

Uzasadnione potrzeby zamawiającego

Czytelnik Biuletynu Górniczego, planujący rozpocząć produkcję innowacyjnego sprzętu górniczego, zwrócił się o wyjaśnienie – czy jeżeli zamawiający faktycznie posiada zapotrzebowanie na nowoczesne rozwiązanie, to czy może one wprost wskazać na swoje potrzeby w opisie przedmiotem zamówieniem, nawet kosztem otrzymania mniejszej ilości ofert?

Odpowiedź na to pytanie – warto zacząć od przypomnienia, że od przeszło ćwierć wieku w zamówieniach publicznych obowiązuje zasada, iż przedmiotu zamówienia nie można określać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający nie może podejmować działań, które ograniczałyby prawo wykonawcy do podjęcia decyzji o złożeniu oferty i rozpatrzenia jej na takich samych zasadach jak oferty innych wykonawców.

Podobnie zasadę zachowania uczciwej konkurencji postrzegają podmioty oceniające poprawność prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W niniejszym artykule nie sposób przytoczyć wszystkich poglądów zaprezentowanych na przesłaniu ostatniej 25 lat. Stąd też, przytoczone zostanie stanowisko KIO prezentowane w ciągu ostatniego roku – jako najbardziej reprezentatywne dla omawianego zagadnienia.

Obiektywne potrzeby

KIO niezmiennie przedstawia pogląd, że to zamawiający – jako organizator i gospodarz procedury przetargowej – określa zakres przedmiotowy zamówienia. Zamawiający powinien działać w granicach określonych w ustawie Pzp, ale również mieć na uwadze art. 3531 oraz art. 5 Kodeksu Cywilnego.

Konieczności zachowania ww. zasad nie zmienia faktu, iż zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający rzeczywiste potrzeby związane z jego funkcjonowaniem lub realizacją przypisanych mu zadań (wyrok KIO z dnia 14.05.2018 r., KIO 801/18). Zamawiający musi umieć wykazać, że utrudnienie uczciwej konkurencji znajduje pokrycie w obiektywnych i uzasadnionych interesach. Określenia „obiektywny” nie należy tłumaczyć jako uzasadnionego dla „ogółu” – lecz uzasadnionego i racjonalnego dla zamawiającego (wyrok KIO z dnia 13.04.2018 r., KIO 537/18).

Zamawiający nie musi określać przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający

cy jego realizację wszystkim uczestnikom rynku danej branży. Zresztą, w mojej ocenie, jest to praktycznie niemożliwe. Nie jest obowiązkiem zamawiającego uwzględnienie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danej usługi. Jeżeli potrzeby zamawiającego uzasadnione są szczególną sytuacją, wówczas nie można uznać, aby zamawiający działał w sposób ograniczający konkurencyjność i naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 18.10.2018 r., KIO 2031/18).

Wysoka jakość

Od początku istnienia systemu zamówień publicznych do chwili obecnej znacząco ewaluowało podejście do jakości i cen przedmiotu zamówienia. Zamawiający dostrzegli, że celem zamówień publicznych nie powinno być nabycie najtańszego przedmiotu o niskiej jakości. W tym kontekście nie można pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (wyrok KIO z dnia 01.06.2018 r., KIO 959/18).

Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji. Poszanowanie tych reguł nie oznacza jednak, że zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb. Wręcz przeciwnie – zamawiający ma prawo wymagać nie tylko wyższej jakości (niż standardowa), ale również ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby odpowiadał jego skonkretyzowanym potrzebom, uzasadnionym zobiektywizowanymi czynnikami (wyrok KIO z dnia 16.02.2018 r., KIO 155/18). Takie stanowisko wyrażono również w opinii UZP dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (pub. www.uzp.gov.pl). W takich okolicznościach oczekiwania zamawiającego, określone nawet na bardzo wysokim poziomie (co zwykle prowadzi do zawężenia kręgu wykonaw-

ców) nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 04.12.2017 r., KIO 2412/17).

Nie liczba wykonawców decyduje

W moim przekonaniu, zasadne jest pójście nawet krok dalej i stwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, nie musi stanowić naruszenia zasad wyrażonych w art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych (wyrok KIO z dnia 12.01.2018 r., KIO 2737/17). Wskazane przepisy nie powinny być interpretowane w ten sposób, że nakładają na zamawiającego obowiązek wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności – w związku z koniecznością tworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia. Zamawiający nie jest zatem zobowiązany do zamawiania gotowych już produktów wykonawców.

Z drugiej strony, można spotkać się z poglądami, iż warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekraczające jakkolwiek – choćby minimalną – konkurencję (wyrok KIO z dnia 06.06.2018 r., KIO 855/18).

Nie istnieje żaden wiodący nurt, zgodnie z którym potencjalnych wykonawców powinno być co najmniej dwóch lub więcej. Nie ma podstaw do stwierdzenia, że naruszającym konkurencję będzie opis przedmiotu zamówienia skutkujący złożeniem oferty tylko przez jednego wykonawcę lub czy nie naruszy tej konkurencji ograniczenie liczby ofert „jedynie” do np. trzech czy pięciu. Każdorazowo więc należy dokonać indywidualnego badania uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 11.01.2018 r., KIO 2730/17). Dopiero na kanwie konkretnego stanu faktycznego i oceny danej branży możliwe jest stwierdzenie, czy doszło do naruszenia omawianej zasady prowadzenia przetargów publicznych.

Agnieszka Zaborowska
Adwokat w Kancelarii Adwokackiej
Zaborowska, specjalizująca się w procesie
udzielania i realizacji zamówień publicznych