

Ewolucja sposobu opisywania przedmiotu zamówienia

Od wprowadzenia pierwszej regulacji dotyczącej zamówień publicznych w 1994 r. aż po 1 stycznia 2021 r., czyli dzień wejścia w życie trzeciej ustawy o zamówieniach publicznych – cel i natura postępowania przetargowego nie dopuszczają dowolnego wyboru wykonawcy i oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych.

AGNIESZKA ZABOROWSKA

Organizator przetargu posiada uprawnienie do określania swoich potrzeb, wymagań i preferencji (znajdujących wyraz w zapisach dokumentacji przetargowej), w sposób pozwalający mu na wybranie oferty najbardziej odpowiadającej jego potrzebom. Ma przy tym obowiązek właściwego stosowanie przepisów, zapewniający legalność podejmowanych przez niego działań, których efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej.

UWAGI WSTĘPNE

Powyższe łączy się ściśle z podstawowym założeniem systemu zamówień publicznych, którym jest zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do przetargów równych szans na każdym jego etapie. Ponadto, wskazane cele systemu zamówień publicznych przekładają się na zasady, na których jest oparta cała procedura przetargowa i które wyznaczają ramy sposobu jej prowadzenia niezależnie od zastosowanego trybu postępowania.

W tym celu prawodawca wprowadził szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez organizatora zasad uczciwej konkurencji, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.



AGNIESZKA ZABOROWSKA
Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska. Specjalizuje się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.

Z drugiej strony pamiętać należy, że przedsiębiorcy posiadają szeroką autonomię woli w zakresie swoich działań – tak w sektorze prywatnym, jak i na rynku zamówień publicznych. Dążą do zapewnienia im aktywnego udziału w stosunkach gospodarczych i osiągania celów ekonomicznych, których istota sprowadza się w znacznej mierze do uzyskania zysku, będącego kwintesencją działalności gospodarczej i potwierdzeniem skuteczności jej prowadzenia.

Są to realia obecnej globalnej konkurencyjności, obejmującej również sektor publiczny. We współczesnym świecie, konkurencja nie występuje jednak w oczekiwanej i pożądanej postaci. Ze względu na zmienność rynku, a także istniejące zagrożenia dla wolnej konkurencji polskie i europejskie prawodawstwo określa granice swobody działań prywatnych podmiotów działających na rynku zamówień publicznych.

Prawodawcy zmuszeni są do wprowadzenia regulacji ograniczających zachowania godzące w konkurencyjność i interesy prywatnych podmiotów. Wynika to między innymi z konieczności uzyskiwania usług, dostaw czy robót zgodnych z wymaganiami i potrzebami zamawiającego, a nie nabywania „gotowych” produktów proponowanych przez sektor prywatny. Instytucje zamawiające muszą jednak prawidłowo opisać swoje potrzeby i przedmiot przyszłego zamówienia publicznego.

USTAWA Z 1994 ROKU

Od stycznia 1995 roku¹ przedmiot zamówienia był opisywany za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych przy zastosowaniu Polskich Norm lub klasyfikacji wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej². Następnie od października 1997 roku do marca 2004 roku przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia należało przestrzegać (a nie stosować) Polskie Normy lub klasyfikacje. Od ponad dwudziestu pięciu lat, niezmiennie, opis przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych dokonywano za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Od przeszło ćwierć wieku obowiązuje zasada, iż przedmiotu zamówienia nie można określać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W czasach obowiązywania regulacji z 1994 roku komentatorzy systemu zamówień publicznych podnosili, iż ma ona zapewnić „planowe i racjonalne wydatkowanie środków publicznych, przeciwdziałać korupcji i doprowadzić do równego traktowania wszystkich dostawców i wykonawców, co nie zawsze się zdarza”³, a ponadto zapewniać wolną i uczciwą konkurencję, prowadzącą do stworzenia odpowiednich mechanizmów wydatkowania środków publicznych, które zapewnią racjonalne, efektywne i uczciwe, a także bez posądzenia o korupcję ich gospodarowanie.⁴

Do marca 2004 roku wyjątek od zasady zachowania uczciwej konkurencji można było zastosować ze względów technologicznych, ekonomicznych lub organizacyjnych, jeżeli zachodziła konieczność zachowania norm, parametrów lub standardów, jakimi charakteryzowały się posiadane przez zamawiającego maszyny/urządzenia.

Warunkiem odstąpienia od zachowania zasad uczciwej konkurencji było dopuszczenie składania ofert równoważnych.

USTAWA Z 2004 ROKU

Po dziesięciu latach funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce okazało się, że regulacja prawna z 1994 roku nie spełniła założonych celów, a ponadto należało ją dostosować do przepisów unijnych.

