentów, z opisu jednoznacznie wynikało, że ma to być sprzęt Dell. Była to dla oferentów sytuacja wręcz komfortowa, gdyż umożliwiała przygotowanie poprawnej oferty stosunkowo niskim kosztem. Produkty Dell są powszechnie dostępne, a ich wartość w całości przedsięwzięcia nie była decydująca. Stąd nawet różnice w marży nie miały aż tak istotnego znaczenia dla pozyskania zamówienia, aby którykolwiek z dostawców kwestionował poprawność opisu.” Zamawiający nie odniósł się do opinii biegłego w zakresie elementów opisanych w sposób techniczny wskazujący jednoznacznie na firmę Dell. Jednoznacznym potwierdzeniem dokonania opisu wymagań technicznych w sposób, który może naruszać zasady uczciwej konkurencji jest fakt, że wszyscy oferenci zaoferowali ten sam sprzęt, którego producentem jest firma Dell. Należy również zauważyć, iż orzecznictwo wskazane przez zamawiającego nie odpowiada stanowi faktycznemu przedmiotowego postępowania. Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1/10 dotyczy kryteriów oceny oferty a nie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 4 grudnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 1649/09 Izba orzekła, iż „Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazując ilości metrów bieżących poszczególnych typów rur

oraz ich ilości szacunkowe. Izba nie dopatrzyła się braku możliwości prawidłowego przygotowania i ustalenia ceny oferty przez brak ilościowego rozdzielenia ilości rur o długości 1 i 3 m. Zamawiający wskazał, że w ogólnym wolumenie zamówienia rury o długości 6 m stanowić będą ok. 80%, natomiast na pozostałe 20 % składać się mają rury o długościach 1 i 3 m. Powyższe jest tożsame z pierwszym ze zgłaszanych przez odwołującego się żądań. Drugie z podanych żądań sprowadzałoby się de facto do narzucenia wykonawcom ceny za realizację przedmiotu zamówienia, co niweczyłoby jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu i czyniłoby je bezprzedmiotowym." Trudno powiązać wskazany powyżej stan faktyczno-prawny z stanem faktyczno-prawnym w przedmiotowym postępowaniu. Na uwagę zasługuje przywołany przez zamawiającego wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1120/10 ponieważ zawiera sentencje zgodną z stanowiskiem urzędu „Warunkiem nienaruszania konkurencji w takim przypadku brak uniemożliwienia z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu oraz brak sytuacji w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję", opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazujący jednoznacznie na firmę Dell zamawiający w opinii Prezesa Urzędu naruszył bezsprzecznie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Uchwałą z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 107/2010) Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego.

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w całości stanowisko zaprezentowane w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 30 grudnia 2010 r., znak UZP/DKUE/AD/41706/19761/10, oraz w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 grudnia 2010 r. Poddając analizie zarzuty i argumentację zaprezentowaną w zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 grudnia 2010. dostrzec należało, iż trafna jest ocena, zgodnie z którą w postępowaniu objętym kontrolą dokonano opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający treść przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, stanowi, iż zamawiający zobowiązany jest do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tego przepisu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który

mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis zawiera dyrektywę, by przedmiot zamówienia opisany został w sposób neutralny, wolny od preferencji na rzecz jednego lub kilku wykonawców, oraz pozbawiony elementów dyskryminujących innych. Powyższe oznacza obowiązek eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia takich oznaczeń i sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź eliminować innych, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Potwierdza to orzecznictwo – przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl. Zamawiający powinien zatem wystrzegać się sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Na gruncie analizowanej sprawy, na podstawie dokumentacji zebranej w toku przeprowadzonej kontroli a także wniosków płynących z przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego (opinia biegłego z dnia 1 października 2010r. wraz z jej uzupełnieniem z dnia 22 grudnia 2010r.), opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego należy uznać za naruszający brzmienie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trafnie dostrzegł Kontrolujący, że zestawienie pojedynczych wymagań postawionych w przedmiotowym postępowaniu wskazywało na jednego producenta sprzętu, to jest firmę DELL. Potwierdziła to szczegółowa analiza wymagań sprzętowych, dotyczących, przykładowo myszy optycznej USB z pięcioma klawiszami oraz scroll, markowanej przez producenta komputera, trwale oznaczonej logo producenta. W tym zakresie Kontrolujący ustalił, że wymagany przez Zamawiającego sprzęt w konfiguracji opisanej w przygotowanej na użytek tego postępowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest produkowany wyłącznie przez firmę DELL; także wszystkich pięciu uczestniczących w postępowaniu wykonawców zaoferowało sprzęt tego producenta.

Szczegółowy opis dostrzeżonych nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia – sprzętu informatycznego Kontrolujący zawarł w piśmie z dnia 30 grudnia 2010r.

UZP/DKUE/AD/41706/19761/10, którą to ocenę Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela.

Zgłaszający zastrzeżenia nie zakwestionował powyższego ustalenia Kontrolującego, wykazując, by na rynku istniał jeszcze jakikolwiek sprzęt tego rodzaju, który był przedmiotem zamówienia a oferowany przez innych producentów. Dodatkowo podkreślenia wymaga – co trafnie dostrzegł Kontrolujący, iż postawione przez Zamawiającego w odniesieniu do niektórych elementów sprzętu (płyty głównej, myszy optycznej) wymagania dotyczące markowania przez producenta komputera (co do myszy) lub serwera i oznaczenia jego znakiem firmowym (w odniesieniu do płyty głównej) nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia użyteczności, zaś wpływać mogą na ograniczenie konkurencji. Opracowana na użytek przedmiotowej kontroli opinia biegłego potwierdza wnioski dokonane przez Kontrolującego: starannie specyfikuje dostrzeżone nieprawidłowości w opisie, wskazuje metodologię przeprowadzonych badań, w sposób spójny precyzuje wynikające z przeprowadzonej analizy wnioski. Nie sposób dalej podzielić twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym powoływanie się w Informacji o wyniku kontroli doraźnej na *Rekomendacje Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczących zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego* jest niewłaściwe, bowiem nie posiadał wiedzy o wydaniu tego dokumentu i nie musiał wiedzy takiej posiadać, ponieważ rekomendacje nie mają charakteru prawa powszechnie obowiązującego, a wywodzenie z nich skutków prawnych jest bezpodstawne. Istotnie, dokument ten nie ma rangi aktu prawnego, który nakładałby na zamawiającego dokonującego opisu przedmiotu zamówienia konkretne obowiązki w tym zakresie, niemniej stanowi zestaw najbardziej reprezentatywnych, oczywistych sytuacji i zapisów, jakich należy się wystrzegać przy opisie przedmiotu zamówienia, i w tym zakresie stanowi wyraz wyspecyfikowania jednoznacznych i bezspornych zapisów, których użycie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i jest przejawem opisu przedmiotu zamówienia niezgodnego z brzmieniem regulacji zawartej w art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym znaczeniu powołanie się przez Kontrolującego na *Rekomendacje Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczących zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego* nie stanowi nieprawidłowości. Jak wyraźnie wynika z treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 grudnia 2010r., podstawą dokonanych ustaleń i wniosków jest treść art. 29 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych a nie wskazany dokument, który został przywołany jedynie pomocniczo.

