

**Opis przedmiotu zamówienia w świetle kontroli
Prezesa UZP i orzecznictwa KIO**

Spis treści

Wprowadzenie.....	3
1. Zasady tworzenia opisu przedmiotu zamówienia:.....	3
1.1. Jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia.	3
1.2. Wymagane cechy przedmiotu zamówienia.	8
1.3. Zasada uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia.....	11
1.4. Wymagania dotyczące dostępności dla osób niepełnosprawnych.....	21
1.5. Normy, cechy techniczne, specyfikacje techniczne, z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji.....	25
1.6. Opis dotyczący robót budowlanych.....	33
2. Badanie zgodności ofert z przyjętym opisem przedmiotu zamówienia.	37
2.1. Przedmiotowe środki dowodowe.	37
2.2. Wezwanie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.	47
2.3. Odrzucenie oferty na podstawie:.....	64
2.3.1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.	64
2.3.2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp – odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów.....	72
2.3.3. Art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp – odrzucenie oferty w przypadku, gdy oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku, gdy zamawiający wymagał jej złożenia.	77
2.3.4. Art. 226 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – odrzucenie oferty, jeżeli obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe.....	80
2.3.5. Art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp – odrzucenie oferty, która została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku, gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.	80
3. Rekomendacje Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.	82
4. Wpływ opisu przedmiotu zamówienia na:.....	85
4.1. Podział zamówienia na części.....	85
4.2. Kryteria oceny ofert.....	92
4.3. Warunki udziału w postępowaniu.	104
4.4. Obligatoryjność przeprowadzenia wizji lokalnej.	109
4.5. Klauzule społeczne.	110

Wprowadzenie

Jedną z kluczowych czynności podejmowanych przez zamawiających na etapie przygotowywania postępowania jest bez wątpienia rzetelne opisanie przedmiotu zamówienia, które w wyczerpujący sposób określi potrzeby zamawiającego, a także zapewni zachowanie równego traktowania wykonawców na dalszym etapie przyjętej procedury. W toku postępowania o udzielenie zamówienia, opis przedmiotu zamówienia będzie ulegał stosownym modyfikacjom, czy to w wyniku udzielonych wyjaśnień zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, dookreślenia potrzeb i wymagań, czy też w toku prowadzonych negocjacji przy zamówieniu z wolnej ręki lub negocjacjach bez ogłoszenia, jednakże zawsze z poszanowaniem zasad określonych w art. 99 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej: „ustawa Pzp”. Należy również pamiętać o wpływie przyjętego opisu przedmiotu zamówienia na kwestie związane z możliwością podziału zamówienia na części, kryteriami pozacenowymi oceny ofert, proporcjonalnymi do przedmiotu zamówienia warunkami udziału w postępowaniu, czy też z zaistnieniem podstaw do odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Poruszone w niniejszej publikacji zagadnienia związane z opisem przedmiotu zamówienia oraz jego wpływie na poszczególne aspekty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały zaprezentowane w oparciu o przeprowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrole, wydane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opinie prawne oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zarówno pod rządami obecnie obowiązującej ustawy Pzp, jak i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 r. poz. 1843), dalej: „ustawa Pzp2004”, które pomimo zmiany stanu prawnego nadal zachowują swoją aktualność.

1. Zasady tworzenia opisu przedmiotu zamówienia:

1.1. Jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia to prerogatywa zamawiającego, a zarazem jeden z jego kluczowych obowiązków związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby ten cel osiągnąć, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb oraz wytyczne wynikające z przepisów.

Zasady sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia określone zostały w art. 99 – 103 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zauważyć należy, iż niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dotyczącym art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004 zachowującym swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp) wskazywano na cel tego przepisu, jakim jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców względem oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zapewnienia im wiedzy potrzebnej do prawidłowego sporządzenia oferty i wykonania zamówienia¹. Niezwykle istotne jest, aby opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Pzp, bowiem w sposób bezpośredni wpływa on na treść ofert składanych w postępowaniu jak i wysokość ich cen.

Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia:

- w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, czyli tak, aby każdy z potencjalnych wykonawców rozumiał go jednakowo, nie budził jakichkolwiek wątpliwości, co do jego przedmiotu (jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego),

¹ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1129/19.

- za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, tj. poprzez użycie fachowego języka dla danej branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia, a w której działają wykonawcy wyrażający zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co oznacza, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia musi uwzględnić wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia. Zamawiający nie może pominąć żadnych informacji, które mają wpływ na przygotowanie oferty, m.in. faktycznej wielkości i zakresu zamówienia.

Analizując powyższy przepis warto również odwołać się do słownikowej definicji znaczenia słów jednoznaczny i wyczerpujący. Według Słownika Języka Polskiego PWN słowo jednoznaczny oznacza: (1) «niebudzący wątpliwości» (2) «o wyrazach, zwrotach, formach itp.: znaczący to samo»². Natomiast jedna ze słownikowych definicji słowa „wyczerpujący” brzmi: (1) «przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, szczegółowo»³.

Obowiązkiem zamawiającego jest więc dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy, tak aby wykonawca nie miał wątpliwości co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i w oparciu o jakie kryteria będzie oceniana złożona w postępowaniu przez wykonawcę oferta. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży⁴.

Podkreślić należy, iż przeciwieństwem opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Za nieprawidłowy należy również uznać opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie odnośnie rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze, że nieodpowiadającym normie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp może być uznany opis zbyt szczegółowy, który może skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji (art. 99 ust. 4 i 5 ustawy Pzp).

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3183/21.

W przywołanym wyroku Izba podniosła, iż przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Norma omawianego przepisu stanowi zatem wytyczną dla zamawiającego, dająca wykładnię prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Ustawodawca wskazał bowiem, iż opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w taki sposób, aby wykluczyć niejednoznaczność zamawianego towaru lub usługi, a nadto zamawiający winien dołożyć należytej staranności, aby dokonany opis był wyczerpujący. Przy czym zamawiający musi posługiwać się określeniami dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi dla potencjalnego wykonawcy. Oczywistym jest, że każdy przedmiot zamówienia dedykowany jest nie dla wszystkich wykonawców, ale dla grupy wykonawców, których przedmiot działalności związany jest z danym przedmiotem zamówienia. Tym samym wykonawca, będący przedsiębiorcą, którego głównym zamierzeniem gospodarczym jest świadczenie usług związanych z przedmiotem zamówienia, musi posiadać określone doświadczenie oraz legitymować się stosownym potencjałem kadrowo-sprzętowym.

² <https://sjp.pwn.pl/slowniki/jednoznaczny.html>.

³ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wyczerpuj%C4%85cy.html>.

⁴ Zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 347.

Okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia nie zawsze wypełnia wolę wykonawcy na określony przez niego sposób świadczenia nie oznacza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem ww. przepisu. Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż zamawiający nie zawsze jest w posiadaniu pełnej wiedzy na temat przedmiotu zamówienia. Istotne jest, aby posiadaną przez siebie wiedzę podzielił się z wykonawcami w taki sposób, aby mieli oni możliwość prawidłowego skalkulowania oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający taką wiedzą, istotną z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia, podzielił się z wykonawcami, podając zakres posiadanych przez siebie informacji w SWZ i OPZ. Wszelkie drobne informacje, które pozostają bez wpływu na prawidłowość oceny czynności zamawiającego, pozostają w gestii wykonawcy, który mając takie narzędzia jak choćby wycenę ryzyka i odpowiednie w kalkulowanie go w cenę oferty, mogą prawidłowo zidentyfikować przedmiot zamówienia.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 124/23 KIO 168/23.

Krajowa Izba Odwoławcza w powyższym wyroku stwierdziła, iż zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stosownie do art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W świetle powyższych przepisów zamawiający jest zobowiązany uwzględnić w OPZ wszystkie informacje, które są niezbędne do sporządzenia ofert i zapewnienia ich porównywalności. Nie jest dopuszczalne przerzucanie na wykonawców ryzyka związanego z brakiem w OPZ informacji, które wpływają na szacowanie oferty, a które zamawiający jest lub powinien być w stanie podać. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 3 grudnia 2019 r., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 89/21.

W przedmiotowym wyroku, podobnie jak w przywołanym wcześniej orzeczeniu, Izba stwierdziła, iż opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący, co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne - począwszy od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych.

Praktyka kontroli

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 maja 2022 r., znak: KND/208/21/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot *Konserwację stawów infiltracyjnych zlokalizowanych na terenach wodonośnych Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. wraz z wywozem i zagospodarowaniem osadów oraz uzupełnieniem 8 cm (+/- 1 cm) warstwy piasku w każdym stawie.*

W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że poprzez zawarcie w projekcie umowy zapisów przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania

minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, zamawiający naruszył art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Nadmienić należy, iż przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie był samodzielną podstawą prawną stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia, które polegało na niewskazaniu minimalnego zakresu ilościowego zamówienia. Stanowiło to naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy, który to przepis jest dopełnieniem zasady wynikającej z art. 99 ust. 1, a dotyczącej konieczności jednoznacznego i wyczerpującego opisanego przedmiotu zamówienia. Dlatego też art. 99 ust. 1 ustawy został podany w podstawie prawnej stwierdzonego naruszenia jako pozostający w związku z art. 433 pkt 4.

Przechodząc do treści Informacji o wyniku kontroli, należy wskazać, iż z ustaleń postępowania wyjaśniającego wynika, że Zamawiający we wzorze umowy (§ 4 ust. 1) przewidział maksymalną kwotę, jaką przewiduje zapłacić za wykonywane usługi (stanowiącą przemnożenie szacowanych przez Zamawiającego ilości osadów do usunięcia i piasku do dosypania przez stawkę ryczałtowej ceny jednostkowej, zaproponowanej przez wykonawcę), nie przewidział jednakże kwoty minimalnej lub minimalnej wielkości świadczenia stron.

Projekt umowy zawierał m.in. następujące postanowienia dotyczące sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy:

- a) § 6 ust. 3 wzoru umowy – który przewiduje, że Zamawiający zapłaci jedynie za rzeczywiste ilości usuniętych osadów obliczone na podstawie pomiarów geodezyjnych będących w gestii Zamawiającego, przy czym Umowa nie określa minimalnej wartości ani wielkości świadczenia stron,
- b) § 4 ust. 3 wzoru umowy (zakaz podwyższenia ryczałtowej ceny jednostkowej),
- c) § 4 ust. 7 wzoru umowy (postanowienie o zrzeczeniu się przez Wykonawcę roszczeń finansowych wobec Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie obowiązywania umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1).
- d) § 2 ust. 1 wzoru Umowy (szacunkowe ilości osadów do usunięcia) w związku z § 6 ust. 3 wzoru Umowy (zapłata za faktycznie usunięte osady).

W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający – wprowadzając do projektu umowy zapisy ograniczające wysokość wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do wyliczonego na podstawie szacowanych w OPZ danych dot. ilości osadów (§ 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7) istotnie nie przewidział przy tym wskazania minimalnej wartości lub zakresu świadczenia stron, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 4) ustawy Pzp.

Zamawiający w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach wskazał m.in., że oszacowanie ilości zalegających osadów jak ich gęstości w zalanym wodą zbiorniku nie jest proste i zawiera ryzyko w dokładnym oszacowaniu ilości osadów (...). Wskazał również, że w SWZ podał wszystkie informacje w oparciu o najbardziej aktualne dane, jakie posiadał w momencie wszczęcia postępowania. W pkt 2.8. OPZ wskazano, że wyniki pomiaru grubości osadów z czerwca 2018 r. przedstawiono w Tabeli 1. Zamawiający wskazał, że osady denne to wielkość niestata – zmienna w czasie i niemożliwa do całkowicie pewnego wyniku przy pomiarze skali ich zalegania. Sposób pomiaru grubości osadów zalegających na dnie stawów oraz ilość punktów pomiarowych osadu zalegającego w stawach zostały podane w tabeli nr 1 OPZ i były znane Wykonawcy na etapie postępowania przetargowego. Pomiar grubości osadów najlepszą metodą – sondą w kilku lub kilkunastu reprezentatywnych punktach w każdym stawie, zawsze obarczone jest błędem pomiarowym. (...) Dopiero opróżnienie stawów z wody podczas usługi usuwania osadów daje obraz faktyczny skali ilości osadów. Niestety na użytek sporządzenia OPZ opróżnienie stawów jest niemożliwe – po ich opróżnieniu osady – ze względów środowiskowych, organizacyjnych i finansowych muszą być bezpośrednio usuwane, a nie zalegać w opróżnionych stawach. Zamawiający, posiadając wiedzę na temat orientacyjnego charakteru oszacowania ilości zalegających osadów oraz ich gęstości przewidział w § 6 ust. 3 umowy wynagrodzenie kosztorysowe wskazując, że podstawą wypłaty wynagrodzenia będzie rzeczywista ilość usuniętych osadów.

W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, że projektowane postanowienia umowy nie powinny być ukształtowane w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.⁵

Nie kwestionując zasadności wyjaśnień dotyczących istnienia obiektywnych trudności z precyzyjnym ustaleniem ilości zalegających osadów w stawie należy jednakże stwierdzić, że art. 433 pkt 4) ustawy Pzp zakazuje w każdym przypadku ograniczania zakresu zamówienia bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Nie jest oczywiście zakazane wprowadzanie jakichkolwiek postanowień ograniczających zakres zamówienia, jak również postanowień na mocy, których podstawą wypłaty wynagrodzenia będzie rzeczywista ilość wykonanych prac. Jednakże z dokumentów zamówienia powinno wynikać jasno, jaka jest minimalna, gwarantowana wartość lub wielkość przysługującego mu świadczenia.

We wzorze Umowy (§2 ust. 1) wskazano przewidywane ilości osadów do usunięcia jako szacunkowe, zaś w § 4 określono zasady wypłacania wynagrodzenia wykonawcy, z których wynikało, że szacowane przez Zamawiającego ilości osadów stanowią podstawę określenia maksymalnej kwoty wynagrodzenia możliwej do uzyskania z tytułu wykonania przedmiotowego zamówienia, zaś wynagrodzenie będzie wypłacone wg ryczałtowej stawki jednostkowej za faktyczną ilość usuniętych osadów (§6 ust. 3 umowy). W przypadku przekroczenia kwoty maksymalnej, Zamawiający nie będzie zlecał nowych prac do wykonania, a wykonawca nie będzie ich wykonywał (§ 4 ust. 6 Umowy). Jednocześnie z żadnego zapisu umowy ani SWZ nie wynikało, jaka będzie minimalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy (lub minimalny zakres prac).