¹ Zgodnie z zapisami art. 17 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2002r., poz. 72 nr 664 z późn. zm.), która co do zasady obowiązywała od dnia 1 stycznia 1995 r.

² Ustawa z dnia 29 czerwca 1995r. o statystyce publicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 649).

³ M. Derejczyk, A. Kudłaszyj, Zamówienia publiczne. Praktyczny poradnik, Bydgoszcz 2000, s.9.

⁴ M. Derejczyk, A. Kudłaszyj, Zamówienia publiczne. Praktyczny poradnik, Bydgoszcz 2000, s. 7.

Konieczne stało się opracowanie spójnej, kompleksowej regulacji, dotyczącej zamówień publicznych, uwzględniającej zróżnicowanie mechanizmów udzielania zamówień zależnie od ich wartości, pełne dostosowanie polskiego prawa o zamówieniach publicznych do wymogów Unii Europejskiej oraz rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne.

Normatywną podstawą funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce od marca 2004 roku stała się ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. W przepisach art. 29–32 tej regulacji określono zasady opisu przedmiotu zamówienia. Nakazywały one stosowanie jednoznacznych i wyczerpujących opisów, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zamawiający powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co do zasady nie można było opisywać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia i źródła.

Przede wszystkim jednak zamawiający musiał zachować zasadę uczciwej konkurencji. W tym zakresie same przepisy nie przewidywały żadnych odstępstw.

Rozwinięcie i doprecyzowanie zasady uczciwej konkurencji przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w orzecznictwie Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej.

NOWA USTAWA OBOWIĄZUJĄCA OD 1 STYCZNIA 2021 ROKU

Od początku bieżącego roku obowiązuje zupełnie nowa ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Myśl przewodnia, jaka przyświecała opracowaniu nowego systemu zamówień publicznych to uproszczenie regulacji oraz zwiększenie zainteresowania rynkiem zamówień publicznych podmiotów, które dotychczas nie współpracowały z sektorem publicznym. Ta fundamentalna idea ma odzwierciedlenie również przy nowych za-

sadach sporządzania opisu przedmiotu zamówienia.

W nowej ustawie jest kilkanaście przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia i są one dość obszerne. Odnoszą się zarówno do procedury klasycznej (art. 99–103), ale również przewidują odrębne przepisy np. dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 395, 400). Ramy tego artykułu nie pozwalają na omówienie wszystkich z nich.

Podjmując rozważania wyłącznie w zakresie zachowania uczciwej konkurencji przy opisywaniu potrzeb przyszłego zamówienia publicznego – na gruncie regulacji z 2019 roku wskazać należy, że nowe przepisy określają otwarty katalog przypadków, kiedy opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję.

Do takiej sytuacji dojdzie, jeżeli zamawiający wskaże znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę – jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (art. 99 ust. 4 i 5).

Zachowanie uczciwej konkurencji

Zasada zachowania uczciwej konkurencji oznacza, że zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby poszanowane zostało prawo wykonawców do swobodnego udziału w zamówieniach publicznych.

Zasada ta oznacza dodatkowo zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo wykonawcy do podjęcia decyzji o złożeniu oferty i rozpatrzenia jej na takich samych zasadach jak oferty innych wykonawców. Ponadto, wypływa z niej obowiązek niepodejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek działań, które mogą wpływać na naruszenie uczciwej konkurencji. Działanie omawianej reguły nie powinno być

ograniczone jakimikolwiek decyzjami organizatora przetargu.

Trafnie w piśmiennictwie wskazuje się, iż „na potrzeby zamówień publicznych uczciwą konkurencję należy określić jako działanie w warunkach konkurencji zgodnie z prawem, dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego. Obowiązkiem zamawiającego jest więc nie tyle samo zachowanie uczciwej konkurencji, ponieważ on sam nie konkuruje z wykonawcami, ile dopilnowanie w ramach posiadanych ustawowych uprawnień, aby wykonawcy w postępowaniu postępowali względem siebie uczciwie”.⁵

Podobnie zasadę zachowania uczciwej konkurencji postrzegają podmioty oceniające poprawność prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W tym miejscu nie sposób przytoczyć wszystkich poglądów zaprezentowanych od początku funkcjonowania systemu, które mają przełożenie na nowe regulacje obowiązujące od 2021 r. Stąd też przytoczone zostanie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane w ciągu lat – jako najbardziej reprezentatywne dla omawianego zagadnienia.

Obiektywne potrzeby

Krajowa Izba Odwoławcza niezmiennie przedstawia pogląd, że to zamawiający – jako organizator i gospodarz procedury przetargowej – określa zakres przedmiotowy zamówienia.