Podobnie, nie miała wpływu dla oceny poprawności dokonanych przez Kontrolującego ustaleń argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą podstawowy zarys opisu przedmiotu zamówienia realizowało konsorcjum firm oraz dodatkowo opis przedmiotu zamówienia był przedmiotem wnikliwej analizy 5 wykonawców, czego dowodzi 125 pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz protest złożony przez Comarch S.A., który został w części uwzględniony przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 24 września 2007r. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci, działający na zlecenie Zamawiającego obciąża Zamawiającego. Z faktu, że podstawowy zarys opisu wykonał inny podmiot aniżeli sam Zamawiający nie wynika bowiem, że opisu przedmiotu zamówienia dokonano prawidłowo, w sposób czyniący zadość zasadzie uczciwej konkurencji i zgodny z brzmieniem art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Także okoliczność, że wykonawcy nie kwestionowali tak dokonanego opisu przedmiotu zamówienia składając protesty nie potwierdza słuszności tezy, że wnioski płynące z przeprowadzonej kontroli są bezzasadne. Jak trafnie dostrzegł Kontrolujący, produkty Dell są powszechnie dostępne, a ich wartość w całości przedsięwzięcia nie była decydująca; stąd nawet różnice w marży nie miały aż tak istotnego znaczenia dla pozyskania zamówienia, aby którykolwiek z dostawców kwestionował poprawność opisu. Istotnym wydaje się być także, że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie przetargu ograniczonego, gdzie w postępowaniu bierze udział ograniczona liczba wykonawców: ci zainteresowani są zatem najpierw zakwalifikowaniem się do udziału w postępowaniu, zaś po zaproszeniu do udziału w postępowaniu interes tych wykonawców wyraża się zaoferowaniem przedmiotu zgodnego z wymaganiem zamawiającego. Podzielono także ocenę Kontrolującego wyrażoną w piśmie z dnia 30 grudnia 2010r. UZP/DKUE/AD/41706/19761/10, że przytoczone w zastrzeżeniach do kontroli doraźnej następczej tezy z orzecznictwa nie odpowiadają stanowi faktycznemu przedmiotowego postępowania; nadto podstawą dokonywanej oceny powinny być przepisy prawa, co w niniejszej sprawie miało miejsce. Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że ocena dokona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie zarzuconego Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przy opisie przedmiotu zamówienia jest prawidłowa, zaś zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej wyartykułowane w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Naruszenie 2 (KN/37/10)

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania ustalono, iż przedmiar robót zawiera określenia wskazujące na opisanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego poprzez wskazanie nazw konkretnych produktów. Zamawiający posługiwał się m.in. następującym opisem przedmiotu zamówienia:

- „Pokrycie dachów papą termozgrzewczą „Polbit WF" dwuwarstwowe";
- „Gruntowanie podłoży preparatami „ATLAS UNIGRUNT" …";
- „(…) barwnik „Miks" …;
- „(…) wykonane na zaprawie CERESIT CN 72";
- „(…)smarowanie tylko podłoża lub płytek klejem „Atlas";
- „Pokrycie dachów blacha dachówką LUXMETAL wiatrownice";
- „Montaż okien (…) systemu VEKA";
- „Izolacje rur c.o. otulinami Thermoflex (rury 15-18 mm).

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Treść przytoczonego przepisu jednoznacznie wskazuje, że na zamawiającym ciąży obowiązek maksymalnie precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, w taki sposób, żeby stworzyć wykonawcom szanse złożenia, a sobie otrzymania rzetelnie opracowanych i porównywalnych oraz korzystnych cenowo ofert. Wskazany przepis służy również realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie, zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjątek dopuszczający opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ponadto w przypadku opisania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Należy jednak zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ogóle nie przewidział możliwości składania ofert równoważnych. Wskazując w siwz na konkretny produkt lub producenta poprzez wskazanie znaku towarowego, pomimo istnienia możliwości opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, zamawiający naruszył art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie nr 3 (KN/34/10)

Zamawiający w załączniku nr 2 do siwz wskazał parametry techniczne sprzętu dla Pracowni Endoskopii Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej. Zamawiający w dniu 7 grudnia 2009r. dokonał modyfikacji ww. załącznika z uwagi na wniesione protesty w przedmiotowym postępowaniu. Nadto wskazać należy, że w toku postępowania wykonawcy zadawali pytania dotyczące kwestii związanych z przedmiotem zamówienia.

Przykładowe pytania to:

Czy zamawiający dopuści procesor wyposażony w proste intuicyjnie menu w języku angielskim zrozumiałe dla każdego lekarza wykonującego badania endoskopowe? Utrzymywanie wymogu menu w języku polskim, który może spełnić tylko produkt firmy Olympus, jednoznacznie wskazuje na rażące naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odpowiedź:

Nie. Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie:

Czy zamawiający zrezygnuje z zapisu w pkt 19 ze względu na to, że metoda obrazowania PDD nie jest wymagana jako przedmiot zamówienia? Metoda obrazowania PDD jest metodą opatentowaną przez firmę Olympus dot. serii 180.

Odpowiedź:

Nie. Zamawiający nie wyraża zgody.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, wskazanymi w skardze dotyczącej przedmiotowego postępowania, a jednocześnie wydającymi się mieć potwierdzenie w analizie postępowania przeprowadzonej w toku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Politechniki Warszawskiej z prośbą o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:

1. Czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję;
2. Czy parametry techniczne sprzętu będącego przedmiotem zamówienia opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazują jednoznacznie na sprzęt tylko jednej firmy tj. Olympus Polska Sp. z o.o.

W opinii z dnia 2 sierpnia 2010 r. biegli z Politechniki Warszawskiej powołani przez Prezesa UZP odpowiedzieli na oba powyższe pytania twierdząco.
W uzasadnieniu swojego stanowiska biegli stwierdzili, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia została sformułowana w sposób preferujący jednego wykonawcę – firmę Olympus Polska Sp. z o.o., która jest liderem na rynku w zakresie sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia. Biegli porównując ofertę firmy Olympus oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu stwierdzili, że są one niemal identyczne, co sugeruje, że zamawiający opracował siwz na podstawie specyfikacji technicznej urządzeń wytwarzanych przez firmę Olympus, nie biorąc pod uwagę sprzętu oferowanego przez innych wykonawców. Biegli uznali ponadto, że żądanie przez zamawiającego „Menu w języku polskim" (pkt. a) poz. 11 siwz (pokoje badań gastroskopowych i kolonoskopowych) jest mało istotne, bowiem proste instrukcje w języku angielskim są zrozumiałe dla każdego użytkownika obsługującego programy komputerowe (względnie po krótkim przeszkoleniu). Ponadto, jak wynika z opinii możliwość zainstalowania filtru do metody obrazowania PDD pkt a) poz. 19 siwz (pokój badań gastroskopowych) stanowi również istotne ograniczenie złożenia oferty przez innych wykonawców (taką możliwość posiada tylko firma Olympus). Wymagania dotyczące koagulacji bipolarnej (moc min. 120±10W oraz aktywacja funkcji bipolarnej przez pedał i za pomocą funkcji auto – start), zdaniem biegłych nie może stanowić podstawy do podtrzymania tego warunku w siwz.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08). Jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, z której wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy oraz doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy zasada chroniąca uczciwą konkurencję nie została w powyższych przepisach zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wyżej wskazaną zasadę. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

Ponadto, należy wskazać, iż nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższy pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 423/08), w którym Izba stwierdziła, że: „Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób".