W dalszej części Informacji o wyniku kontroli dokonano analizy treści art. 433 ustawy Pzp.

Dalej wskazano, iż obowiązek wskazania w dokumentach zamówienia minimalnej wielkości lub wartości świadczenia znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3233/21) Izba wskazała, że w dokumentach zamówienia Zamawiający winien określić minimalną wielkość lub wartość zobowiązania, które zostanie zlecone wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający podał jedynie dane szacunkowe dotyczące liczby mieszkańców, przewidywanej ilości gospodarstw domowych, czy też dane historyczne dotyczące rodzaju i ilości odebranych odpadów komunalnych oraz odpadów przekazanych przez mieszkańców do PSZOK. Na podstawie danych historycznych zawartych w tabelach nr 5 i 6 SWZ dotyczących ilości odpadów odebranych w 2021 r. wykonawca obowiązany był oszacować cenę oferty. W ocenie Izby z postanowień SWZ, w tym wzoru umowy, nie wynika jednak minimalny gwarantowany zakres świadczenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Innymi słowy, w dokumentach zamówienia Zamawiający nie podał gwarantowanego zakresu zamówienia (jego ram) co do zakresu/liczby poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawca realizujący umowę w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany będzie odebrać i zagospodarować. Powyższe rozważania dotyczą także §13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w którym Zamawiający przewidział ograniczenie zakresu umowy, nie precyzując minimalnego zakresu zobowiązania Zamawiającego, co pozostaje wprost w sprzeczności z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

W okolicznościach faktycznych kontrolowanego postępowania należy uznać, że brak określenia w dokumentach postępowania, w SIWZ, w tym w projektowanych postanowieniach umowy minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia stanowiło naruszenie art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ brak możliwości ustalenia tego minimalnego zakresu zamówienia oznaczał także, że przedmiot zamówienia opisany został w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Należy przy tym podkreślić, że art. 99 ust. 1 w sposób automatyczny nie wyklucza możliwości określenia w opisie przedmiotu zamówienia wartości lub wielkości, mających wpływ na obliczenie wysokości wynagrodzenia

⁵ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3233/21.

wykonawcy (w tym przypadku dotyczących ilości usuwanych osadów/dosypywanego piasku) w sposób szacunkowy. Niemniej jednak, niezależnie od zastosowanych metod i poziomu dokładności podawanych danych, w każdym przypadku niezbędne jest jasne wskazanie gwarantowanego minimum, które wynika z danego kontraktu. Jak wynika z powyższych ustaleń, w kontrolowanym postępowaniu warunków ten nie został spełniony. Wobec powyższego, stwierdzono naruszenia wskazanych na wstępie przepisów ustawy Pzp. Uchwałą z dnia 1 lipca 2022 r., sygn. akt KIO/KD 19/22 Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli.

1.2. Wymagane cechy przedmiotu zamówienia.

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

Katalog cech dostaw, usług lub robót budowlanych zawarty w art. 99 ust. 2 ustawy Pzp ma jedynie charakter przykładowy. Istotną kwestią przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia jest jedynie by wskazane cechy były związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i założonego celu. Powyższe oznacza, że wskazane przez zamawiającego cechy poszczególnych dostaw, usług i robót budowlanych powinny określać uzasadnione potrzeby i wymagania zamawiającego ustalone na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, a nie służyć bezpodstawnemu ograniczeniu konkurencji.

W tym względzie zamawiający musi pamiętać o przestrzeganiu zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności, wymienionych w art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, a także o art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 32/24.

Orzekając w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: *zamawiający opisując przedmiot zamówienia powinien odzwierciedlać jego rzeczywiste potrzeby, które ma zaspokoić udzielając danego zamówienia publicznego. Niewątpliwie zatem zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu jego potrzeb. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że nie narusza przepisów ustawy Pzp takie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży, bowiem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z konkurencją absolutną. Jednakże w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego istnieje obowiązek przedstawienia rzeczowych argumentów uzasadniających taki opis.*

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3284/23.

Natomiast, zgodnie z wyrokiem z dnia 20 listopada 2023 r., *istotą postępowania przetargowego jest realizacja potrzeb publicznych poprzez zawarcie odpłatnej umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą,*

której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Proces zawarcia takiej umowy jest regulowany przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca określił szereg procedur udzielenia zamówienia publicznego, które mają zapewnić realizację zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp tj. wydatkowania środków publicznych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiazań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku. Nie ulega również wątpliwości, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb. Takie potrzeby mogą wynikać z indywidualnych uwarunkowań podmiotów publicznych i powodować, że liczba wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia będzie ograniczona. Fakt, że nie wszyscy wykonawcy oferujący daną usługę czy towar na rynku mogą uczestniczyć w postępowaniu nie przesądza wcale o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Zamówienia publiczne nie mogą służyć kreowaniu sztucznego popytu na określone usługi czy produkty, bowiem działanie takie skutkowałoby nieefektywnym gospodarowaniem środkami publicznymi. Po to ustawodawca wprowadził m.in. w art. 83 ustawy Pzp instytucję analizy potrzeb i wymagań zamawiającego przed wszczęciem postępowania, aby podmioty publiczne weryfikowały jakie potrzeby publiczne będą realizowane, dlaczego i na jakich zasadach. (...)

Izba uznała, że w okolicznościach tej konkretnej sprawy działanie Zamawiającego nie naruszyło wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp tj. art. 99 ust. 1, 2, 4 w zw. z art. 16 i 17 ust. 1 – 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby uwarunkowania w jakich znalazł się Zamawiający uzasadniają zawężenie przedmiotu zamówienia do preparatu 9-walentnego. (...) Zatem mając na uwadze powyższe okoliczności co do których Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów przeciwnych, Izba uznała, że Zamawiający wykazał obiektywną potrzebę nabycia szczepionki 9-walentnej. Zamawiający oparł swoją decyzję na obiektywnych danych, z których jednoznacznie wynika: i) potrzeba zapewnienia preparatu 9-walentnego do kontynuacji rozpoczętych schematów szczepień; ii) umożliwienie dostępu do preparatu 9-walentnego nowym, zainteresowanym pacjentom.

Izba zauważa, że decyzja Zamawiającego co do objęcia zakresem zamówienia wyłącznie szczepionki 9-walentnej nie eliminuje w żaden sposób dostępności szczepionki C. z oferty adresowanej do pacjentów. Produkt C. jest nadal dostępny, może być w każdym czasie podany pacjentowi, jeśli taką decyzję podejmie pacjent, po konsultacji z lekarzem.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 872/22.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: zarzuty zawarte w odwołaniu sprowadzają się w istocie do kwestii wskazania w specyfikacji warunków zamówienia – a właściwie w wyjaśnieniach treści tej specyfikacji z 22 marca 2022 r. w ramach zestawu parametrów, którymi ma charakteryzować się oferowana nawierzchnia, parametru „Współczynnik tarcia: 50 - 53 (TRRL)”. Odwołujący uznał ten wymóg za nieuzasadniony merytorycznie i wniósł o jego zmianę w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni posiadającej wartość TRRL 63. (...)

Izba zgadza się też z ogólnymi założeniami wskazanymi przez Zamawiającego, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – jak zresztą i w każdej innej dziedzinie gospodarki – naturalne i nieodzowne jest wprowadzanie pewnych wymogów, zwłaszcza jakościowych, dotyczących zarówno zamawianych produktów, jak i wykonawców, którzy zamówienie mają wykonywać. Dlatego też dany zamawiający, mając taką potrzebę, może np. dokonać zawężenia parametrów w stosunku do powszechnie stosowanych czy dopuszczonych, np. przepisami lub normami. Nie było to też negowane przez Odwołującego.

Zasadniczą kwestią jest tu jednak, że wymagania takie muszą być uzasadnione i prowadzić do osiągnięcia konkretnego celu. Owo uzasadnienie oraz cel, któremu wymogi mają służyć, powinny być przez zamawiającego wykazane, co najmniej w przypadku powstania sporu (np. w ramach odwołania wykonawcy, kontroli).

Natomiast w tym przypadku Zamawiający w żaden sposób nie tylko nie udowodnił, ale nawet, poza wskazaniem ogólników, jakkolwiek konkretnie nie uzasadnił, choćby jednym zdaniem, dlaczego zastosowanie wymogu o tym właśnie brzmieniu (granice dla TRRL akurat 50-53), jest optymalne jakościowo i jakim jego konkretnym potrzebom odpowiada, i która to jakość i potrzeby nie mogłyby być spełnione przy zastosowaniu innych granic, np. 57, 67 czy 77 (sporna tu była jedynie górna granica parametru).

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowe wymaganie w obowiązującym brzmieniu nie referuje wprost do jakości nawierzchni, jest nadmierne i nakazała zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni posiadającej wartość TRRL tego parametru o wartości 63.

Stosownie do art. 99 ust. 3 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia zamawiający stosuje nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV), stanowiącym załącznik II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm. 5). Powyższe narzędzie stanowi uniwersalny europejski system klasyfikacji zamówień publicznych utworzony w celu standaryzacji terminologii stosowanej przez zamawiających przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Ponadto, poprzez przypisywanie poszczególnych nazw i kodów CPV zamawiający ułatwiają wykonawcom poszukiwanie konkretnych zamówień w publikatorach ogłoszeń.

Należy zaznaczyć, iż podanie przy opisie przedmiotu zamówienia nieprawidłowej nazwy i/lub kodu CPV może skutkować naliczeniem korekty finansowej w przypadku udzielania zamówień współfinansowanych ze środków unijnych. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 28 listopada 2019 r., sygn. akt I SA/Ke 357/19, zastosowanie korekty na poziomie 5% w związku ze stwierdzeniem naruszenia § 12 ust. 1 umowy w związku z sekcją a) 6.5.2 pkt 11 lit. a) tiret i pkt 7 wytycznych kwalifikowalności wydatków, polegające na opisie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać identyfikację przedmiotu zamówienia, poprzez opisanie robót instalacyjnych w budynkach za pomocą nieistniejącego kodu CPV, tj. 45000000-0. - zostało przekonywująco uzasadnione. Wbrew zarzutom skargi, organ przeanalizował w jaki sposób błąd w kodzie CPV mógł wpłynąć na ograniczenie konkurencyjności i czy błąd ten mógł w jakikolwiek sposób wpłynąć na dostęp do zamówienia. W ocenie Sądu, wyprowadzony z przeprowadzonej analizy wniosek jest trafny. Skarżąca konsekwentnie podkreśla, że "błąd dotyczył jednej cyfry w dziewięciocyfrowym kodzie, który określał tylko dodatkowe przedmioty zamówienia i był precyzyjnie opisany słownie (wystąpił w jednym, dodatkowym kodzie z jedenastu podanych)". Sąd stwierdza, że obniżanie istotności stwierzonego naruszenia błędu w kodzie CPV zarówno w wyjaśnieniach strony jak i w skardze pozostaje w sprzeczności z wytycznymi do opisu przedmiotu zamówienia określonymi w rozporządzeniu (WE) nr 2195/2002

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Według ust. 1 tego rozporządzenia: Stosowanie różnych klasyfikacji ma szkodliwy wpływ na otwartość i przejrzystość zamówień publicznych w Europie. Jego wpływ na jakość ogłoszeń i czas niezbędny do ich opublikowania stanowi de facto ograniczenie w dostępie podmiotów gospodarczych do zamówień. Stosownie zaś do ust. 2: W swoim zaleceniu 96/527/WE Komisja wezwała podmioty oraz instytucje zamawiające do stosowania Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), opracowanego w oparciu o niektóre istniejące klasyfikacje mając na względzie ich pełniejsze dostosowanie do cech szczególnych sektora zamówień publicznych przy opisywaniu przedmiotów zamówień.

Niewątpliwie skarżąca zastosowała do opisu przedmiotu zamówienia nieistniejącego kodu CPV, co mogło utrudnić identyfikację przedmiotu zamówienia przez potencjalnych wykonawców. Oznacza to, że dopuściła się naruszenia procedury tj. § 12 ust. 1 umowy w związku z sekcją a) 6.5.2 pkt 11 lit. a) tiret i pkt 7 wytycznych kwalifikowalności wydatków oraz zasad klasyfikacji określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV).

W ocenie Sądu gołosłowne są zarzuty skargi, że kody te kierowane są w rzeczywistości do podmiotów zagranicznych, aby mogły zidentyfikować przedmiot zamówienia. Wbrew stanowisku skarżącej przy ustaleniu korekty finansowej w związku z powyższą nieprawidłowością, to nie praktyka dowodzi, że w zamówieniach podobnych (albo tożsamy) do zamówienia będącego przedmiotem kontroli w ogóle podmioty zagraniczne nie biorą udziału, a istnienie potencjalnego zainteresowania takim zamówieniem podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim. Nie można zatem wykluczyć, że wobec precyzyjnego wskazania w zapytaniu ofertowym przez zamawiającego, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej, swój udział w postępowaniu ofertowym zgłosiłyby firmy z sąsiednich państw członkowskich, obowiązane również do stosowania jednolitej uregulowanej w prawie unijnym klasyfikacji.

Mając na uwadze, że zamówienie mogło stanowić zainteresowanie podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim oraz w wyniku przeprowadzonego postępowania wpłynęła jedna oferta, IZ zasadnie dokonała obniżenia stawki procentowej z 10% do 5% z pkt 21 załącznika do rozporządzenia MR. Również i okoliczność podnoszącą przez skarżącą, że błąd dotyczył tylko jednego kodu CPV.

W kontekście opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego należy zaznaczyć, iż w art. 99 ust. 7 ustawy Pzp wskazano na możliwość określenia w przedmiocie zamówienia konieczności przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji. W powyższym celu zamawiający powinien dokonać analizy, czy i w jakim zakresie będzie niezbędne przeniesienie praw, które są niezbędne do późniejszego korzystania z danego zamówienia. Powyższa informacja jest szczególnie ważna przy zamówieniach na prace projektowe, eksperckie, czy też przy udzielaniu zamówień na programy informatyczne, bowiem umożliwia wykonawcom ujęcie w ofercie wszystkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, w tym wynagrodzenia z tytułu przeniesienia majątkowych praw autorskich do utworów stanowiących przedmiot zamówienia.