Zamawiający powinien działać w granicach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, ale również mieć na uwadze art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu Cywilnego, co oznacza, że postanowienia nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie mogą również przekraczać granic swobody umów, kształtując rażąco nierównomiernie wzajemne prawa i obowiązki.

Konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji nie zmienia faktu, iż zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób

uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby związane z jego funkcjonowaniem lub realizacją przypisanych zamawiającemu zadań⁶.

Musi jednak umieć wykazać, że utrudnienie uczciwej konkurencji znajduje pokrycie w obiektywnych i uzasadnionych interesach⁷, przy czym określenia „obiektywny” nie należy tłumaczyć jako uzasadnionego dla „ogółu”, lecz uzasadnionego i racjonalnego dla zamawiającego.⁸ Nie musi zatem określać przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający jego realizację wszystkim uczestnikom rynku danej branży.

W mojej ocenie jest to praktycznie niemożliwe. Nie jest obowiązkiem zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danej usługi.

Jeżeli zatem potrzeby zamawiającego uzasadnione są szczególną sytuacją / potrzebami, wówczas nie można uznać, aby zamawiający działał w sposób ograniczający konkurencyjność i naruszył reguły opisywania przedmiotu zamówienia.⁹

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.

⁵ A. Szyszkowski, *Zamówienia publiczne w praktyce*, Warszawa 2005, s. 21.

⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2018 r., KIO 801/18.

⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2018 r., KIO 537/18.

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2018 r., KIO 2730/17.

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2018 r., KIO 2031/18.

W tym kontekście zasady uczciwej konkurencji nie można pojmować tak, że zamawiający powinien 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.¹⁰

Innymi słowy, zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji.

Poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb. Wręcz przeciwnie - 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.¹¹

Takie stanowisko wyrażono również w opinii Urzędu Zamówień Publicznych.¹² W takich okolicznościach oczekiwania zamawiającego, określone nawet na bardzo wysokim poziomie (co zwykle prowadzi do zawężenia kręgu wykonawców), nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.¹³

Nie liczba wykonawców decyduje

W moim przekonaniu zasadne jest pójście nawet krok dalej i stwierdzenie, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, nie musi stanowić naruszenia zasad zamówień publicznych.

Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych.¹⁴ 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 jakąkolwiek – choćby minimalną – konkurencję.¹⁵

Należy jednak podkreślić, że nie istnieje żaden wiodący nurt, zgodnie z którym potencjalnych wykonawców powinno być co najmniej dwóch lub więcej. Nie ma bowiem 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 zamówienia¹⁶, bowiem dopiero na kanwie konkretnego stanu faktycznego i oceny danej branży możliwe jest stwierdzenie, czy doszło do

¹⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 959/18.

¹¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r., KIO 155/18.

¹² Opinia Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca opisu przedmiotu zamówienia, pub. EL/ www.uzp.gov.pl

¹³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2017 r., KIO 2412/17.

¹⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2018 r., KIO 2737/17.

¹⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 r., KIO 855/18.

¹⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2018 r., KIO 2730/17.

naruszenia omawianej zasady prowadzenia przetargów publicznych.

PODSUMOWANIE

Z całą pewnością brak jednolitości interpretacyjnej co do tego, jakie wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia godzą w zachowanie uczciwej konkurencji rodzi wieloznaczność i kontrowersje.

Czasami trudno określić sztywne ramy, które jasno określają, które z działań zamawiającego stanowią naruszenie omawianej zasady czy też innego przepisu odnoszącego się do sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Na podstawie dotychczasowych trzech regulacji dotyczących zamówień publicznych z 1994 r., 2004 r. i 2019 r. – zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie - różne typy naruszeń kwalifikowane są w odmienny sposób. Dlatego też, dobrze oceniam nowe Prawo zamówień publicznych, w którym wskazuje się ramy zachowania uczciwej konkurencji przy sporządzaniu opisu potrzeb i wymagań zamawiającego.

Dotychczasowe rozważania należy podsumować w ten sposób: przedmiot zamówienia ma zaspokajać uzasadnione i obiektywne potrzeby zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwiać wzięcie udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku.

Nie można wymagać od organizatora postępowania dopuszczenia wszystkich zainteresowanych realizacją zamówienia. Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą niejako usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Słusznie zatem, na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że zamawiający może wprowadzić dodatkowe wymogi, ograniczając tym samym krąg potencjalnych podmiotów, jednakże zawężenie to następuje – nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji – ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom.



Z A B O R O W S K A
KANCELARIA ADWOKACKA

Zdolność widzenia poza przepisy

www.zaborowska.pl



Proces udzielania i realizacji
zamówień publicznych

Warunki kontraktowe
FIDIC

Fundusze
unijne