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie

przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego". Natomiast w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca".

A zatem, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie utrudniał uczciwej konkurencji, tym bardziej, iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta – firmy Olympus Polska Sp. z o.o. Świadczą o tym w szczególności pytania zadawane przez wykonawców w toku postępowania oraz stanowisko wyrażone w opinii biegłych. Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do wyniku ww. kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

Wnosząc zastrzeżenia Zamawiający podniósł, iż w jego ocenie nie został naruszony art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego dokonał on opisu przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami, a także w taki sposób, aby opis ten był zgodny ze złożonym wnioskiem o dofinansowanie. Zamawiający w tym zakresie przywołał „przeważający pogląd" orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym uprawnieniem Zamawiającego oraz jego obowiązkiem jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który gwarantuje otrzymanie produktu odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom (*vide:* wyrok KIO/UZP 782/08, przywołany przez

Zamawiającego w piśmie z dnia 25.10.2010 r.). Zamawiający wskazał, że w taki właśnie sposób postąpił, tj. opisał przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, z należytą starannością.

Zamawiający wskazał również, że protesty wniesione przez wykonawców biorących udział w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały rozpatrzone przez zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami, ponadto z rozstrzygnięciem protestów wykonawcy zgodzili się, o czym, zdaniem Zamawiającego, świadczy okoliczność, iż żaden z nich nie odwoływał się do KIO.

Zamawiający podniósł również, że wykonawcy sporządzając dokumentację techniczną swojego sprzętu zawsze określają parametry techniczne istotne dla przedmiotu zamówienia, zatem określone parametry, niezależnie od producenta są dla wszystkich wspólne. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał również owe istotne dla niego parametry graniczne. Zamawiający wskazał też, że nie jest w stanie zweryfikować czy przy opisie przedmiotu zamówienia nie doszło do przypadkowej zbieżności ze specyfikacją techniczną Olympusa, gdyż taką specyfikacją nie dysponuje. Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, iż określone przez Zamawiającego parametry są wykazywane również przez pozostałych wykonawców dostarczających sprzęt endoskopowy na rynek Polski. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że żaden przepis ustawy Pzp oraz jakiegokolwiek aktu wykonawczego nie zakazuje przy opisie technicznym przedmiotu zamówienia posiłkować się specyfikacjami technicznymi udostępnianymi przez producentów sprzętu. Ustawa nie zabrania korzystania z materiałów, które są ogólnie dostępne w oficjalnych katalogach czy też na stronach internetowych producenta lub dystrybutora.

Zamawiający, w odniesieniu do wymogu żądania menu w języku polskim, wskazał, że ten parametr był dla użytkownika bardzo istotny z uwagi na fakt, że nie każdy zatrudniony przez Zamawiającego pracownik posiada biegłą znajomość języka angielskiego. Wobec powyższego taki parametr znacznie ułatwia pracę użytkownikowi oraz w dużym stopniu podnosi bezpieczeństwo pacjenta. Zostaje również wyeliminowane ryzyko niewłaściwego użycia aparatu lub przypadkowego uszkodzenia, czy też zresetowania sprzętu przez użytkownika. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, że proste instrukcje w języku obcym są zrozumiałe dla wszystkich użytkowników programów komputerowych. Zdaniem Zamawiającego, dla osoby nie władającej tym językiem menu takie stanowi duże utrudnienie w obsłudze aparatu. Natomiast o możliwość zaoferowania menu obrazkowego żaden wykonawca nie pytał. Zamawiający podniósł również, że w Polsce językiem obowiązującym

jest język polski zatem żądanie menu w języku polskim nie jest zdaniem Zamawiającego wymogiem nadmiernym zwłaszcza w sytuacji, gdy coraz więcej producentów sprzętu oferuje taką opcję.

Zamawiający podniósł również, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej nie wskazano na jakiej podstawie faktycznej i prawnej biegły orzekł, że Zamawiający nie może żądać możliwości stosowania filtru do metody obrazowania PDD. Z rozpoznania przez Zamawiającego rynku wynika, że opcję taką oferuje także firma STORZ, która jest również producentem sprzętu endoskopowego. Zamawiający wskazał, że opcję tę zamierza wykorzystywać do planowanych zabiegów i badań. Podobne zastrzeżenia Zamawiający miał także w zakresie zakwestionowania wymogów co do aktywacji funkcji bipolarnej.

W odpowiedzi na powyższe stanowisko Zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, co następuje. Pismem z dnia 26 października 2010 r. Prezes UZP zwrócił się do autorów opinii z dnia 2 sierpnia 2010 r. o jej uzupełnienie. Na podstawie opinii uzupełniającej z dnia 29 października 2010 r. wskazać należy, iż biegli podtrzymali swoje stanowisko wyrażone w opinii z dnia 2 sierpnia 2010 r. w całości, gdyż ich zdaniem nie ma realnej możliwości, aby w sposób przypadkowy zaistniała tak daleko posunięta zbieżność między opracowaną przez Zamawiającego siwz, a specyfikacja techniczną firmy Olympus.

Wskazać należy, że biegli opracowywali opinie na podstawie materiałów dostarczonych przez UZP oraz na podstawie specyfikacji technicznych wykonawców wnoszących protesty**.** Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, zgodnie z którym, jeśli biegli ograniczyli się wyłącznie do porównania siwz ze specyfikacją techniczną firmy Olympus, to ich opinia jest stronnicza. Biegli w opinii z dnia 29 października 2010 r. podtrzymali pogląd, zgodnie z którym w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego siwz została sformułowana w sposób preferujący firmę Olympus.

Ponadto należy się odnieść do poszczególnych zarzutów Zamawiającego w zakresie dopuszczalności takiego opisania przedmiotu zamówienia. Istotnie, należy się zgodzić, że opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający winien się kierować własnymi potrzebami tak, ażeby zakupiony sprzęt jak najlepiej odpowiadał jego oczekiwaniom. Niemniej jednak opisując przedmiot zamówienia Zamawiający nie może pomijać generalnych zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego oznacza to, że niedopuszczalne jest opisanie parametrów granicznych w taki sposób, ażeby łącznie spełnić je mógł tylko jeden wykonawca. Innymi słowy, prawidłowo opisany przedmiot zamówienia, co

do zasady, powinien umożliwiać złożenie przez wykonawców więcej niż jednej ważnej oferty. Tak więc argumentacja zamawiającego dowodząca, że zastosowanie filtru do metody obrazowania PDD nie jest ograniczeniem uczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, że analogiczną funkcjonalność oferuję wykonawca STORZ nie jest równoznaczna z faktem, że Zamawiający zadbał w sposób wystarczający o zapewnienie uczciwej konkurencji. Fakt, że wykonawca STORZ spełnia jeden z parametrów granicznych nie oznacza, że spełnia także wszystkie pozostałe, a tym samym może złożyć ważną ofertę.