Ponadto, stosownie do art. 333 ust. 2 pkt 16 ustawy Pzp, postanowienia przyszłej umowy dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacji prac konkursowych stanowią obligatoryjny element regulaminu konkursowego.

1.3. Zasada uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zawarł kluczową zasadę przeprowadzania postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, która polega na przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wszystkich wykonawców, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich

właściwości. Przestrzeganie tej zasady polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Przy przygotowywaniu opisu przedmiotu zamówienia zasada ta oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Z kolei zasada zachowania uczciwej konkurencji oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkutowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do treści art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (ust. 5). Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności (ust. 6).

Należy podkreślić, iż przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje 2 przesłanki, których kumulatywne spełnienie wyłącza generalny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia m.in. przez wskazanie znaków towarowych, które to przesłanki stanowią:

- | |
|---|
| 1) niemożność opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp.; |
| 2) użytym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. |

Uznać należy, iż treść przesłanki, o której mowa w pkt 2 wyłącza możliwość zastąpienia sformułowania „lub równoważny” jakimkolwiek innym zwrotem, niezależnie od jego możliwego zbliżonego znaczenia słownikowego. Ścisły formalizm danej przesłanki wyłącza jednocześnie możliwość badania rzeczywistej woli Zamawiającego co do dopuszczenia produktów równoważnych, gdy Zamawiający posłużył się odwołaniem do konkretnych znaków towarowych bez zastosowania właściwej frazy wynikającej z treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest zatem opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem ograniczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.⁶

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 stycznia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 139/21.

Podkreślić należy, iż opisanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem znaków towarowych może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów m.in. z uwagi na fakt, iż taki opis przedmiotu zamówienia mógł skutkować rezygnacją z udziału w postępowaniu przez wykonawców oferujących produkty inne aniżeli oznaczone danym znakiem towarowym, co należy uznać za działanie mogące utrudniać uczciwą konkurencję.

Po analizie treści normy prawnej art. 99 ust. 4 ustawy Pzp należy wywnioskować, że regulacja zawiera przesłankę opisu przedmiotu zamówienia, która określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w kontekście sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. W motywie 74 preambuły dyrektywy klasycznej, wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Tym samym, należy jednoznacznie stwierdzić, że każdy z opisów przedmiotów zamówienia sporządzony w danym postępowaniu wywiera ogromny wpływ na konkurencyjność w postępowaniu. W praktyce uznaje się, że nieakceptowalne jest w świetle art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zachwianie konkurencji pomiędzy wykonawcami, które to zaburzenie może powstać już w opisie przedmiotu zamówienia. Wspomniane zachwianie konkurencji polega na sporządzeniu postanowień opisu, które wskazują na preferencję konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia niedopuszczeniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. W konsekwencji powyższego wykonawca nie będzie miał możliwości przedłożenia oferty w danym postępowaniu, gdyż nie jest w stanie zaoferować odmiennego aniżeli preferowany produkt. Zapisami wykluczającymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów).

Stosownie do art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Regulacja art. 99 ust. 5 ustawy Pzp wprowadza w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego możliwość opracowania opisu przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów) poprzez odniesienie się do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Art. 99 ust. 5 ustawy Pzp odmiennie niż art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zezwala na opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy zastosowaniu np. znaków towarowych, wówczas gdy nie jest możliwe opisanie go zgodnie z wymaganiami, o których mowa w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

W art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej określono, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp. jest dopuszczalne, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Warto pamiętać, że dopuszczalne na podstawie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy:

1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp.,

oraz

2) użytym znakom towarowym, patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że nie będzie zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych, jako podstawowego elementu opisu przedmiotu zamówienia, w przypadku, gdy zamawiający może sporządzić opis przedmiotu zamówienia z zastosowaniem zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Celem art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jest poinformowanie przez gospodarza postępowania wykonawców, które elementy produktu lub usługi określone metodą, wskazaną w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, tj. przy zastosowaniu znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu uważa za najważniejsze w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wyszczególniania w zapisach dokumentacji postępowania stwierdzenia „lub równoważny” oraz sporządzania opisu kryteriów równoważności, w sytuacji, gdy w zapisach dokumentacji przywołuje określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia. Kryteria równoważności stanowią specjalne cechy dotyczące przedmiotu zamówienia wyszczególnione przez zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, ma za zadanie pozwolić zidentyfikować przez potencjalnych wykonawców produkt lub usługę odmienną niż referencyjna, przy tym wypełniającą preferencje zamawiającego oraz możliwość jej zaferowania.

Dobre praktyki

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu na podstawie art. 608 ust. 2 ustawy Pzp, poinformował o jego zakończeniu i o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli doraźnej, w zakresie zarzutów podniesionych w nadesłanym wniosku.⁷

We wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej podniesiono, że Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie z naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia wynikających z przepisów art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie wymogu sterylności kanistrów stanowiących element zestawu do podciśnieniowej terapii leczenia ran.

Wnioskodawca zarzucił również, że ww. zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazują na preferowanie rozwiązań oferowanych przez konkretnego Wykonawcę P. W ocenie wnoszącego o kontrolę, wprowadzenie wymogu sterylności kanistra nie znajduje uzasadnienia z medycznego punktu widzenia, jako że ten element zestawu podciśnieniowej terapii leczenia ran nie ma bezpośredniego kontaktu z pacjentem. W wyniku przeprowadzonych czynności w ramach postępowania wyjaśniającego stwierdzono, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał, aby zestaw do podciśnieniowej terapii leczenia ran zawierał sterylne kanistry, bowiem - jak wyjaśnił Zamawiający - zestawy te są przeznaczone do użytkowania w miejscach, gdzie zachowane są procedury i zasady sterylności. Ponadto, wedle przekazanych przez Zamawiającego specyfikacji podciśnieniowego systemu terapii leczenia ran, w przypadku gdy kanistry nie są sterylne, nie powinny być stosowane na obszarze sterylnym, co w ocenie Urzędu uzasadnia stawiane w SWZ kwestionowane przez Wnioskodawcę wymagania. Ponadto należy wskazać, że poprzez wprowadzenie tego wymogu krąg potencjalnych Wykonawców w kontrolowanym postępowaniu nie został ograniczony do jednego podmiotu, tj. Wykonawcy H S. Jak bowiem wskazał

⁷ Pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 września 2021 r., znak: KND/138/21/DKZP.

Zamawiający, na rynku działają inni dostawcy i producenci przedmiotowych wyrobów medycznych spełniających wymagania określone w SWZ dotyczące sterylności ww. elementów, co potwierdzają wskazane przez Zamawiającego źródła tych informacji.

Praktyka kontroli

Jak wynika z przeprowadzonych kontroli przez Prezesa Urzędu, skutkiem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprawidłowy jest uchybienie zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

➤ Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 17 listopada 2023 r., znak: KU/59/23/DKZP.

W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia stanowiło świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM.

(...) Biorąc pod uwagę, że zamawiany sprzęt nie był sprzętem specjalistycznym, lecz powszechnie używanym, w każdej z kategorii powinno znaleźć się co najmniej kilku producentów sprzętu, spełniającego wymagania Zamawiającego. Z tych względów ocena postępowania Zamawiającego w zakresie zachowania uczciwej konkurencji musi opierać się na całościowej ocenie postępowania (duża liczba pytań potencjalnych Wykonawców, ilość zmian w SWZ, bardzo wąski opis przedmiotu zamówienia, sposób oceny ofert, wpływ tylko dwóch ofert w postępowaniu z czego tylko jedna spełniała wymagania). Należy stwierdzić, że wartość zamówienia była znaczna. Tego typu zamówienia cieszą się dużą popularnością wśród wykonawców, tym bardziej że przedmiotem zamówienia były typowe zestawy telefonów do użytku w codziennej pracy pracowników jednostek administracji państwowej. Należałoby więc oczekiwać, że Zamawiający otrzyma co najmniej kilka ofert od potencjalnych wykonawców, zawierających różne modele telefonów w każdej z grup, które spełnią wymagania zamawiającego określone w dokumentacji postępowania. Można zatem domniemywać, iż wyjaśnieniem tak nikłego zainteresowania przetargiem i zaoferowanie tych samych modeli telefonów przez dwóch wykonawców składających oferty, są rażąco ograniczające parametry zamawianego sprzętu, poprzez opisanie go w sposób umożliwiający w praktyce złożenie oferty bazującej wyłącznie na konkretnych modelach telefonów. Nie można również nie zauważyć głosu potencjalnych wykonawców, którzy w toku procedury zadawania pytań postulowali o dokonanie przez Zamawiającego zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w kierunku złagodzenia wymaganych przez Zamawiającego parametrów sprzętu, w taki sposób, aby produkty o zbliżonych parametrach zostały dopuszczone przez Zamawiającego jako spełniające przez niego wymagania. Jak wskazano powyżej część wykonawców wprost postawiło Zamawiającemu zarzut ograniczania konkurencji w przetargu poprzez takie sformułowanie wymagań technicznych, które mogą być spełnione wyłącznie przez konkretnego producenta. Należy tutaj zauważyć, że przedmiotem zamówienia były powszechnie używane zestawy telefonów, a nie specjalistyczny sprzęt dedykowany do niekonwencjonalnych zadań. Pod wpływem wątpliwości potencjalnych wykonawców Zamawiający tylko częściowo rozszerzył katalog akceptowalnych przez niego parametrów sprzętu, lecz należy stwierdzić, że dokonał tego w sposób niewystarczający, aby zachować zasadę uczciwej konkurencji, bowiem parametry te w dalszym ciągu wskazują na konkretne modele telefonów, które można było zaoferować w niniejszym postępowaniu. Potwierdzeniem powyższego są zmiany parametrów sprzętu zgodne z wnioskami wykonawców, którzy wprost wskazywali, że zmiana danego parametru umożliwi zaoferowanie modelu telefonu „idealnie spełniającego wszystkie pozostałe wymagania. (...)

Mając na uwadze powyższe rozważania należy stwierdzić, że okoliczności niniejszej sprawy dowodzą, iż Specyfikacja Warunków Zamówienia, w tym Specyfikacja techniczna urządzeń, została sporządzona w sposób wskazujący na konkretne modele telefonów, a określone parametry tylko teoretycznie dopuszczały możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów. Zatem na gruncie przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji (...).

Należy podkreślić, że ograniczenie parametrów m.in. do konkretnego rodzaju gniazda słuchawkowego czy konkretnej generacji technologii bluetooth nie ma znaczenia dla sprawnego użytkowania telefonów podczas pracy i w przypadku przedmiotowego zamówienia nie znajduje uzasadnienia. Uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego w kontekście nabywania telefonów komórkowych nie jest również okoliczność, iż telefon będzie użytkowany przez kadrę kierowniczą, dla której jest on głównym narzędziem pracy. Należy bowiem zauważyć, iż współczesne telefony komórkowe, w szczególności smartfony obfitują w szereg różnych funkcjonalności i dawno już przestały służyć jedynie wykonywaniu połączeń głosowych. (...) Reasumując w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez ostateczne sformułowanie Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujące uprzywilejowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia sprzętu producentów konkretnych modeli telefonów, co powodowało, że zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość.

Kontrolujący doszedł do wniosku, iż powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zalecenie wydane przez Prezesa Urzędu:

W niniejszym stanie faktycznym sprawy Prezes Urzędu wydał na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia polegające na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na skutek wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale wyraziła opinię o nieważności ww. zastrzeżeń.⁸

Następnie, Zamawiający przekazał do Urzędu Zamówień Publicznych informację o wykonaniu zaleceń pokontrolnych zawartych w Informacji o wyniku kontroli oraz przedłożył dokumenty, z których wynika, że na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie.

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2022 r., znak: KND/132/21/DKZP.

Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekraczała tzw. progów unijnych.

W dalszej kolejności, do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wpłynął wniosek o wszczęcie kontroli przedmiotowego postępowania, w którym to Wnioskodawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności:

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprzygotowanie postępowania w sposób samodzielny, czym Zamawiający naruszył w sposób umyślny zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez posłużenie się w postępowaniu opisem przedmiotu zamówienia sporządzonym przez jednego z potencjalnych wykonawców oraz wskazaniu w protokole postępowania informacji mających na celu ukrycie tego faktu;
- art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez użycie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez jednego z potencjalnych wykonawców, który wyeliminował możliwość zachowania zasady uczciwej konkurencji.

W toku prowadzonej kontroli, na podstawie art. 605 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do biegłego celem uzyskania wiadomości specjalnych w zakresie, czy istnieje

⁸ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO/KU 20/23.

możliwość sporządzenia opinii dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Następnie, przy piśmie z dnia 06.12.2021 r. biegli - specjaliści ds. zamówień publicznych i technologii informatycznych i techniki komputerowej przedstawili opinię poprzez udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

Czy przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów wraz ze wskazaniem tych elementów opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazaniem wykonawców lub produktów, których ww. elementy opisu przedmiotu zamówienia uprzywilejowują lub eliminują? (...) jeden z producentów z tych, którzy składali oferty mógł w 100% być dopuszczony do zamówienia z poziomu parametrów techniczno-użytkowych, tj. K-M. Pozostali nawet po udzielonych odpowiedziach dopuszczających lub zmieniających parametry nie mieli takiej możliwości.

Pozostaje jeszcze jeden producent, który nie wziął czynnego udziału w postępowaniu, ale spełnia kryteria i został przywołany przez Zamawiającego w dokumencie, którego plik nosi nazwę „Odp. Kontrola doraźna UZP”. Jest nim D. (...) Istotą tej koincydencji jest fakt, że firma D jest częścią grupy kapitałowej wespół z firmą K M co potwierdza informacja na stronach internetowych (...) Należy stwierdzić bezsprzecznie, że jednym wykonawcą mogła być tylko firma K M lub grupa kapitałowa K M - D z produktami D. Czy istniała możliwość sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na dopuszczenie większej liczby wykonawców lub produktów przy zachowaniu przez opis przedmiotu zamówienia elementów niezbędnych do zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego przy uwzględnieniu celu udzielenia zamówienia oraz praktyki rynkowej?

W ocenie Opiniujących oczywiście istniała możliwość sformułowania OPZ (opis przedmiotu zamówienia), którego treść pozwalałaby na dopuszczenie większej ilości wykonawców. Zamawiający w żadnych z dokumentów stanowiących integralną część SWZ nie wskazał na szczególne uwarunkowania takiego sformułowania OPZ, które ograniczałyby go do wyspecyfikowania takiego materiału jaki był podstawą wyboru wykonawcy jakim ostatecznie została firma K M. (...) należało podać specyficzne uwarunkowania technicznoorganizacyjnego dla takiego opisu a w następstwie przebiegu realizacji zamówienia. W związku z tym, że nie podano motywu, dla którego SWZ został opracowany oraz biorąc inne okoliczności pod uwagę należy uznać z całą stanowczością, że takowe okoliczności nie istniały. W świetle obowiązującego prawa i przepisów, Zamawiający miał obowiązek, ale też miał prawo do opracowania SWZ w taki sposób na jaki jego uwarunkowania techniczno-ekonomiczne mu pozwalały. Tak sporządzony i ogłoszony przetarg wskazuje bezsprzecznie, że celem Zamawiającego było udzielenie zamówienia dla Firmy K M. Czy możliwe jest uznanie, że warunki zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia wskazywały na konkretny produkt lub produkty konkretnego producenta lub producentów, jeśli tak to jakich? „(...) treść OPZ jednoznacznie wskazuje na bezkonkurencyjną przewagę firmy K M lub grupa kapitałowa K M - D. Przy takim opisie przedmiotu zamówienia, bez podania szczególnego uwarunkowania jego konstrukcji tylko produkt C250i firmy K M mogła spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego. Po raz wtóry należy podkreślić, że i owszem produkty firmy D spełniały kryteria jaki wyspecyfikował Zamawiający. Należy mieć jednak na względzie fakt, że K M i D to ta sama grupa kapitałowa, co oznacza, że ich produkty mają te same podzespoły (parametry) w innej obudowie.

Czy warunki zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia pozwalały na zaoferowanie produktu innego aniżeli K M b, jeśli tak — proszę o wskazanie przykładowych produktów wraz z określeniem producenta oraz przykładowych dostawców. (...) należy jednoznacznie potwierdzić, że poza urządzeniem firmy K M firma D z minimum produktem mogły spełnić kryteria jakie zostały wyspecyfikowane

przez Zamawiającego. Lecz jak już kilkakrotnie zostało to podkreślone K M i D to ta sama grupa kapitałowa.

Co oznacza, że to ten sam produkt pod inną nazwą i innego producenta, ale będącego częścią tej samej grupy kapitałowej tj. D i K M.

Czy możliwe jest uznanie, iż wykonawca K M B S sp. z o.o., który uzyskał przedmiotowe zamówienie, posiadał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami z uwagi na treść opisu przedmiotu zamówienia?

(...) odpowiedzią na zadane opiniującym pytania można z całą stanowczością odpowiedzieć, że firma K M w tak przygotowanym postępowaniu posiadała bezsprzeczną przewagę konkurencyjną. W zaistniałych okolicznościach nie należy brać pod uwagę, jako firmy konkurencyjnej firmy D ponieważ jest ona częścią grupy kapitałowej K M. Szereg podstawowych parametrów technicznych oraz opisów w OPZ wskazuje jednoznacznie, że pozostałe firmy nie miały możliwości przygotowania i skutecznego złożenia ważnej oferty. Forma procedowania przez Zamawiającego postępowania, które jest podstawą analizy będącej przedmiotem niniejszej opinii, jest dalece odbiegająca od standardów jakie wyznaczają przepisy prawa regulujące sposób udzielania zamówień publicznych. (...) należy uznać zarzuty, że Zamawiający bazował na materiale (OPZ), którego w znacznej mierze nie opracował sam. Opiniujący potwierdzają, że świadczy to o tym że autorem pliku zamieszczonego jako OPZ w postępowaniu o nazwie „Dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku.” jest pracownikiem firmy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu).

W toku kontroli doraźnej ustalono, że: w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia spełniają jedynie produkty pochodzące od konkretnego producenta. Nie ma przy tym znaczenia fakt, iż dany podmiot oferuje określone produkty pod różnymi markami, jak również fakt, że możliwość dostarczania konkretnych produktów danego producenta także przez inne podmioty, jeśli istniejąca sytuacja prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania co najmniej niektórych wykonawców lub produktów, co jak należy uznać nastąpiło w przedmiotowym stanie faktycznym. Ponadto, brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodziły obiektywne przeszkody wynikające z uwarunkowań techniczno-organizacyjnych dla sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób dopuszczający produkty pochodzące od większej liczby wykonawców (producentów), zauważyć należy także, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak również w toku kontroli doraźnej zamawiający nie wskazał na szczególne, uzasadnione potrzeby, z których wynikałaby konieczność ukształtowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający produkty innych producentów aniżeli wykonawca.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej podkreślono, że: poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję jak również poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia innym potencjalnym wykonawcom, uprzywilejowując w ten sposób wykonawcę, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 21.03.2022 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej. Należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, tym samym podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, które zostało zawarte w informacji o wyniku kontroli, a także odpowiedzi na zastrzeżenia.⁹

⁹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO/KD 14/22.

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 lipca 2022 r., znak: KND/217/21/DKZP.

Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie podstawowym na dostawę dwóch sztuk fabrycznie nowych wózków widłowych, wyprodukowanych w 2021 r. Zapisy opisu przedmiotu zamówienia, wskazywały, że oba wózki widłowe powinny być wyposażone w system automatycznej stabilizacji wózka SAS.

Kontrolujący po wnikliwej weryfikacji dokumentacji postępowania przekazanej celem przeprowadzenia kontroli doraźnej, wskazał, że: *Zamawiający w trakcie badania rynku przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskał oferty handlowe jedynie od 2 podmiotów, w których zaproponowano wózki wyłącznie dwóch marek, tj. Toyota i Linde (przy czym zaproponowany wózek marki Linde nie spełniał wymagań Zamawiającego, gdyż był zasilany wyłącznie LPG). Tymczasem na rynku dostępne są wózki widłowe także innych firm, np.: Still, Dosan, Crown, Combilift, Promag czy Unicarriers. Wskazać należy również, że system „SAS” nie jest powszechnie stosowanym synonimem systemów zabezpieczeń stosowanych w większości wózków na rynku. Jest natomiast systemem opatentowanym przez firmę Toyota i stosowanym wyłącznie w wózkach widłowych tej marki. Ustalenie powyższego nie wymagało specjalistycznej wiedzy, gdyż informacje te są powszechnie dostępne w Internecie. Wpisując w wyszukiwarkę internetową hasło „system stabilności wózków widłowych SAS” wszystkie wyniki wyszukiwania wskazują na wózki widłowe marki Toyota. Jest to zatem wiedza powszechnie dostępna, a brak doświadczenia Zamawiającego z tego typu przedmiotem zamówienia nie usprawiedliwia nieuprawnionego posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia nazwą charakteryzującą produkt konkretnej marki. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do Zamawiającego wpływały wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, w których wykonawcy wyraźnie zwracali uwagę, iż system „SAS” jest stosowany wyłącznie w wózkach widłowych Toyoty.*

Jednocześnie w przedmiotowym postępowaniu nie została spełniona przesłanka konieczna do zastosowania art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, tj. niemożliwość opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. O powyższym świadczy pismo Wykonawcy M., w którym zawarta została propozycja zmiany opisu przedmiotu zamówienia z „system automatycznej stabilizacji wózka SAS” na „system wspomagający zachowanie stabilizacji wózka widłowego”, zakres którego to pojęcia spełniałby tak system automatycznej stabilizacji wózka SAS jak i inne rozwiązania technologiczne służące takiej funkcjonalności. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, odrzucił możliwość zaoferowania rozwiązań podobnych do systemu „SAS”, co mogło już na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyeliminować niektórych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że chociaż w kolejnych wyjaśnieniach treści SWZ, Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne przez zastosowanie sformułowania „lub równoważny”, jednakże nie opisał w żaden sposób jakie kryteria ma spełniać system równoważny systemowi „SAS”.

Jak ustalono w toku kontroli doraźnej w oparciu o informacje zawarte na stronie internetowej¹⁰ oraz materiał filmowy dotyczący sposobu działania systemu „SAS” zamieszczony na kanale Youtube „ToyotaMHPolska”¹¹, system „SAS” posiada 6 zaawansowanych funkcji, tj.: 1) redukcja prędkości na zakrętach, 2) cylinder blokujący tylnej opony 5) kontrola poziomowania wideł, 6) aktywny synchronizator układu kierowniczego. Jednocześnie system „SAS” pozwala na aktywne monitorowanie kluczowych parametrów pracy wózka.

¹⁰ Link do strony: <https://toyota-forklifts.pl/nasza-oferta/system-aktywnej-stabilnosci-sas/>

¹¹ Link do filmu: <https://www.youtube.com/watch?v=7IPHusvozJY>.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że ilość poszczególnych funkcji, które składają się razem na działanie systemu „SAS” sprawia, że bez opisanie parametrów stabilności wózka widłowego, na których zależy Zamawiającemu, niemożliwe było zaoferowanie innych wózków widłowych niż Toyota nawet przy założeniu, że wózki widłowe innych firm posiadają w jakimś stopniu podobne systemy wspomagające stabilność.

W tym miejscu należy wskazać, że w trakcie prowadzenia kontroli doraźnej Prezes Urzędu zwrócił się do przedstawicieli i dystrybutorów różnych marek wózków widłowych z prośbą o wskazanie czy oferowane przez te podmioty wózki widłowe posiadają systemy, które można określić jako równoważne (posiadające te same funkcje) systemowi „SAS”.

Z uzyskanych informacji wynika, że wózki niektórych firm w ogóle nie posiadają systemów zarówno równoważnych jak i podobnych do systemu „SAS”. Przedstawiciele pozostałych firm wskazywali natomiast, że oferowane przez nich wózki posiadają systemy w jakimś sensie podobne do systemu „SAS” (których celem jest zapewnienie stabilności pojazdu, czyli zapobieżenie przewróceniu się wózka) wyposażone w takie funkcje jak redukcja prędkości na zakrętach lub redukcja prędkości jazdy przy uniesionych widłach. Jednakże równocześnie informowali, że w ich wózkach stosowane są inne rozwiązania techniczne niż w przypadku systemu „SAS”, których nie można określić jako równoważne, natomiast samo pojęcie „stabilności” wózka widłowego ma charakter względny i zależy od zapatrywań ich producentów i potrzeb użytkowników tych pojazdów. W pismach tych podkreślano równocześnie, że określenie „SAS” jest stosowane przez jednego producenta wózków widłowych – przez firmę Toyota.

Zatem w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posłużył się w opisie przedmiotu zamówienia nazwą systemu stabilizacji wózka widłowego „SAS” opatentowanego przez Toyotę i używanego wyłącznie w wózkach widłowych tej firmy, mimo iż jak wynika z wyjaśnień złożonych na wezwanie UZP oczekiwał jakiegokolwiek systemu zabezpieczeń stateczności wózka, w które to systemy zdaniem Zamawiającego wyposażona jest większość dostępnych na rynku modeli wózków widłowych. Ponadto Zamawiający pierwotnie nie dopuścił rozwiązań równoważnych, co również potwierdził w pierwszych wyjaśnieniach treści SWZ, a następnie ostatecznie dopuszczając rozwiązania równoważne nie opisał kryteriów równoważności. Powyższe działania Zamawiającego skutkowały złożeniem jednej oferty i rezygnacją z ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców innych niż oferujących wózki widłowe marki Toyota.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 – 6 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez posłużenie się nazwą systemu stabilizacji wózka widłowego „SAS”, która to nazwa wskazywała na wózki widłowe marki Toyota. Ponadto, Zamawiający przyczynił się do wprowadzenia w postanowieniach SWZ zapisów, które charakteryzowały się pozorną równoważnością - pomijając opisanie kryteriów równoważności, w konsekwencji doszło do ograniczenia konkurencji.

Zamawiający nie złożył zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko w odniesieniu do istoty pojęcia równoważności: Przepis art. 99 ust. 6 ustawy Pzp wskazuje wprost obowiązek Zamawiającego polegający na wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej samo dopuszczenie równoważności nie jest wystarczające, konieczne jest również określenie parametrów lub zakresu tej równoważności. Równoważność nie polega na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia identycznego do produktu referencyjnego. Istota rozwiązania

równoważnego sprowadza się do zaoferowania produktu spełniającego funkcjonalności określone przez Zamawiającego.¹²

1.4. Wymagania dotyczące dostępności dla osób niepełnosprawnych.

Obowiązek uwzględnienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zasady dostępności wynika bezpośrednio z treści art. 100 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się, z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, chyba że nie jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia (art. 100 ust. 1 ustawy Pzp.)

Jeżeli wymagania w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie wymagań dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu (art. 100 ust. 2 ustawy Pzp). Aktem prawa Unii Europejskiej, który ustanawia wymagania w zakresie dostępności produktów i usług jest m.in. dyrektywa w sprawie wymogów dostępności produktów i usług¹³, zwana Europejskim Aktem Dostępności (European Accessibility Act).

Przepisy ustawy Pzp dotyczące konieczności zapewnienia dostępności dla osób z niepełnosprawnościami oraz projektowania dla wszystkich użytkowników w ramach udzielania zamówień publicznych wynikają z dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych. W preambule dyrektywy 2014/24/UE podkreślono także konieczność uwzględnienia Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych przy wdrażaniu tej dyrektywy¹⁴ oraz konieczność opracowywania przez instytucje zamawiające specyfikacji technicznych w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub opcji projektowania dla wszystkich, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków¹⁵.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE¹⁶ „w przypadku wszystkich zamówień, które przeznaczone są do użytku osób fizycznych – zarówno ogółu społeczeństwa, jak i pracowników instytucji zamawiającej – przedmiotowe specyfikacje techniczne sporządza się, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków, w taki sposób, aby uwzględnić kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowanie z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników. W przypadku, gdy obowiązkowe wymogi w zakresie dostępności są przyjmowane w formie aktu prawnego Unii, specyfikacje techniczne określa się – jeżeli chodzi o kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowanie z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników – przez odesłanie do tego aktu”.