Rację ma Zamawiający twierdząc, że żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazuje mu opisywać przedmiotu zamówienia opierając się na oficjalnych specyfikacjach technicznych wykonawców oferujących dany sprzęt. Nie oznacza to jednak, że w wyniku analizy takich specyfikacji Zamawiający opracowuje takie parametry graniczne, które w istocie może spełnić tylko jeden podmiot. Analiza oficjalnych dokumentacji technicznych winna pomóc Zamawiającemu w znalezieniu optymalnego sprzętu przy uwzględnieniu ww. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumentem potwierdzającym stanowisko Zamawiającego nie może być również okoliczność, że wykonawcy nie składali w zakresie przedmiotu zamówienia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej. Korzystanie ze środków ochrony prawnej jest immanentnym uprawnieniem wykonawcy, który może z niego skorzystać w formach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Nie skorzystanie przez wykonawców z środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie nie oznacza, że prowadzone postępowanie nie jest obarczone rażącym błędem, a już na pewno nie „pozwalało przypuszczać, że działanie Zamawiającego jest prawidłowe".

Ponadto Zamawiający określając niektóre parametry graniczne i uznając je za niezbędne (np. parametry wskazane w pkt 14 i 15 siwz czy wymaganie dotyczące koagulacji bipolarnej), pomimo istotnych wątpliwości biegłych co do zasadności i celowości ich wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie sprecyzował w treści zastrzeżeń dlaczego żądanie takich funkcjonalności było w przedmiotowym postępowaniu niezbędne.

Nie przekonujące są argumenty Zamawiającego o niezbędności wymogu posiadania menu w języku polskim. Warunek posiadania takiego menu zarówno w ocenie biegłych, jak też Urzędu Zamówień Publicznych skutecznie eliminuje z możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców zagranicznych, nawet jeśli opracują oni dokładną i czytelną instrukcję w języku polskim, co w przypadku dostarczenia takiego sprzętu jest standardem. Co najmniej wątpliwa jest sugestia Zamawiającego, że być może zostałaby uwzględniona

możliwość zastosowania menu obrazkowego, gdyby któryś z wykonawców o taką możliwość zapytał. Trudno uznać, że takie wyjaśnienie potwierdza prawidłowość opisania przedmiotu zamówienia, skoro jak wynika z treści zapytań menu w języku polskim było dla Zamawiającego warunkiem niezmiennym.

W nawiązaniu do powyższego, stwierdzić należy, że – zgodnie ze stanowiskiem wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej – w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp został sformułowany zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów".

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego". Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest

takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt.
Ze sporządzonych na zlecenie Prezesa UZP opinii biegłych z dnia 2 sierpnia 2010 r. oraz 29 października 2010 r. wynika, iż powyższa sytuacja miała miejsce w kontrolowanym postępowaniu.

Uchwałą z dnia 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 85/2010) Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego.
Przedstawioną argumentację Prezesa Urzędu Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła wobec czego odstąpiła od prezentowania własnej argumentacji, uznając powtarzanie argumentacji uprzednio wskazanej przez Prezesa Urzędu za niecelowe. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła jedynie, że w celu prawidłowego sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zasadne jest korzystanie przez Zamawiającego z wszelkich ogólnie dostępnych informacji, w tym ze specyfikacji technicznych potencjalnych wykonawców. Podobieństwo oferty złożonej przez firmę Olympus Sp. z o.o. oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby nie może przesądzać o wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia. W opinii Izby kluczowym w niniejszej sprawie jest fakt, że zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wymogi siwz spełnia wyłącznie jeden wykonawca – Olympus Sp. z o. o., co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą równości oraz uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Izba wskazuje, że prawidłowe wypełnienie obowiązku, a tym samym przysługującego Zamawiającego prawo do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, winien polegać na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o uzasadnione potrzeby zamawiającego, co w zgłoszonych zastrzeżeniach nie zostało przez zamawiającego w pełni i właściwie wykazane.

Naruszenie 4 (KN/2/10)

Zamawiający w załączniku nr 10 do siwz, zawarł wzór oświadczenia, zgodnie z którym *„(...) partnerzy, podwykonawcy oraz wszelkie materiały i środki użyte do wykonania zamówienia pochodzić będą z krajów należących do Unii Europejskiej, Malty, Cypru, Turcji”*.
Powyższy zapis siwz jest niezgodny z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy, który stanowi że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Dodatkowo art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, że przedmiotu zamówienia nie wolno opisywać w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. Ww. zapis ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym materiały wyprodukowane w innych krajach, bądź też zamierzającym złożyć wspólną ofertę lub zlecić część prac podwykonawcom pochodzącym z innych państw.

Jedynym przewidzianym w ustawie wyjątkiem od zasady, iż każdy wykonawca powinien być traktowany jednakowo niezależnie od pochodzenia oferowanych dostaw jest art. 138c ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przewidujący, że w wypadku zamówień sektorowych na dostawy zamawiający może odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. Tym samym, zamawiający sektorowy przy ocenie ofert ma możliwość zastosowania preferencji dla wykonawców z Unii Europejskiej lub państw z którymi Unia zawarła stosowne umowy. Wyjątek ten dotyczy jednakże tylko zamawiających sektorowych, do których nie należą gminy.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamieszczając w siwz ww. zapis zamawiający naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy.

Naruszenie nr 5 (KN/141/09)

W Rozdziale III pkt 1 SIWZ zamawiający opisując oprogramowanie modułowe do zarządzania, stanowiące przedmiot zamówienia wskazał: „Zamawiający nie dopuszcza sytuacji wytworzenia nowego oprogramowania przez Dostawcę na rzecz realizacji niniejszego postępowania."

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać konkurencję.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych

wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Także KIO w wyroku z 20 stycznia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) wyraźnie wskazała, iż „swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb Zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, Zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty". Natomiast w wyroku z dnia 20 listopada 2008 roku (KIO/UZP 1273/08) Izba stwierdziła, że „zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia." Ponadto należy dodać, iż „do naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji" (wyrok KIO z 18 listopada 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1240/08).

Wymaganie postawione w SIWZ przez zamawiającego, że nie dopuszcza sytuacji, w której zostanie mu zaoferowane nowe oprogramowanie modułowe do zarządzania, stworzone na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obiektywnie uzasadnione potrzebami zamawiającego. Jeżeli oprogramowanie stworzone na potrzeby tegoż postępowania spełniałoby wszystkie określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania funkcjonalne, techniczne i systemowe to nie ma powodów, aby w jakikolwiek sposób ograniczyć możliwość jego zaoferowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który je stworzył wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Należy również wskazać, iż sformułowanie w SIWZ ww. wymagania, mogło doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, bowiem możliwości złożenia oferty zostali pozbawieni wykonawcy, którzy stworzą oprogramowanie na potrzeby niniejszego postępowania, a w przypadku gdyby jednak złożyli oferty w tym postępowaniu, ich oferty zostałyby odrzucone z powodu niezgodności z SIWZ.

Zatem poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia – oprogramowania modułowego do zarządzania, iż „zamawiający nie dopuszcza sytuacji wytworzenia nowego oprogramowania na rzecz realizacji niniejszego postępowania przetargowego", naruszył on przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy.