Dostępność oznacza umożliwienie osobom z niepełnosprawnościami samodzielne, pełne uczestnictwo we wszystkich sferach życia, na równi z innymi osobami. Jednym z elementów przyczyniających się do urzeczywistnienia praw zarówno osób z niepełnosprawnościami, jak również osób, które ze względu na czasowe ograniczenia związane ze stanem zdrowia, czy też wiekiem, mogą napotykać na trudności w poruszaniu się, postrzeganiu czy komunikacji, jest zapewnienie pełnej dostępności środowiska fizycznego, społecznego, gospodarczego i kulturalnego, opieki zdrowotnej, edukacji, informacji i

¹² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 51/24.

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/882 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie wymogów dostępności produktów i usług (Dz. Urz. UE L 151 z 7.6.2019 r., str. 70–115).

¹⁴ Motyw 3 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65).

¹⁵ Motyw 76 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁶ Odpowiednio również art. 60 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243).

komunikacji¹⁷. Definicja dostępności mówi o tworzeniu takich rozwiązań w poszczególnych środowiskach, by osoby niepełnosprawne mogły uczestniczyć w życiu społecznym i korzystać z usług publicznych na takich samych zasadach, jak pozostała część społeczeństwa. Zauważyć należy, iż większość rozwiązań zapewniających dostępność przynosi korzyści wszystkim, którzy z tej infrastruktury korzystają. Przykładami ułatwień w dostępie tworzonych pierwotnie dla osób z niepełnosprawnościami, a z których obecnie w codziennym życiu korzystają nie tylko osoby z trudnościami, są m.in. podjazdy do budynków, przestronne windy, autobusy niskopodłogowe, czy zastosowanie informacji głosowej¹⁸.

Projektowanie z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, innymi słowy projektowanie uniwersalne oznacza projektowanie z uwzględnieniem różnorodności potrzeb ludzkich, uczestnictwa w życiu społecznym i równouprawnienia. Należy przez to pojęcie rozumieć projektowanie produktów, środowiska, programów i usług w taki sposób, aby były użyteczne dla wszystkich, w możliwie największym stopniu, bez potrzeby adaptacji lub specjalistycznego projektowania. Przy czym projektowanie uniwersalne nie wyklucza pomocy technicznych dla szczególnych grup osób niepełnosprawnych, jeżeli jest to potrzebne¹⁹. Celem takiego podejścia jest eliminowanie i zapobieganie powstawania barier.

Instrumentem służącym wyrównywaniu szans w dostępie do życia społecznego, czy dostępie do usług osobom ze szczególnymi potrzebami, obok projektowania uniwersalnego, jest tzw. mechanizm racjonalnych usprawnień. Racjonalne usprawnienie oznacza konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nie nakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku, w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami²⁰. Innymi słowy, racjonalne usprawnienia powinny być stosowane, gdy niemożliwe jest zastosowanie koncepcji projektowania uniwersalnego.

Dostępność i projektowanie uniwersalne, a tym samym zapewnienie swobodnego dostępu do dóbr, usług oraz możliwości udziału w życiu społecznym i publicznym osób o szczególnych potrzebach to też główne cele, którym służyć ma realizacja zadań przewidzianych kompleksowo w rządowym programie Dostępność Plus na lata 2018-2025²¹, którego celem jest zapewnienie swobodnego dostępu do dóbr, usług oraz możliwości udziału w życiu społecznym i publicznym osób o szczególnych potrzebach. Program, który zakłada wieloaspektowe, systemowe i skoordynowane działania, koncentruje się na dostosowaniu przestrzeni publicznej, architektury, transportu i produktów do wymagań wszystkich obywateli²².

Kluczowym elementem, który realizuje rządowy program Dostępność Plus jest ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami²³, dalej „ustawa o dostępności”. Celem wprowadzenia ustawy o dostępności jest poprawa warunków życia i funkcjonowania osób zagrożonych wykluczeniem społecznym ze względu na niepełnosprawność, wiek czy chorobę poprzez nałożenie na wszystkie podmioty publiczne określonych obowiązków w zakresie zapewnienia dostępności. Zgodnie z art. 6 ustawy o dostępności, minimalne wymagania służące zapewnieniu dostępności obejmują trzy obszary dostępności

- architektoniczna,
- informacyjno-komunikacyjna i

¹⁷ Art. 9 Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych. Konwencja została podpisana 13 grudnia 2006 r. Weszła w życie w 2008 r. Polska ratyfikowała konwencję w 2012 r. (Dz. U. z 25 października 2012 r., poz. 1169). <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20120001169/O/D20121169.pdf>.

¹⁸ A. Sobolewska, B. Wilk. *Zapewnienie i finansowanie dostępności. Praktyczny poradnik dla sektora publicznego*. Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa, Wydanie 1. Legalis.

¹⁹ Art. 2 Konwencji ONZ.

²⁰ Art. 2 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1169).

²¹ Uchwała nr 102/2018 Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2018 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Programu Dostępność Plus, https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/62312/uchwala_RM_17_07_2018.pdf

²² Program Dostępność Plus na lata 2015-2025, <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/fundusze-europejskie-bez-barier/dostepnosc-plus/>.

²³ Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami (Dz.U. z 2022 r. poz. 2240).

- cyfrowa.

Zgodnie z przywołaną ustawą sektor publiczny zobowiązany jest do zapewnienia, co najmniej minimalnej dostępności, który zagwarantuje dostępność podmiotu publicznego. Podmiot publiczny²⁴ zapewnia dostępność przez stosowanie uniwersalnego projektowania nowych rozwiązań lub racjonalnych usprawnień w usuwaniu istniejących barier.

W zakresie dostępności architektonicznej podmiot publiczny ma obowiązek:

- zapewnić wolne od barier poziomych i pionowych przestrzenie komunikacyjne budynków,
- instalacji urządzeń lub zastosowania środków technicznych i rozwiązań architektonicznych w budynku, które umożliwiają dostęp do wszystkich pomieszczeń, z wyłączeniem pomieszczeń technicznych,
- zapewnić informacje na temat rozkładu pomieszczeń w budynku, co najmniej w sposób wizualny i dotykowy lub głosowy,
- zapewnić wstęp do budynku osobie korzystającej z psa asystującego, o którym mowa w art. 2 pkt 11 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
- zapewnić osobom ze szczególnymi potrzebami możliwości ewakuacji lub ich uratowania w inny sposób.

Przykład:

Korytarze, jak i klatki schodowe powinny być wolne od barier i zapewniać możliwość poruszania się po nich między innymi osób na wózku, osób korzystających z kul, lasek i innych pomocy ortopedycznych, osób starszych, a także osób z wózkami dziecięcymi, mających różne problemy z poruszaniem się (windy, schody, korytarze, ciągi pieszce w budynku). Wyposażenie wind w przyciski sterujące, umożliwiające odczyt osobom niewidomym i niedowidzącym, jak również w sygnalizację dźwiękową informującą o pozycji wind.

W zakresie dostępności informacyjno-komunikacyjnej ustawa wskazuje na obowiązek:

- obsługi z wykorzystaniem środków wspierających komunikowanie się, o których mowa w art. 3 pkt 5 ustawy o języku migowym i innych środkach komunikowania się²⁵, lub przez wykorzystanie zdalnego dostępu online do usługi tłumacza przez strony internetowe i aplikacje,
- instalacji urządzeń lub innych środków technicznych do obsługi osób słabosłyszących, w szczególności pętli indukcyjnych, systemów FM lub urządzeń opartych o inne technologie, których celem jest wspomaganie słyszenia,
- zapewnienia na stronie internetowej danego podmiotu informacji o zakresie jego działalności – w postaci elektronicznego pliku zawierającego tekst odczytywalny maszynowo, nagrania treści w polskim języku migowym oraz informacji w tekście łatwym do czytania,
- zapewnienia, na wniosek osoby ze szczególnymi potrzebami, komunikacji z podmiotem publicznym w formie określonej w tym wniosku.

Przykład:

Zapewnienie informacji na temat tego, jakie zadania wykonuje dany podmiot w postaci nagrania w polskim języku migowym dla osób głuchych, informacji w tekście łatwym do czytania (ETR) - m.in dla osób z niepełnosprawnością intelektualną, czy pliku odczytywalnego maszynowo, dzięki któremu taką informację może udźwiękować osoba niewidoma.

Dostępność w tym zakresie to także umożliwienie komunikacji z podmiotem w taki sposób, jaki jest dogodny dla osoby ze szczególnymi potrzebami np. poprzez SMS czy przy użyciu usługi tłumaczenia migowego online.

²⁴ W art. 3 ustawy o dostępności określony został katalog podmiotów publicznych zobowiązanych do stosowania tej ustawy.

²⁵ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o języku migowym i innych środkach komunikowania się (Dz.U. z 2023 r. poz. 20).

W kwestii dostępności cyfrowej ustawa o dostępności odsyła do spełnienia wymagań określonych w ustawie o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych²⁶.

Wracając do kwestii dostępności w zamówieniach publicznych, należy zwrócić uwagę, iż obowiązkiem zamawiającego planującego udzielenie zamówienia publicznego jest ustalenie czy przedmiot zamówienia objęty danym zamówieniem będzie wymagał dostosowania do potrzeb osób z niepełnosprawnościami. Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia oraz jego przeznaczenie, zamawiający powinien ocenić jakie wymagania w zakresie dostępności należy zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia, jak również sformułować je w postanowieniach umownych. Zamawiający powinien również przewidzieć w umowie odpowiednie sankcje (kary umowne) za niespełnienie przez wykonawcę wymagań w zakresie dostępności.

Sformułowanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań w obszarze dostępności determinowane jest głównie charakterem przedmiotu zamówienia, dlatego też zamawiający poza odniesieniem się do konkretnych przepisów prawnych, powinien kierować się także stosownymi wytycznymi dotyczącymi konkretnych obszarów, korzystając z dostępnych źródeł informacji²⁷.

Przepisy ustawy Pzp umożliwiają uwzględnienie kwestii dostępności dla osób niepełnosprawnych i projektowania uniwersalnego w ramach formułowania jakościowych kryteriów oceny ofert. W myśl art. 242 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu albo ceny lub kosztu. Kryteria jakościowe mogą odnosić się między innymi do dostępności dla osób niepełnosprawnych lub uwzględniania potrzeb wszystkich użytkowników. Co istotne, zastosowanie takich kryteriów pozwala zamawiającym na promowanie w ramach zamówień publicznych rozwiązań w zakresie dostępności wyższych niż minimalne.

Przykłady opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dostępności:

Usługa konferencyjna/szkoleniowa

- sala, w której będzie odbywać się wydarzenie wyposażona jest w system wspomaganie słuchu np. pętlę indukcyjną, system FM lub inny umożliwiający wzmocnienie dźwięku dla osób z aparatami słuchowymi,
- sala, w której odbywać się będzie wydarzenie nie posiada barier architektonicznych (progów, kolumn, filarów, podestów itp.), które utrudniałyby poruszanie się w niej osobom niepełnosprawnym,
- wykonawca zapewni odpowiednią liczbę miejsc dla uczestników wydarzenia (np. w postaci stołów i krzeseł bądź krzeseł), przygotowanych w układzie... (szkolnym/konferencyjnym itp.), w tym ... liczbę miejsc dla osób poruszających się na wózkach inwalidzkich. Liczba miejsc dla osób poruszających się na wózkach zostanie podana przez zamawiającego nie później niż dni przed datą wydarzenia,
- zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli w miejscu obiektu, zaoferowanego przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, w zakresie spełnienia przez obiekt wymogów dotyczących dostępności dla osób z niepełnosprawnościami.

Usługa cateringowa

- wykonawca zapewni stoły tradycyjne/stoliki koktajlowe w ilości odpowiedniej dla liczby osób zgłoszonych przez zamawiającego, które zostaną ustawione w sposób, aby możliwe było swobodne poruszanie się między nimi osób na wózkach inwalidzkich (zachowane zostaną odpowiednie odległości między stolikami),
- wykonawca zapewni również stoły tradycyjne/stoliki koktajlowe umożliwiające spożycie posiłku osobom poruszającym się na wózkach inwalidzkich (w przypadku stołów pozostawienie wolnych miejsc bez krzeseł umożliwiające swobodne podjechanie wózka do stołu, w przypadku stolików koktajlowych – zapewnienie stolików o odpowiednio mniejszej wysokości),
- liczba stołów/stolików koktajlowych, miejsc dla osób poruszających się na wózkach inwalidzkich zostanie zgłoszona wykonawcy najpóźniej w terminie..... przed datą wydarzenia,

²⁶ Ustawa z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych Dz.U. z 2023 r. poz. 1440).

²⁷ Zob. <https://www.gov.pl/web/uzp/dostepnosc3>. Podzakładka „Dostępność” zawiera informacje na temat przepisów prawa, materiały oraz praktyczne informacje dotyczące określania standardów dostępności dla osób niepełnosprawnych i projektowania dla wszystkich użytkowników w różnych dziedzinach.

- w ramach usługi cateringowej wykonawca zapewni posiłki dla osób o szczególnych potrzebach żywieniowych (np. posiłki diety niskobiałkowej) dla% ogólnej liczby uczestników (bądź w liczbie podanej przez zamawiającego) zgłoszonych w maksymalnym terminie dni przed datą wydarzenia.

Strona internetowa

- wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie ze wszystkimi wytycznymi WCAG 2.1 o których mowa w załączniku do Ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych,
- warunkiem odbioru serwisu i dokonania płatności jest spełnienie wymogów wskazanych w załączniku do Ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych,
- zamawiający zastrzega sobie prawo do zlecenia zewnętrznego audytu spełnienia wymagań WCAG 2.1²⁸.

1.5. Normy, cechy techniczne, specyfikacje techniczne, z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji.

W treści art. 101 ust. 1 ustawy Pzp ujęto 3 sposoby tworzenia opisu przedmiotu zamówienia, tj.:

1. poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia (art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp),
2. poprzez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102 ustawy Pzp,
3. sposób mieszany, czyli poprzez odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności oraz przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp).

Powyższe sposoby formułowania przedmiotu zamówienia znajdują zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień, a wybór sposobu został pozostawiony decyzji zamawiającego, przy czym powinien pamiętać o przestrzeganiu zasady uczciwej konkurencji przewidzianej w art. 99 ust. 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Ponadto, wybór zamawiającego co do sposobu tworzenia opisu nie zwalnia go z obowiązku ujęcia w opisie obligatoryjnych wymagań technicznych ujętych w przepisach szczególnych, np. w rozporządzeniach regulujących warunki techniczne niektórych wyrobów lub zasad dopuszczenia ich do użytkowania.

Ad 1. Wybierając sposób opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności zamawiający określa cechy usług, dostaw lub robót budowlanych w rozumieniu art. 99 ust. 2 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, iż jedynie precyzyjne wskazanie w opisie parametrów wydajności lub funkcjonalności przedmiotu zamówienia umożliwi wykonawcy na ustalenie i wykonanie zamówienia zgodnego z potrzebami zamawiającego. W motywie 74 preambuły dyrektywy klasycznej wskazano, że *opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie celu (uniknięcia sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę). Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerzej.*

Ad 2. Drugi sposób sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia sprowadza się do wskazania wymaganych cech poszczególnych materiałów, produktów lub usług za pomocą norm. Zatem, w omawianym przypadku zamawiający pomija w opisie charakter funkcjonalny zamówienia, lecz zamieszcza zbiór cech poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Przykłady wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia cech materiałów, produktu lub usługi zawarto w art. 102 ustawy Pzp, tj.:

²⁸ K. Ołdak – Bułanowska, M. Szczygielska, M. Wosiecka. Red. A. Kowalski *Zamówienia publiczne na rzecz wyłączenia społecznego*. Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa 2021 r., str. 54 – 55.

1. w przypadku robót budowlanych cechy materiału, produktu lub usługi, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, mogą dotyczyć:
 - określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat,
 - wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych,
 - określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości,
 - określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania,
 - określonego opakowania i oznakowania,
 - określonej etykiety,
 - instrukcji użytkowania, procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych,
 - dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2022 r. poz. 1854),
 - określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania,
 - warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych,
 - metod i technik budowy,
 - wszelkich pozostałych warunków technicznych,
2. w przypadku dostaw i usług wymagane cechy produktu lub usługi mogą dotyczyć:
 - posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w art. 102 ust. 1 pkt 1, 4-7 oraz 10 ustawy Pzp,
 - określonych poziomów jakości,
 - określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany,
 - procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

Katalog cech materiałów, produktów lub usług ujęty w art. 102 ustawy Pzp ma charakter otwarty, zamawiający może również użyć w opisie przedmiotu zamówienia zupełnie inne cechy przedmiotu zamówienia, jeżeli będą bardziej adekwatne do określenia rzeczywistych potrzeb i wymagań zamawiającego.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż prawidłowe odniesienie się do cech wymienionych w art. 102 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie w oparciu o normy i inne systemy referencji technicznej w zgodzie z art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, przepis art. 102 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie również przy wyborze mieszanego typu opisu (art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp), a także jako wsparcie dla przygotowania opisu funkcjonalnego, o jakim mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazano, że przedmiot zamówienia opisuje się poprzez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102 ustawy Pzp, oraz w kolejności preferencji do:

- a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,
- b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,
- c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.),

- d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz.Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, z późn. zm.),
- e) norm międzynarodowych,
- f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania,
- g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne.

Powyższe oznacza, że opisując przedmiot zamówienia w sposób określony w art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający powinien w pierwszej kolejności odnosić się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie, a dopiero w przypadku ich braku do innych norm, ocen lub preferencji, zgodnie ze wskazaną w przepisie kolejnością preferencji.

Warto zaznaczyć, iż wskazana w art. 102 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp konieczność „odniesienia się” w opisie przedmiotu zamówienia do norm nie oznacza, że norma musi stanowić element opisu przedmiotu zamówienia, ale że normy, oceny lub standardy są pewnym wzorcem, za pomocą którego zamawiający określa cechy danych materiałów, produktów lub usług. Cechy te powinny odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby i wymagania zamawiającego, co oznacza, że mogą określać wyższe lub niższe wartości niż ujęte w normach lub innych systemach referencji technicznych, przy czym zamawiający powinien pamiętać o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, w szczególności, gdy wymaga wyższych cech jakościowych materiałów, produktów lub usług niż te wskazane w normach.

Zgodnie z art. 101 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez normę należy rozumieć specyfikację techniczną przyjętą przez krajową, europejską lub międzynarodową instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe, w tym Polską Normę, normę europejską lub normę międzynarodową. Podstawowe cele i zasady normalizacji na płaszczyźnie krajowej zostały ujęte w ustawie z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 1483), w której poprzez normę należy rozumieć dokument przyjęty na zasadzie konsensusu i zatwierdzony przez upoważnioną jednostkę organizacyjną, ustalający – do powszechnego i wielokrotnego zastosowania – zasady, wytyczne lub charakterystyki odnoszące się do różnych rodzajów działalności lub ich wyników i zmierzający do uzyskania optymalnego stopnia uporządkowania w określonym zakresie. W art. 5 ust. 1 i 2 ww. ustawy wskazano, iż Polska Norma jest normą krajową, przyjętą w drodze konsensusu i zatwierdzoną przez krajową jednostkę normalizacyjną, powszechnie dostępną i oznaczoną symbolem PN, która może być wprowadzeniem normy europejskiej lub międzynarodowej. Jednocześnie, w ust. 3 zastrzeżono, iż stosowanie Polskich norm jest dobrowolne.

W zakresie Polskich Norm przenoszących normy europejskie znajduje zastosowanie również ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 215), która posługuje się pojęciem norm zharmonizowanych, czyli norm przyjętych przez jedną z europejskich organizacji normalizacyjnych wymienionych w załączniku I do dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego na podstawie wniosku sporządzonego przez Komisję zgodnie z art. 6 tej dyrektywy, której tytuł i numer zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 5 pkt 14 ww. ustawy w zw. z art. 2 pkt 9 rozporządzenia (WE) nr 765/2008). Zatem, normy zharmonizowane to normy opracowane przez europejskie jednostki normalizacyjne (CEN, CENELEC, ETSI) na podstawie mandatu udzielonego przez Komisję Europejską

i przyjmowane przez te jednostki zgodnie z ich procedurami wewnętrznymi. W polskim systemie prawnym przeniesienie norm europejskich do systemu Polskich Norm następuje w oparciu o tryb przewidziany w art. 13 ust. 3 ww. ustawy. Prezes Polskiego Komitetu Normalizacyjnego ogłasza dwa razy w roku, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, numery i tytuły norm zharmonizowanych wraz z tytułami aktów prawnych wdrażających dyrektywy nowego podejścia i danymi dotyczącymi miejsca ich publikacji, a także informacje o ogłoszonych przez Komisję Europejską okresach przejściowych stosowania domniemania zgodności i ostrzeżeniach dotyczących ograniczenia domniemania zgodności, według stanu na dzień 30 czerwca i dzień 31 grudnia każdego roku. Zawarte w obwieszczeniu zharmonizowane Normy Polskie posiadają oznaczenie PN-EN. Należy zaznaczyć, iż użyte w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a pojęcie „Polskie Normy przenoszące normy europejskie” odnosi się właśnie do tych norm ujętych w obwieszczeniu Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego wydanego na podstawie art. 13 ust. 3 ww. ustawy.

Stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku braku możliwości zastosowania w opisie przedmiotu zamówienia odniesienia do Polskich Norm przenoszących normy europejskie, zamawiający może zastosować kolejny system referencji technicznych, zgodnie z kolejnością przyjętą przez ustawodawcę (art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. b-g ustawy Pzp). Natomiast, w przypadku braku lub nieadekwatności Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający ma możliwość skorzystania z systemów krajowych przewidzianych w art. 101 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku, zamawiający tworzy opis przedmiotu zamówienia uwzględniając w kolejności:

- 1) Polskie Normy,
- 2) krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1213),
- 3) polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw,
- 4) krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.

Ad 3. Wybierając mieszany sposób opisu przedmiotu zamówienia zamawiający może użyć wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności, a także cech materiałów, produktów i usług. Stosując sposób opisany w art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający formułuje opis poprzez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie – do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w zakresie wybranych cech. Natomiast, drugi wariant ujęty w art. 101 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zakłada opisanie przedmiotu zamówienia przy użyciu wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, a przywołane w opisie systemy referencji technicznych stanowią środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.

Stosownie do art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne". Należy zaznaczyć, iż powyższy obowiązek dopuszczenia równoważności będzie znajdował również zastosowanie przy mieszanym sposobie opisu przedmiotu zamówienia określonym w art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Przepis art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, odmiennie niż art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, nie wymaga określenia kryteriów równoważności ani wskazania w opisie norm równoważnych.

Jednocześnie należy podkreślić, iż w myśl art. 101 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, w przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do:

- norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca może zaoferować w ofercie rozwiązania nieodpowiadające wprost normom referencyjnym, ale w równoważnym stopniu spełniające wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia,
- wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca może zaproponować w ofercie rozwiązania równoważne, pod warunkiem że są one zgodne z normami (Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny) i spełniają one wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego, a zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o ile wykonawca udowodni, że oferowany przedmiot zamówienia rzeczywiście zawiera rozwiązania/cechy równoważne do tych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych względem tych wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem wykonawcy i musi być uwzględnione już w składanej ofercie. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 *VAR Srl i Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) przeciwko Iveco Orecchia SpA*, ECLI:EU:C:2018:568, *zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości, które są ustanowione w art. 10 owej dyrektywy, wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych (wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37). (...)*

Otóż takie sprawdzenie, jak i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby podmiot ten dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. (...)

Wynika z tego, że o ile podmiot zamawiający nie może pozwolić oferentom na udowodnienie równoważności oferowanych przez nich rozwiązań po złożeniu przez nich ofert, o tyle podmiot ów dysponuje uprawnieniami dyskrecjonalnymi przy określaniu środków, jakie mogą wykorzystać oferenci w celu udowodnienia tej równoważności w ich ofertach. Uprawnienie to należy jednak wykonywać w taki sposób, aby dopuszczone przez podmiot zamawiający środki dowodowe rzeczywiście pozwalały rzeczonemu podmiotowi dokonać użytecznej oceny przedłożonych mu ofert i aby środki te nie wykraczały poza to, co jest do tej oceny niezbędne, unikając przy tym, aby te środki dowodowe nie tworzyły nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję, co stanowiłoby naruszenie art. 34 ust. 2 dyrektywy 2004/17.

Zatem, za niedopuszczalne należy uznać badanie równoważności zaoferowanych rozwiązań po dokonaniu badania i oceny ofert, gdyż może stanowić niedopuszczalną zmianę treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy, na co wskazuje wprost przepis art. 101 ust. 5 i 6 ustawy Pzp uzależniając istnienie podstaw do odrzucenia oferty od udowodnienia przez wykonawcę w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 ustawy Pzp, że oferowany produkt istotnie zawiera rozwiązania równoważne do tych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia. Niewykazanie równoważności skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Jednocześnie, ustawodawca zastrzegł, iż podstawą do odrzucenia oferty nie może być wyłącznie stwierdzenie, że zaproponowane rozwiązanie nie odpowiada opisanej w opisie przedmiotu zamówienia normie (art. 101 ust. 5 ustawy Pzp) czy parametrom wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 6 ustawy Pzp), o ile wykonawca ostatecznie udowodni, że proponowane przez niego rozwiązanie jest równoważne.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2022 r., sygn. akt KIO 2257/22.

W wyroku z dnia 13 września 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: *czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie parametru oferowanej nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego „Starzenie (skala szarości): ≥ 4 ” nie naruszała przepisów ustawy Pzp.*

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający w okolicznościach sprawy obowiązany był ustanowić w postanowieniach SWZ parametry minimalne dotyczące oferowanych rozwiązań równoważnych. Podkreślić należy, iż przepis art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, odmiennie niż art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, nie wskazuje konieczności określenia kryteriów równoważności ani imiennego wskazania norm równoważnych, lecz jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanym oraz użycia określenia "lub równoważne", czemu Zamawiający dał wyraz w postanowieniu punktu 4.2 SWZ.

Po drugie, za niezrozumiałe Izba uznała stanowisko Odwołującego, który twierdził, że zaoferował rozwiązanie równoważne opisanemu w SWZ, podczas gdy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie wprost odnosi się do normy PN-EN 14877:2014-02, na którą powołał się Zamawiający. Co więcej, okoliczność, iż Zamawiający zaostrzył parametr dotyczący „Starzenia (skala szarości)” określając go na poziomie ≥ 4 , podczas gdy norma określa minimalną, dolną granicę ww. parametru na poziomie ≥ 3 oznacza, że omawiany parametr nawierzchni poliuretanowej stanowił wymóg bezwzględny, określony na wyższym poziomie niż wynikający z ww. normy. Tym samym istotą niniejszego sporu zdaniem Izby nie była kwestia, czy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie było równoważne do opisanego w specyfikacji za pomocą normy PN-EN 14877:2014-02, ponieważ Odwołujący nie powołał się na spełnienie innej normy równoważnej, lecz kwestia spełnienia parametru wymaganego przez Zamawiającego niejako niezależnie od normy, lepszego, określonego na wyższym poziomie, jednocześnie niesprzecznego z normą. Uwzględniając powyższe, skoro złożony przez Odwołującego raport z badań dotyczący nawierzchni C. koloru czerwonego w zakresie parametru dotyczącego Starzenia wskazuje wynik 3, a Zamawiający rzeczony parametr określił na poziomie ≥ 4 , to oferta Odwołującego jest wprost i jednoznacznie niezgodna z treścią specyfikacji warunku zamówienia. Spełnienia ww. parametru na poziomie określonym przez Zamawiającego nie potwierdza także oświadczenie producenta oferowanej nawierzchni z dnia 26 maja 2022 r. Co więcej, Odwołujący w toku rozprawy nie twierdził i nie próbował wykazać, że oferowana nawierzchnia boiska wielofunkcyjnego dla parametru Starzenie (skala szarości) osiąga wynik 4.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2023 r., sygn. akt KIO 695/23.