Naruszenie nr 6 (KN/79/09)

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianych samochodów osobowych. W zakresie dotyczącym zadania nr 1 zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia (charakterystyka 1 samochodu osobowego) w następujący sposób:

1) samochód osobowy z silnikiem wysokoprężnym o mocy min. 170 KM, nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących,
2) klapa tylna nadwozia (bagażnika) unoszona do góry,
3) wymiary pojazdu (dł. min 4800 mm, szer. min 1800 mm, wys. min 1450 mm),
4) rozstaw osi min 2750 mm,
5) układ kierowniczy ze wspomaganiem,
6) nadwozie w kolorze czarnym perłowym,
7) zderzaki w kolorze nadwozia,
8) wyposażenie samochodu minimum:
- poduszka powietrzna dla kierowcy i pasażera,
- boczne poduszki powietrzne przód + tył,
- poduszka chroniąca kolana kierowcy,
- przednie pasy bezpieczeństwa z regulacją wysokości mocowania wyposażone w napinacze pirotechniczne,
- aktywne zagłówki przednie z regulacją wysokości,
- system ESP, ABS, EBV, MSR, ASR,
- elektroniczna blokada mechanizmu różnicowego,
- system odcięcia dopływu paliwa i odblokowania drzwi w przypadku kolizji,
- system wspomagania ruszania pod wzniesienie,
- immobilizer + autoalarm,
- system kontroli ciśnienia w oponach,

- bi-ksenonowe reflektory przednie z funkcją czyszczenia reflektorów (spryskiwacze) i doświetlania zakrętów,
- światła przeciwmgielne,
- podgrzewane dysze spryskiwaczy lub zbiornik płynu do spryskiwaczy,
- asystent parkowania,
- czujnik parkowania przód + tył,
- klimatyzacja dwustrefowa automatyczna (+ klimatyzowany schowek),
- tempomat,
- czujnik deszczu,
- elektrycznie sterowane szyby z przodu i tyłu z systemem zabezpieczającym przed przytrzaśnięciem,
- elektrycznie sterowane, podgrzewane, składane automatycznie lusterka z funkcją pamięci i oświetleniem wokół drzwi,
- fotochromatyczne lusterko wsteczne,
- elektrycznie sterowany fotel kierowcy,
- fotel kierowcy i pasażera z regulacją na odcinku lędźwiowym,
- podgrzewane fotele przednie i zewnętrzne miejsca tylnej kanapy,
- wielofunkcyjna skórzana kierownica z obsługą min. radioodtwarzacza,
- instalacja radiowa (radio CD + min 4 głośniki),
- system nawigacji satelitarnej,
- przyciemniane szyby (atermiczne),
- komputer pokładowy,
- hamulce tarczowe przód + tył.
- napęd na przednią oś z min 6-stopniową automatyczną skrzynią biegów,
- pojemność bagażnika bez rozłożonych oparć foteli min 550 l,
- zużycie paliwa w cyklu miejskim max 8 l/100 km,
- obręcze kół min 17'' strukturalne o obniżonej wadze kpl letnich + kpl kół zimowych z felgami stalowymi,
- koło zapasowe dojazdowe lub pełnowymiarowe,
- podnośnik,
- gaśnica,
- apteczka,
- komplet narzędzi.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, wskazanymi w skardze dotyczącej przedmiotowego postępowania, a jednocześnie wydającymi się mieć potwierdzenie w analizie postępowania przeprowadzonej w toku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Biura Rzeczoznawców Polskiego Związku Motorowego PZM Holding Sp. z o.o. z prośbą o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:

- czy określone w SIWZ parametry wskazują, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego?
- jakie samochody odpowiadają parametrom technicznym określonym przez zamawiającego oraz jakie są ceny rynkowe tych samochodów?
- czy samochód Skoda Superb spełnia warunki techniczne określone w przedmiotowym postępowaniu?

z uwzględnieniem sytuacji na rynku motoryzacyjnym w listopadzie 2008 roku.

W opinii z dnia 23.04.2009 r. rzeczoznawca stwierdził, że określone w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia" parametry wskazują, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, a mianowicie samochodu marki SKODA model SUPERB II TDI wersja PLATINUM. Zdaniem rzeczoznawcy parametrom technicznym określonym przez zamawiającego odpowiada wyłącznie samochód marki SKODA model SUPERB wersja PLATINUM. Cena rynkowa ww. nowego pojazdu w listopadzie 2008 r. wg katalogu INFO – EKSPERT wynosiła 131.000,00 złotych. Zdaniem rzeczoznawcy samochód SKODA SUPERB spełnia warunki techniczne określone w przedmiotowym postępowaniu. W części opinii dotyczącej parametrów podstawowych w pkt 4 rzeczoznawca wskazał, iż: „Wymagane parametry techniczne jak: Samochód osobowy limuzyna 5 drzwiowa (lim5) ograniczają wybór do nadwozi do typu „hatchback" i „lift back" eliminując nadwozia typu „sedan" i „kombi". Należy wskazać, iż w odniesieniu do wymaganego przez zamawiającego rodzaju nadwozia (nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących) w opinii zostało wskazane, że: „Samochód SKODA SUPERB określana jest w świadectwie homologacji oraz w katalogach jako „sedan" (lim4 zdjęcie po lewej). Oferowana jest w wersji z podnoszonymi drzwiami bagażnika, jak w „lift back" (lim5 zdjęcie po prawej) dzielonymi tak, że możliwe jest podniesienie tylko części

tylnej nad bagażnikiem bez podnoszenia szyby (jak w lim4). Zatem, na potrzeby niniejszej opinii, została zaliczona jako spełniająca wymagania punktu 1 SIWZ. Rozwiązanie z dzielonymi drzwiami bagażnika proponuje tylko ten model samochodu SKODA co wyczerpuje wymaganie określone w punkcie 2 SIWZ. Wyjaśnia to pozorną sprzeczność punktu 1 i punktu 2 SIWZ". W odniesieniu do postawionych przez zamawiającego wymagań dotyczących nadwozia samochodu (pkt 1 nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących; pkt 2 klapa tylna nadwozia (bagażnika) unoszona do góry oraz pkt 3 wymiary pojazdu (dł. min 4800 mm, szer. min 1800 mm, wys. min 1450 mm)) rzeczoznawca wskazał, że: „Jak widać z powyższego zestawienia pierwsze trzy punkty SIWZ ograniczyły możliwość wyboru marki SKODA i modelu SUPERB II TDI. Analiza pozostałych parametrów jest bezprzedmiotowa. Wersje AMBITION, ELEGANCE i PLATINUM różnią się zakresem wyposażenia z czego najbogatsze jest w wersji PLATINUM. Dalsze rozważania nt. parametrów technicznych określonych w SIWZ są bezprzedmiotowe".

Należy wskazać, iż art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2098/03) zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Ponadto w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez

wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) zostało wskazane, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów".

Realizacja naruszenia uczciwej konkurencji ma miejsce wówczas, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zakazu poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia może objawiać się przez pozytywne, jak i negatywne działanie. Niedookreślenie opisu powodujące, że potencjalni wykonawcy nie mają możliwości ustalenia zakresu świadczenia narusza wprost art. 29 ust. 1 ustawy, zaś na tyle rygorystyczne dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, że spełnić go może tylko jeden wykonawca oferujący jeden konkretny produkt stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wyjątek dopuszczający odmienny - od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy - opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle, tj. wówczas gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu

zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy: ”lub równoważne” albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Powyższe wynika z faktu, iż określenie przedmiotu zamówienia leży w gestii zamawiającego i stanowi jego suwerenną decyzję. Wobec powyższego skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 29 ust. 3 ustawy musi być uzasadnione.

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego”.

Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów.

Jak zostało to wyżej wskazane działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym podkreślenia wymaga fakt, iż określone w SIWZ wymagane minimalne parametry techniczne oraz typowe dla jednego modelu pojazdu rozwiązania konstrukcyjne wskazują na wybór produktu konkretnego producenta. Posłużenie się przez Zamawiającego pojęciem „limuzyna” nie może być traktowane jako wypełnienie postanowień zawartych w art. 29 ust. 1 ustawy, tj. dokonania opisu przedmiotu zamówienia m. in. w sposób jednoznaczny. Wszakże znaczenie tego pojęcia, dotychczas rozumiane pod pojęciem samochodu wyższej klasy, o klasycznej linii, z parzystą liczba drzwi (np. czterodrzwiowym, sześciodrzwiowym) oraz zamkniętym nadwoziem typu sedan nie jest obecnie rozumiane tak jednoznacznie. Należy wskazać również na fakt, iż w odniesieniu do zawartego w pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia wymogu (nadwozie typu 5 drzwi) przekazany wraz z pismem Zamawiającego z dnia 05.05.2009 r. znak BS–SZ–390-26/08 (22) wyciąg ze świadectwa homologacyjnego pojazdu Skoda Superb wskazuje, iż producent zakwalifikował nadwozie

pojazdu jako sedan o liczbie drzwi wynoszącej 4. Należy również wskazać, iż posługiwanie się parametrami technicznymi obejmującymi zewnętrzne wymiary pojazdu nie ma żadnego znaczenia dla jego właściwości użytkowych. Dla użytkownika istotne są bowiem parametry mające bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo, ekonomikę i komfort w trakcie normalnego i przewidywanego użytkowania przedmiotu zamówienia, tj. dotyczących osiągów pojazdu, bezpieczeństwa pasażerów i komfortu, wyrażone np. osiąganą prędkością maksymalną, zdolnością przyspieszania określaną standardowo przyspieszeniem od 0 do 100km/h oraz w trakcie jazdy (np. od 80 do 120 km/h na konkretnym przełożeniu skrzyni biegów), zużyciem paliwa w standardowych warunkach, zasięgiem z pełnym zbiornikiem paliwa, pozytywnym przebyciem testów zderzeniowych oraz zdolnością hamowania od 100 km/h do zatrzymania, poziomem hałasu we wnętrzu, wymiarami wnętrza itp. Zastosowane przez zamawiającego minimalne oczekiwane parametry (np. moc silnika, wymiary zewnętrzne nadwozia, rozstaw osi) nie decydują bezpośrednio o żadnym z wymienionych parametrów.

Ponadto w aspekcie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy istotne dla oceny wymagań zamawiającego jest również i to, że w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1 została złożona tylko jedna oferta wykonawcy, który jest autoryzowanym dealerem pojazdów marki Skoda.

Dlatego też zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt – Skoda Superb naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy oraz zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych

Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2824/10 dotyczący przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

„Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. W przypadku aukcji elektronicznych, aby znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji.

Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. Przejrzystość postępowania nie została przez zamawiającego zagwarantowana. Dokumenty obrazujące przebieg aukcji zostały sporządzone w dniu 27.12.2010 r., co wobec przeprowadzenia aukcji w dniu 23 grudnia 2010 r. Izba uznała za działanie spóźnione. Obowiązkiem zamawiającego było pełne udokumentowanie przebiegu postępowania, aby umożliwić weryfikację tak ofert składanych przez poszczególnych wykonawców (postąpień) według czasu ich dokonania jak i dotrzymania przez zamawiającego wyznaczonych parametrów aukcji oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba uznała, iż reguły prowadzenia aukcji, z góry podane w

warunkach uczestnictwa w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, nie były przestrzegane, co pozostaje w sprzeczności z zasadą jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz pozwalało postawić zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy, przez wybór oferty na część 8 zamówienia. Skoro prawidłowość przeprowadzenia aukcji nr 1 budzi uzasadnione wątpliwości konieczne stało się nakazanie zamawiającemu jej powtórzenia w zakresie części 8 zamówienia."

Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 34/11 dotyczący unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

„Ustalenie wymagania, które nie było możliwe do spełnienia przez potencjalnego wykonawcę prowadziło do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, a tym samym było to wymaganie de facto nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Usunięcie takiej wady postępowania na etapie oceny ofert poprzez zmianę tego warunku – nawet na korzyść wykonawców - nie jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa zamówień publicznych, albowiem w konsekwencji prowadziłoby to do wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada warunkom podanym w ogłoszeniu i specyfikacji. Powoływane zatem przez Zamawiającego okoliczności, uzasadniają zastosowanie przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, stanowią one bowiem wadę powodującą, że nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że przepis art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp przede wszystkim nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146 i tym samym nie można twierdzić, iż wyłącznie przesłanki z art. 146 ust.1 ustawy Pzp, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby także podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Ograniczenie tylko do ust.1 tego artykułu prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, uniemożliwi Zamawiającemu jego unieważnienie, nakładając tym samym na Zamawiającego obowiązek zawarcia umowy. Zdaniem Izby, wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp musi prowadzić do wniosku, że – uwzględniając odpowiednio art. 146 ust.6 ustawy Pzp - wszelkie niedające się usunąć

wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 31/11 dotyczący wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

„Na wyraźne odróżnienie wyboru oferty najkorzystniejszej od wyboru, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje również treść ust. 1 art. 91 ustawy Pzp, który jednoznacznie określa podstawę dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Instytucja wyboru z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie została oparta na ustanowionych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert.

Dodatkowo, ustawa nie daje wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia uprawnienia do składania odwołań na wybór oferty, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp – wszelkie zastrzeżenia do sposobu oceny ofert przez zamawiającego powinny być rozpoznawane na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej poprzedzonej badaniem i oceną ofert. Wszystkie informacje związane z ww. działaniami zamawiającego nabierają statusu informacji wiążącej od chwili, gdy upływa termin na wniesienie odwołania. Okoliczność polegająca na uchylaniu się od zawarcia umowy nie ma wpływu na dalszy tok postępowania, bowiem w takiej sytuacji zamawiający może skorzystać z uprawnienia do zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą, co nie powoduje nowych, nie znanych dotąd okoliczności mogących stanowić podstawę do zaskarżenia w trybie odwołania.

Wobec powyższego, do trybu wyboru oferty określonego w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania uprawnienie zamawiającego do żądania od wybranego wykonawcy ponownego wniesienia wadium, bowiem uprawnienie to statuuje się wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia odwołania.