Natomiast, odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż oferta przystępującego jest ofertą równoważną, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: *problemem z podzieleniem tego stanowiska jest fakt, że dopiero w postępowaniu odwoławczym przystępujący złożył dowód (oświadczenie producenta urzędzeń LG z dnia 22.03.2023 r.), z którego wynika, że zaoferowane urządzenia są identyczne i równoważne urządzeniom wskazanym w projekcie budowlanym zamawiającego, zaś zmiana parametrów wynika z topologii wyznaczania parametrów technicznych przez Eurovent na przestrzeni ostatnich trzech lat. Nie można jednak pominąć, że zgodnie z art. 101 ust. 5 p.z.p. (co zamawiający powtórzył w pkt 20 rozdziału II SWZ) udowodnienie, że złożono ofertę o cechach równoważnych do dokumentacji zamówienia następuje w złożonej ofercie, ergo to ze złożoną ofertą wykonawca powinien przedłożyć ww. oświadczenie*

producenta, że jego karty katalogowe, z innymi parametrami niż wymaganymi w warunkach zamówienia, dalej spełniają wymagania zamawiającego (czyli, że są to nominalnie te same urządzenia, tylko doszło do zmiany wyznaczania parametrów, więc ich wartość uległa zmianie).

Wykonawca, który składa ofertę na urządzenia równoważne, ma dodatkowe obowiązki złożenia zamawiającemu wraz z ofertą dowodu, na podstawie którego można stwierdzić, że cechy oferowanego urządzenia są nie gorsze niż rozwiązanie wzorcowe określone w SWZ. Jak trafnie podnosi się w doktrynie „Obowiązkiem wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych przez zamawiającego jest wykazanie, że w równoważnym stopniu spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta taka powinna zostać potraktowana jako zgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu pozostaje po stronie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (wyr. KIO z dnia 23.04.2015 r., KIO 709/15, Legalis)” (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis).

Przystępujący złożył ofertę z kartami katalogowymi klimatyzatorów zewnętrznych o parametrach wprost niezgodnych z projektem budowlanym i żadnego dowodu, że parametry te są nie gorsze, niż wymagane przez zamawiającego. Zamawiający nie miał więc podstawy do zbadania i uznania, że zaoferowano urządzenia są faktycznie równoważne. Natomiast skoro nie dopełniono obowiązku wynikającego z art. 101 ust. 5 p.z.p. na etapie składania ofert, to takie wykazywanie obecnie jest spóźnione.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1696/24.

Ponadto, w kontekście art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 101 ust. 4 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż: *W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający w treści dokumentacji opisał przedmiot zamówienia powołując się na rozwiązanie referencyjne, wynikające z dokumentacji projektowej, dopuszczając jednocześnie rozwiązania równoważne wskazując dopuszczalną tolerancję parametrów.*

Izba stwierdziła, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie uwzględnił, jednakże istotnych okoliczności, które mają decydujący wpływ na zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Izba zdaje sobie sprawę, iż każdy zamawiający organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego chciałby nabyć produkty czy usługi, które byłyby najlepsze z dostępnych na rynku, odpowiadające zapotrzebowaniu zamawiającego w jak najwyższym stopniu. Trzeba jednak pamiętać, że wysoki poziom dostaw, usług, robót budowlanych, ponosi za sobą ryzyko związane z wysoką ceną. Zamawiający zatem zmuszony jest do wyważenia opisu przedmiotu zamówienia pomiędzy jakością a ceną. Oczywistym jest, że istnieje możliwość premiowania rozwiązań najlepszych, chociażby poprzez kryteria oceny ofert, niemniej konieczne jest w tym względzie zachowanie odpowiedniej proporcjonalności, która uwzględni korzystny bilans dla zamawiającego.

Zachowanie powyższych zasad musi również uwzględniać zachowanie uczciwej konkurencji, tzn. nie może w sposób nieuzasadniony dyskryminować wykonawców z możliwości udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia musi mieć na uwadze różnorodność produktów dostępnych na rynku. Tym samym, aby zachować ww. zasady, konieczne jest dokonanie takiego opisu, który umożliwi złożenie oferty przez przynajmniej dwóch wykonawców, reprezentujących dwóch różnych producentów.

W okolicznościach przedmiotowego postępowania, w ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia pozwala na złożenie oferty przez wykonawców oferujących produkty inne niż referencyjne, tj. produkty równoważne. Dowody złożone przez zamawiającego polegające na oświadczeniu projektanta wraz z załączeniem wydrukowanych z Internetu kart katalogowych trzech producentów nie były wystarczające do przyjęcia twierdzenia, że dokumentacja zamawiającego dopuszcza rozwiązania równoważne. Dlatego też Izba, dowody złożone przez zamawiającego uznała za niewystarczające, niepotwierdzające okoliczności, na które zostały złożone. Odwołujący, w kontrze do dowodów zamawiającego, złożył trzy bloki dokumentów wraz z podsumowaniem, które stanowiły wyliczenia parametrów świetlnych oferowanych przez trzech różnych producentów opraw (co istotne tożsamych trzech producentów, na które wskazywał w swoim dowodzie zamawiający), z których w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że opisany przez zamawiającego sposób równoważności uniemożliwia złożenia oferty przez wykonawcę chcącego zaoferować rozwiązanie równoważne. Izba uznała ten dowód odwołującego za miarodajny i przesądzający zasadność podniesionych zarzutów odwołania. Co istotne zamawiający na rozprawie nie był w stanie zaprzeczyć wynikom analiz przedstawionych przez odwołującego, co jednoznacznie wskazuje na wadliwość dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

W wyniku powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający dokonując takiego opisu naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.

Praktyka kontroli

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 sierpnia 2021 r., znak: KU/100/21, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot modernizację instalacji do sortowni odpadów – dostawę i montaż maszyn. Z informacji o wyniku kontroli:

W trakcie prowadzonej kontroli, pismem z dnia 21.07.2021 r. zamawiający poproszony został m.in. o udzielenie wyjaśnień poprzez wskazanie, czy opisał przedmiot zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 101 ust. 4 ustawy Pzp? Jeśli tak, czy dopuścił rozwiązania równoważne opisywanym, zgodnie z ww. przepisem?

Odpowiadając na ww. pytanie, w piśmie z dnia 28.07.2021 r. zamawiający wskazał, iż: „Szereg elementów przedmiotu zamówienia zostało opisane w sposób określony w art. 101 ust. 4 PZP. Dla wszystkich kluczowych elementów przedmiotu zamówienia dopuszczono wyraźnie zastosowanie rozwiązań równoważnych. W kilku miejscach opis szczegółowych, nieistotnych z punktu widzenia wartości zamówienia i konkurencji między wykonawcami, elementów przedmiotu zamówienia nie zawiera wyrazów „lub równoważny”. Dotyczy to: krążników i przygotowania powierzchni do malowania (str. 144), oświetlenie i instalacje uziemiająco - odgromowe (str. 210), sieci i instalacje teletechniczne (str.217). Był to wynik zwykłej omyłki bez praktycznego znaczenia dla ograniczenia konkurencji. Według posiadanych przez Zamawiającego informacji w praktyce powszechnie stosowane na rynku urządzenia i rozwiązania spełniają wskazane normy i nie występuje możliwość stosowania rozwiązań równoważnych. W szczególności obowiązek stosowania Polskich Norm dla oświetlenia w miejscu pracy jest obowiązkiem określonym w przepisach prawa powszechnie obowiązującego tj. § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 26 września 1997 roku w sprawie ogólnych warunków bezpieczeństwa i higieny pracy. Kwestia ta nie budziła też kontrowersji potencjalnych wykonawców. Gdyby wykonawca zwrócił się o wyjaśnienie w tym zakresie Zamawiający dokonałby zmiany SWZ poprzez dodanie słów „lub równoważny”, a gdyby złożono ofertę przewidującą dostawę urządzeń równoważnych, oferta ta podlegałaby ocenie, zgodnie z art. 101 ust. 5 i 6 PZP.”

Mając na uwadze powyższe podkreślić należy, iż zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający obowiązany jest wskazać, opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz

ust. 3 ustawy Pzp, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

W tym miejscu należy podkreślić, iż zamawiający realizuje obowiązek wynikający z treści ww. przepisu, gdy sporządza opis w ten sposób, że przywołanej w opisie konkretnej normie (innemu systemowi referencji technicznej, itp.) towarzyszy określenie „lub równoważny”.

Jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego pismem z dnia 28.07.2021 r., które znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji kontrolowanego postępowania, formułując opis niektórych elementów przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do norm, zamawiający zaniechał użycia sformułowania „lub równoważny”. Powyższe zaniechanie stanowi naruszenie dyspozycji art. 101 ust. 4 ustawy Pzp.

Ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

1.6. Opis dotyczący robót budowlanych.

W art. 7 pkt 21 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Tym samym ww. definicja podkreśla, iż roboty budowlane mogą zostać wykonane w jednym z wyżej wymienionych wariantów.

Należy podkreślić, że każdy z ww. dokumentów powinien zostać sporządzony w odmienny sposób, gdyż dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz program funkcjonalno-użytkowy stanowią niezależne od siebie opracowania. Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia ww. dokumentację zawierającą opis przedmiotu zamówienia np.: w formie papierowej lub w formie elektronicznej w postaci plików komputerowych w formacie PDF.

W rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454) określono, że zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, biorąc pod uwagę tryb udzielenia zamówienia oraz wymagania dotyczące postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikające z ustawy z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.), dalej: „Prawo Budowlane”.

Zamawiający powinien przeprowadzić analizę w zakresie procedury, w której będzie przeprowadzane postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jak również warunki, jakie należy spełnić przed zainicjowaniem czynności związanych z budową danego przedsięwzięcia.

Opis przedmiotu zamówienia w formule „Wybuduj”

W formule Wybuduj zamawiający sporządza opis przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Warto nadmienić, że w tym wypadku oferta wykonawcy powinna w pełni zawierać wymagania, które zamawiający określił w dokumentacji udostępnionej w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Opis przedmiotu zamówienia jako projekt budowlany

Warto nadmienić, że w sytuacji, gdy dana inwestycja wymaga pozwolenia na budowę, zamawiający powinien przygotować dokumentację projektową w postaci projektu budowlanego, który będzie zawierał opis przedmiotu zamówienia. Jednakże, przepisy ustawy Prawo Budowlane wskazują pewne warunki formalne, które powinien zawierać Projekt budowlany m.in. powinien określać rodzaj i zakres robót budowlanych. Ponadto, jedynie projektant posiadający w wymaganym zakresie uprawnienia może taki

projekt sporządzić. Zgodnie z treścią art. 20 ust. 1 pkt 1a i 1aa ustawy Prawo Budowlane Projektant jest zobowiązany do zagwarantowania udziału w opracowaniu projektu budowlanego osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez ww. osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektu budowlanego, oraz zapewnienie zgodności projektu technicznego z projektem zagospodarowania działki lub terenu oraz projektem architektoniczno-budowlanym. W regulacji art. 34 ustawy Prawo Budowlane, a także przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 34 ust. 6 ustawy Prawo Budowlane ujęto wymagania dotyczące projektu budowlanego.

Kolejnym opracowaniem składającym się na dokumentację projektową jest projekt wykonawczy. Omawiany projekt będzie pomocny do opracowania przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, zapisów oferty wykonawcy, a następnie wykonania czynności budowlanych.

Na projekt wykonawczy składają się pewne opracowania techniczno-graficzne, które to przedstawiają rysunki w wymaganej skali, a także pisemne uzasadnienie w zakresie części obiektu, rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych, szczegółów architektonicznych oraz urządzeń budowlanych, sieci uzbrojenia terenu, instalacji i wyposażenia technicznego. Celem sporządzenia projektu wykonawczego jest zorganizowanie terenu pod budowę tj.: rozpoczęcie robót budowlanych związanych ze stworzeniem kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, włącznie z robotami wykończeniowymi w zakresie obiektów budowlanych; czynności w zakresie instalacji budowlanych; robót związanych z zagospodarowaniem terenu. Zamawiający sporządzając projekt budowlany jest zobowiązany do wypełnienia warunków formalnych.

Opis przedmiotu zamówienia jako przedmiar robót

Kolejnym dokumentem stanowiącym również dokumentację projektową, a w którym zamawiający określa opis przedmiotu zamówienia jest przedmiar robót. Przedmiar robót przedstawia zakres zaplanowanych do realizacji czynności budowlanych oraz objaśnienie o charakterze technicznym, jak należy je zrealizować na danej inwestycji wraz ze wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także z obliczeniem i zestawieniem liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Opis przedmiotu zamówienia dla przedsięwzięć, które nie wymagają wydania decyzji pozwolenia na budowę

W praktyce budowlanej również występują przedsięwzięcia, które nie wymagają uzyskania projektu budowlanego, w związku z powyższym dokumentacja projektowa przybiera inną formę np.: planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania, przedmiaru robót, projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Opis przedmiotu zamówienia jako Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych również pełnią funkcje opisu przedmiotu zamówienia, lecz należy je odróżnić od dokumentacji projektowej. Ww. specyfikacje w swojej treści zawierają zakres wymagań, które wskazują na standardy i jakości realizacji robót, metodę wykonania robót budowlanych, specyfikę wyrobów budowlanych oraz analizę odpowiedniego przeprowadzenia poszczególnych robót. Zawartość specyfikacji sporządzana jest w odniesieniu do stopnia złożoności robót budowlanych. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych zawierają również specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót o charakterze podstawowym, rodzaje robót zgodnie z zachowaną systematyką lub grupą robót.

Opis przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i wybuduj”

Program funkcjonalno-użytkowy jest niezmiernie istotnym dokumentem do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i wybuduj”.

Opis przedmiotu zamówienia jako Program funkcjonalno-użytkowy

Mając na uwadze treść art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

W programie funkcjonalno-użytkowym zamawiający wyszczególnia przewidywane koszty przyszłych czynności projektowych i budowlanych, sporządzenia oferty m.in. w zakresie wyliczenia ceny oferty.