Do wyboru oferty nie poprzedzonego badaniem i oceną ofert nie znajduje zastosowania również klauzula standstill oznaczająca minimalny okres zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i której celem jest zapewnienie wykonawcom prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej (art. 94 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując, wybór oferty, w którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi przyjęcie oferty przez zamawiającego, jest oświadczeniem woli zamawiającego o zamiarze zawarcia umowy z danym wykonawcą w wyniku wcześniej dokonanej oceny.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że wybór oferty dokonany przez zamawiającego na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi czynność podejmowaną przez zamawiającego po zakończeniu postępowania, która zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie może być kwestionowana w drodze odwołania. Czynność ta może stać się podstawą zaskarżenia przez wykonawcę na drodze cywilnoprawnej."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 36/11 dotyczący niedopuszczalności uzupełniania wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

„Należy stwierdzić, że ewentualne uzupełnienie dokumentu gwarancji w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Dokonane ustalenie prowadzi do wniosku, że wniesione pierwotnie i w terminie wadium nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń zamawiającego. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i co, oczywiste, w kwocie pieniężnej wymaganej postanowieniami siwz. Jakiekolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta, a w przedmiotowej sprawie jest to ograniczenie wysokości wadium, chociażby w wyniku popełnienia pomyłki przez wystawcę dokumentu, należy uznać za nieprawidłowe i prowadzące do wniosku, że wadium nie zostało wniesione."

Postanowienie KIO z dnia 24 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 60/11 dotyczące odrzucenia odwołania z uwagi na uchybienie terminu do jego wniesienia.

„Izba odnosząc się do przywołanej argumentacji Odwołującego wskazuje, że ustawodawca skutki związane z dochowaniem terminu na złożenie odwołania dotyczącego określonych czynności Zamawiającego, o których ten ma ustawowy obowiązek poinformować

wykonawców, wiąże z czynnością przesłania określonej informacji, a więc wysłania jej przez Zamawiającego, a nie skutku jej doręczenia. Ponadto przywołane przepisy ustawy co do terminów na złożenie odwołania (art. 182 ust. 1 ustawy Pzp) rozróżniają różne terminy w zależności od tego, czy owa informacja zostanie przesłana wykonawcy w sposób umożliwiający bezpośredni i szybki odbiór tej informacji – faks, mail (szybkie pozyskanie informacji) – przewidując krótsze terminy (10 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 5 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów), czy też w sposób, który oddali możliwość pozyskania informacji o czynności zamawiającego od momentu jej przesłania – poczta, przewidując dłuższe terminy (15 dni w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE i 10 dni w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tych progów).”

pełny tekst orzeczenia

Postanowienie KIO z dnia 24 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 109/11, KIO 110/11

dotyczące odrzucenia odwołania z uwagi na uchybienie terminu do jego wniesienia.

„W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający przekazał wykonawcom informację o odrzuceniu złożonych ofert, przesyłając ją wykonawcom w dniu 3 stycznia 2011 r. listem poleconym. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż informacja ta została przekazana wykonawcom w sposób inny niż określony w art. 27 ust. 2, który odnosi się do drogi faksowej lub elektronicznej przekazywania informacji. Biorąc zatem pod uwagę powyższe oraz wartość zamówienia, która przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tj. w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, w przedmiotowym postępowaniu wykonawców obowiązuje termin 15 - dniowy na wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia złożonych ofert. Podkreślić należy równocześnie, iż stosownie do brzmienia ww. przepisu, termin powyższy nie biegnie od daty otrzymania przez wykonawców przesłanej informacji o odrzuceniu ofert lecz od dnia przesłania tej informacji.”

pełny tekst orzeczenia

Postanowienie KIO z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 130/11 dotyczące odrzucenia odwołania z uwagi na uchybienie terminu do jego wniesienia.

„Ustosunkowując się do stanowiska odwołującego Izba wskazuje, iż w prawie polskim istnieją wyjątki od zasady doręczenia i zgodnie z regułą exceptiones non sunt extendendae nie mogą one podlegać wykładni rozszerzającej. Do regulacji o charakterze szczególnym zaliczyć należy przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy zakreślający na wniesienie odwołania termin 10 dni od dnia przesłania (m.in. za pośrednictwem faksu) informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Przepis wprost zatem stanowi, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się od dnia przesłania informacji o wyniku postępowania, a nie zapoznania się z jej treścią."

pełny tekst orzeczenia

Postanowienie KIO z dnia 31 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 147/11 o odrzuceniu odwołania z uwagi na uchybienie terminu do jego wniesienia.

„Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu" (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania" z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), a zatem gdyby wolą ustawodawcy było przyjęcie możliwość wniesienia odwołania z zachowaniem terminu z chwilą złożenia go na poczcie, to i w art. 182 ustawy takie rozwiązanie by wprost wprowadził."

pełny tekst orzeczenia

Postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/W 1/11 dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

„W rozpoznawanym wniosku zamawiający przedstawiając okoliczności, które mogłyby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, wskazał w szczególności, iż niezawarcie umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę w sprawie odwołania spowoduje, iż szereg instytucji oraz jednostek wojskowych w garnizonie Wrocław zostanie pozbawionych możliwości prawidłowego funkcjonowania ze względu na brak sił i sprzętu do utrzymania siłami własnymi czystości w pomieszczeniach budynków usługi utrzymania terenów zielonych, czyszczenia dróg, placów, chodników w kompleksach wojskowych. Wskazał także, że w przypadku braku terminowej realizacji usługi sprzątania terenów wewnętrznych w rejonach zakwaterowania wzrośnie zagrożenie sanitarne i epidemiologiczne, a brak wykonywania odśnieżania terenów zewnętrznych uniemożliwi bezpieczne poruszanie się osób i sprzętu na terenach kompleksów wojskowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zamawiający wykazał spełnienie przesłanek do uchylenia zakazu, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96) interes publiczny to korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanychnp. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Ważąc w ustalonym stanie faktycznym negatywne skutki dla interesu publicznego, które mogą zostać spowodowane szkodą wynikającą z niezawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia przed wydaniem przez Izbę orzeczenia oraz biorąc pod uwagę, iż okoliczność ta została w stopniu dostatecznym wykazana przez zamawiającego, w porównaniu do korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego, Izba uznała, że zachodzą przesłanki do uchylenia zakazu wynikającego z art. 183 ust. 1 Pzp. Z uwagi na powyższe, postanowiono, jak w sentencji, na podstawie art. 183 ust. 4 Pzp.”

Postanowienie KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/W 4/11 dotyczące odmowy uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

„(...) Zamawiający w uzasadnieniu wniosku, poza wskazaniem ewentualnych przyczyn odrzucenia odwołania, które to przyczyny nie podlegają badaniu w ramach badania możliwości zastosowania art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy, która to instytucja ma charakter wyjątkowy. Zamawiający w swej argumentacji, odnoszącej się do przesłanek zastosowania instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy oparł się jedynie na okolicznościach ogólnikowych, wskazując iż niemożność zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem doprowadzi do sytuacji, w której Zamawiający będzie miał poważny problem z zapewnieniem właściwej ochrony osób i mienia znajdujących się w granicach Filharmonii Łódzkiej, na potwierdzenie powyższego nie przedkładając żadnych dowodów. Z uzasadnienia wniosku nie wynikają więc żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Tymczasem Izba uchylając zakaz zawarcia umowy nie może opierać się na ogólnikach. Natomiast Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż okoliczności te spowodują negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.”

pełny tekst orzeczenia

ANALIZY SYSTEMOWE

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2009-2010
2009 - 2010

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	9 131	1 229	**10 360**
O udzieleniu zamówienia	13 039	3 057	**16 096**
O konkursie	11	2	**13**
O wynikach konkursu	6	5	**11**
O zmianie ogłoszenia	2 258	737*	**2 995**
O koncesji na usługi / roboty budowlane	1	0	**1**
O zamiarze zawarcia umowy	856	50	**906**
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	74	**74**
O profilu nabywcy	-	5	**5**
RAZEM	**25 302**	**5 159**	**30 461**

* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	17,98%	6,10%
Dostawy	44,75%	50,61%
Usługi	37,27%	43,29%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,94%	96,34%
Przetarg ograniczony	0,43%	2,60%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,39%	0,73%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,33%
Licytacja elektroniczna	0,22%	-

Kryteria oceny ofert

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	95%	92%	87%	91%
Cena i inne kryteria	5%	8%	13%	9%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	8	0,09%
Dostawy	5	0,05%
Usługi	9	0,10%
Razem	**22**	**0,24%**

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	1	0,01%
Dostawy	4	0,04%
Usługi	9	0,10%
Razem	**14**	**0,15%**

Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	150	1,64%
Dostawy	99	1,08%
Usługi	246	2,69%
Razem	**495**	**5,41%**

Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	1 198	13,12%
Dostawy	2 091	22,90%
Usługi	1 877	20,56%
Razem	**5 166**	**56,58%**

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	9,45%	2,49%
Dostawy	41,51%	26,98%
Usługi	49,04%	70,53%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	71,48%	82,19%
Przetarg ograniczony	0,29%	2,59%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,07%	3,34%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,14%	11,72%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,16%
Wolna ręka	23,93%	-
Zapytanie o cenę	3,93%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,14%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	2,792 mld zł

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	39%
Dostawy	30%
Usługi	31%

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

Cena oferty wybranej do wartości zamówienia (zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Odsetek
Roboty budowlane	94%
Dostawy	99%
Usługi	94%
Średnio	**97%**

Ogłoszenia o zamówieniu z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, w których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
I poł. 2010	77 411	64 624	83,48%
III kw. 2010	50 135	38 983	77,76%
II poł. 2010	94 163	71 627	76,07%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych (zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	4,28	2,28
Dostawy	2,08	1,37
Usługi	2,27	1,55
Średnio	**2,29**	**1,56**

Zamówienia udzielone według województw
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	6%	8%
kujawsko-pomorskie	8%	4%
lubelskie	4%	4%
lubuskie	2%	2%
łódzkie	5%	5%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	18%	17%
opolskie	2%	2%
podkarpackie	5%	7%
podlaskie	2%	2%
pomorskie	5%	6%
śląskie	11%	11%
świętokrzyskie	2%	2%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	9%	10%
zachodniopomorskie	5%	5%

Średni czas trwania postępowań
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	2009	2010
Roboty budowlane	47 dni	44 dni
Dostawy	34 dni	29 dni
Usługi	34 dni	29 dni
Średnio	**37 dni**	**30 dni**

Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	2,09%
Administracja rządowa terenowa	2,73%
Administracja samorządowa	47,18%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	8,08%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,95%
Uczelnie publiczne	5,44%
Podmiot prawa publicznego	0,19%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	12,12%
Inny	20,21%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,75%
Administracja rządowa terenowa	4,90%
Administracja samorządowa	35,48%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,35%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,40%
Uczelnie publiczne	6,59%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	17,22%
Zamawiający sektorowy	1,30%
Inny	25,01%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających (zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	3,39%	28,73%	67,87%
Administracja rządowa terenowa	4,18%	23,57%	72,24%
Administracja samorządowa	13,41%	27,26%	59,32%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,57%	38,91%	55,52%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	4,00%	26,22%	69,78%
Uczelnie publiczne	8,30%	64,53%	27,17%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	2,71%	57,58%	39,72%
Zamawiający sektorowy	5,71%	53,81%	40,48%
Inny	6,51%	39,27%	54,22%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień według kategorii zamawiających (zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	60,34	0,00	0,42	0,00	0,00	32,49	6,33	0,42
Administracja rządowa terenowa	65,85	0,00	0,00	0,22	0,00	27,90	5,58	0,45
Administracja samorządowa	68,93	0,26	0,04	0,05	0,00	26,72	3,76	0,24
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	66,09	0,46	0,00	0,23	0,00	29,27	3,95	0,00
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	53,33	0,00	0,44	0,00	0,00	34,67	11,56	0,00
Uczelnie publiczne	77,64	0,00	0,09	0,38	0,09	16,79	5,00	0,00
Podmiot prawa publicznego	81,63	0,00	0,00	0,00	0,00	16,33	2,04	0,00
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	91,36	0,42	0,00	0,30	0,00	7,09	0,83	0,00
Inny	67,29	0,43	0,13	0,10	0,07	27,29	4,63	0,07

Liczba zamówień udzielonych polskim wykonawcom na rynkach innych państw członkowskich UE z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	1	1 x dostawy	633 356 EUR
Czechy	1	1 x dostawy	4 066 493 EUR
Litwa	1	1 x usługi	33 614 EUR
Niemcy	1	1 x dostawy	brak danych
Serbia	1	1 x usługi	1 394 000 EUR
Turcja	1	1 x usługi	9 115 000 EUR
Razem	**6**	**3 x dostawy** **3 x usługi**	**15 242 463 EUR**

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

Liczba zamówień udzielonych przez polskich zamawiających wykonawcom zagranicznym z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			1	brak danych					**1**	**brak danych**
Belgia			1	2 109 000	4	11 913 455			**5**	**14 022 455**
Białoruś			1	278 300					**1**	**278 300**
Czechy	1	393 274 156	2	193 090	1	628 000			**4**	**394 095 246**
Finlandia					1	27 836 167			**1**	**27 836 167**
Francja					2	9 096 386			**2**	**9 096 386**
Hiszpania					1	5 999 626	1	30 000	**2**	**6 029 626**
Holandia			3	3 731 911	1	114 234 052			**4**	**117 965 963**
Litwa					1	716 750			**1**	**716 750**
Niemcy			7	69 757 315	2	1 851 388 259			**9**	**1 921 145 574**
Portugalia					1	9 969 739			**1**	**9 969 739**
Szwajcaria			4	1 065 692					**4**	**1 065 692**
Szwecja			1	6 288 642					**1**	**6 288 642**
USA			1	1 388 600					**1**	**1 388 600**
Wielka Brytania			9	2 272 902	1	985 577			**10**	**3 258 479**
Razem	**1**	**393 274 156**	**30**	**87 085 451**	**15**	**2 032 768 011**	**1**	**30 000**	**47**	**2 513 157 618**

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

II. Kontrola udzielania Zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	13	
Zakończone	12	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	6	50%
Stwierdzono naruszenia	6	50%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	0	0%
	2	33%
ponowna ocena	4	67%
uchybienia formalne		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	9	
Zakończone	6	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Brak naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	6	100%
W tym: zawiadomienie RDFP	0	0%

Kontrole doraźne zawiadomień
(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do Prezesa UZP
w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	0	
Zakończone	1	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	1	100%
w tym:		
	1	100%
uchybienia formalne	0	0%
zawiadomienie RDFP		

D)

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka *Joanna Orzeł*
Urszula Krynicka *Izabela Rzepkowska*
Anna Łagocka *Anna Węcławska*
Piotr Zabadeusz
pod kierunkiem Anity Wichniak Olczak

KONTAKT:
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa
tel. 458-77-07 fax 458-78-36, informator@uzp.gov.pl