W poniższej uchwale Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła opinię, jaką treść powinien zawierać program funkcjonalno-użytkowy oraz w jakim przypadku winien być sporządzony:

Istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji zamówienia, udzielanego w formule «zaprojektuj i wybuduj» ma jednak takie sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, który jest jedynym wyrazem potrzeb Zamawiającego, aby z jego części opisowej wynikało możliwie jak najdokładniejsze opisanie potrzeb, wymogów i oczekiwań zamawiającego. Wytyczne w zakresie elementów niezbędnych, które winny znaleźć się w programie funkcjonalno-użytkowym, znajdują się w § 18 DokProjRobBudR. Przepis ten stanowi bezpośrednie nawiązanie do art. 31 ust. 2 PZP z 2004 r. [obecnie art. 103 ust. 2 PZP], poprzez uszczegółowienie, co musi zawierać część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego, a więc część, która de facto stanowi opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Wskazane w § 18 DokProjRobBudR elementy części opisowej, zostały uznane przez prawodawcę za wystarczające do właściwego określenia przedmiotu zamówienia, tj. w sposób umożliwiający wykonawcom przygotowanie oferty uwzględniającej oczekiwania zamawiającego. W zakresie dotyczącym opisowej części programu funkcjonalno-użytkowego ma zastosowanie również ogólna zasada wynikająca z art. 29 ust. 1 i 2 PZP2004 [obecnie art. 99 ust. 1 i 4 PZP], z której wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.²⁹

W tym miejscu warto również przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która zajęła w nim stanowisko w zakresie charakteru tego dokumentu oraz dopuszczalności dokonywania zmian zapisów programu funkcjonalno-użytkowego przed dniem, w którym nastąpi otwarcie ofert złożonych w postępowaniu: *PFU stanowi istotny, wręcz zasadniczy dokument opisujący przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Załącznik ten, tak jak cała SIWZ, jest wiążącym dokumentem w postępowaniu. Zamawiający nie jest uprawniony uznać na etapie oceny ofert, że niektóre elementy PFU nie obowiązują. Powyższe działanie Zamawiającego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszelkie konieczne zmiany w treści PFU powinny być dokonane przez Zamawiającego przed terminem składania ofert.³⁰*

Zgodnie z treścią art. 103 ust. 2 ustawy Pzp, gdy założeniem jest zrealizowanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i Wybuduj”, opis przedmiotu zamówienia sporządzany jest na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, tj. PFU. W rezultacie, wykonawcy są zobowiązani do składania ofert zgodnie z wymaganiami w pełni odpowiadającymi zapisom PFU m.in. w odniesieniu do jakości i funkcjonalności. Należy mieć również na uwadze, iż specyfika tego rodzaju inwestycji polega na powierzeniu wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej, a następnie po jego sporządzeniu będą dokonywane czynności budowlane.

²⁹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 42/18.

³⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 880/18.

Opis przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” posiada wyłącznie charakter ogólny. Tym samym, wiele elementów składających się na jego realizację zostanie skonkretyzowanych dopiero na etapie przygotowania koncepcji czy też prac projektowych. Powyższe z jednej strony daje większą swobodę wykonawcy w zakresie doboru zastosowanych przez niego rozwiązań. Natomiast, po stronie zamawiającego istnieje obowiązek stworzenia jednoznacznych i wyczerpujących postanowień SWZ, w tym PFU oraz wytycznych. Należy podkreślić, że wykonawcy powinni opierać się na wytycznych, które zostały ujęte w dokumentach przygotowanych i przekazanych w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym, w sytuacji, gdy wykonawca oprze się na wszelkich koncepcjach wskazanych w dokumentach, jego oferta pozostaje w zgodzie z warunkami zamówienia.

Nie należy jednak pomijać faktu, że specyfika inwestycji w oparciu o „Zaprojektuj i Wybuduj” sprowadza się do powierzenia wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej po zawarciu umowy, a zatem dokumentacja projektowa nie istnieje na etapie przeprowadzania czynności związanych z oceną ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia powinien mieć na uwadze fakt, iż szczegółowe rozwiązania w zakresie czynności niezbędnych do wykonania w kontekście poszczególnych obiektów wynikać będą z opracowanej przez wykonawcę dokumentacji projektowej.

Oznacza to, iż dokumentacja przygotowana przez zamawiającego, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia dla inwestycji w trybie „Zaprojektuj i Wybuduj” nie powinna być w żadnym wypadku traktowana jako wiążące źródło wiedzy w zakresie spoczywającego na wybranym wykonawcy zobowiązania. Należy jednoznacznie stwierdzić, że w omawianym przypadku zamawiający nie posiada możliwości, aby precyzyjnie wymienić czynności składające się na zamknięty katalog prac, co jest konsekwencją formuły „Zaprojektuj i wybuduj”.

Mając na uwadze powyższe, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” może zdecydować się na odmienne założenia projektowe. Jednakże należy mieć na uwadze fakt, iż rozwiązania projektowe określone przez wykonawcę w żadnym wypadku nie mogą być dowolnie wybrane na etapie składania oferty, gdyż w postępowaniu zaistniałby stan braku „porównywalności ofert”. Koncepcje projektowe przedstawione w ofercie wykonawcy w ramach formuły „Zaprojektuj i Wybuduj” muszą być poparte zapisami zawartymi w dokumentach zamówienia, na które składa się m.in. Program Funkcjonalno-Użytkowy oraz wytyczne branżowe. Natomiast, zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia w sposób przejrzysty opisu parametrów w PFU oraz wytycznych, które w żadnym wypadku nie powinny zostać pominięte, ani zmienione przez wykonawcę. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest do zawarcia w swojej ofercie wszelkich założeń wskazanych przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W wyroku z dnia 15 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 1003/24, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do kwestii charakteru treści materiałów udostępnianych przez Zamawiającego w formule „Zaprojektuj i Wybuduj”, a także założeń projektowych wskazanych w ofertach przez Wykonawców: *Wracając jeszcze raz do argumentu zastosowanej przez zamawiającego w postępowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj”, można było stwierdzić, że mogą powstać różne, konkurujące względem siebie koncepcje wykonania zamówienia. Tym samym stanowisko zaprezentowane przez odwołującego nie było więc jedynym możliwym do rozważenia, a na pewno nie można było nadać mu prymatu względem innych koncepcji. (...) Ponadto Koncepcja Programowa zgodnie z postanowieniami PFU oraz odpowiedzią na pytanie udzieloną w ramach wyjaśnień z dnia 27 października 2023 r., nie była dokumentem wiążącym (poza posadowieniem ekranów – PFU 1.2 ppkt 4). Wykonawcy otrzymali Koncepcję Programową jedynie w celach poglądowych i mogli ją wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko, a rozwiązania projektowe przyjęte w Koncepcji Programowej nie były obligatoryjne (np. w zakresie konstrukcji obiektów). Tym samym założenia zawarte w odwołaniu odnoszące się do jakichkolwiek rozwiązań projektowych zawartych w Koncepcji Programowej jako rozwiązań wiążących dla wykonawców należało uznać za nieprawidłowe.*

Zamawiający powinien mieć na uwadze, iż wybór formuły realizacji zamówienia publicznego wpływa na etap realizacji zamówienia, jak również etap przygotowania ofert przez potencjalnych wykonawców. W przypadku zamówień, w których roboty budowlane mają zostać zrealizowane w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” zakres informacji o przyszłej inwestycji, jaki otrzymuje wykonawca od zamawiającego dotyczący opisu przedmiotu zamówienia, jest znacznie ograniczony w porównaniu do opracowywanego w formule „Wybuduj”. Opierając się na powyższym, należy stwierdzić, że założenia planowanej inwestycji w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” są opracowane w odmiennych warunkach niż dla formuły „Wybuduj”.

2. Badanie zgodności ofert z przyjętym opisem przedmiotu zamówienia.

2.1. Przedmiotowe środki dowodowe.

W dziale II rozdziale 1 oddziale 5 ustawy Pzp zawarto przepisy dotyczące możliwości żądania przez zamawiającego przedłożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Dyspozycja art. 104 - 106 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, iż zawarcie w dokumentacji postępowania wymogu przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych należy do decyzji zamawiającego, podobnie jak zakres tych dowodów, chociaż podlega pewnym ograniczeniom wskazanym w art. 104 ust. 6 oraz art. 106 ustawy Pzp. Do katalogu przedmiotowych środków dowodowych zaliczamy:

1. etykiety, o których mowa w art. 104 ustawy Pzp,
2. certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, o których mowa w art. 105 ustawy Pzp,
3. inne niż wskazane w art. 104 i 105 ustawy Pzp przedmiotowe środki dowodowe, jeżeli są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Funkcją przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Stosownie do art. 106 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych tylko wtedy, gdy są niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz są związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto, żądanie przedmiotowych środków dowodowych musi uwzględniać zasadę proporcjonalności oraz nie może prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ad 1. Stosownie do art. 104 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez etykietę należy rozumieć każdy dokument, w tym zaświadczenie lub poświadczenie, który potwierdza, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają wymagania konieczne do uzyskania etykiety. Zatem, etykieta jest dokumentem potwierdzającym, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełnia określone standardy techniczne, jakościowe, środowiskowe, czy też społeczne, które warunkują przyznanie tej etykiety przez podmiot do tego uprawniony.

Etykieta może znaleźć zastosowanie zarówno przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, opisu kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, iż o ile sama etykieta opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi, to jej przywołanie w dokumentach zamówienia może ułatwić przygotowanie opisu oraz zidentyfikowanie produktów, procesów, które zawierają wymagane przez zamawiającego cechy.

Etykieta w rozumieniu art. 104 ust. 2 ustawy Pzp stanowi transpozycję do krajowego porządku prawnego art. 43 dyrektywy klasycznej. W motywie 75 preambuły ww. dyrektywy przywołano jeden typ etykiet, tj. europejskie oznakowanie ekologiczne, ekoetykiety krajowe i międzynarodowe. W tym kontekście należy wskazać, iż kilkanaście przykładów etykiet ekologicznych i społecznych zostało zawartych w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pn. *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i*

*środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.*³¹

Zgodnie z art. 104 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może ustanowić obowiązek legitymowania się przez wykonawcę posiadaniem określonej etykiety w każdym zamówieniu, w którym występują szczególne cechy środowiskowe, społeczne lub inne, czyli przy tzw. zamówieniach zrównoważonych. Nie ulega wątpliwości, iż etykieta powinna odnosić się właśnie do tych szczególnych cech zamówienia, dlatego w przypadku gdy wskazana w opisie przedmiotu zamówienia etykieta określa większą ilość cech niż są przez zamawiającego wymagane w danym postępowaniu to zamawiający wskazuje poszczególne wymagania tej etykiety, które są dla niego istotne.

Należy zaznaczyć, iż art. 104 ust. 1 ustawy Pzp uzależnia możliwość żądania od wykonawcy określonej etykiety, w celu wykazania zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami, od łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) wymagania etykiety mogą dotyczyć wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia. Pod pojęciem „wymagań etykiet” należy rozumieć wymogi, które dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura muszą spełniać, by uzyskać daną etykieta. Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek by wybrana jako przedmiotowy środek dowodowy etykieta była nie tylko związana z opisem przedmiotu zamówienia, ale również odpowiednia dla potwierdzenia oczekiwanych przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia;
- 2) wymagania etykiety są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach, co oznacza, że każdy wykonawca po spełnieniu niedyskryminujących kryteriów będzie mógł legitymować się taką etykietą. Za niedopuszczalne należy uznać żądanie takiego przedmiotowego środka dowodowego, który preferuje jakikolwiek produkt bądź grupę produktów, bez jednoczesnego wystąpienia obiektywnych przesłanek uzasadniających zastosowanie takich wymagań, np. żądanie przez zamawiającego dokumentu przyznawanego wyłącznie produktom pochodzącym z konkretnego regionu lub etykiety, której kryteria uzależniają jej przyznanie preferują lub dyskryminują określone obiekty budowlane, produkty, usługi, procesy lub procedury;
- 3) wymagania etykiety są opracowywane i przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- 4) etykiety oraz wymagania etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron. Powyższy warunek stanowi rozszerzenie zasady otwartości i przejrzystości zawartej w art. 104 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem dotyczy nie tylko procesu przygotowania etykiety i jej wymagań, ale również procesu jej upowszechniania. Zatem, dopuszczalne jest żądanie takiej etykiety, której wymagania (do jej uzyskania) są dostępne dla wszystkich zainteresowanych podmiotów;
- 5) wymagania etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykieta nie może wywierać decydującego wpływu. Powyższa przesłanka dotyczy gwarancji bezstronności przy uzyskiwaniu przez wykonawcę danej etykiety. Pojęcie „dominującego wpływu” należy rozumieć podobnie jak przy art. 4 pkt 3 i art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w przypadku, gdy dana etykieta spełnia przesłanki zawarte w art. 104 ust. 1 pkt 2-5 ustawy Pzp, ale określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia, to zamawiający nie może żądać tej etykiety. Jak wskazuje art. 104 ust. 6 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań etykiety lub, w razie potrzeby, do tych jej części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług. Zatem, zamawiający może przywołać w opisie

³¹ Kom.: publikacja dostępna na stronie internetowej Urzędu: <https://www.gov.pl/web/uzp/publikacje-z-obszaru-spoecznych-zamowien-publicznych2> w zakładce *Aspekty społeczne w nowym Prawie Zamówień Publicznych*.

przedmiotu zamówienia taką etykietę wyłącznie informacyjnie, tj. ze wskazaniem, które wymagania objęte jej zakresem nie mają zastosowania. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zobowiązany wykazać w ofercie posiadania takiej etykiety, chociaż może to uczynić, gdyż potwierdzając jej posiadanie, potwierdza równocześnie spełnienie tych jej wymagań, które są istotne dla zamawiającego w danym postępowaniu.

Przedmiotowe środki dowodowe, w tym etykietę, wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp). Z uwagi na różne sposoby oznakowania produktów i usług, poprzez załączenie etykiety do oferty należy rozumieć zamieszczenie w treści oferty informacji o posiadaniu przez obiekt budowlany, produkt, usługę, proces lub procedurę stosownej etykiety, przy zapewnieniu zamawiającemu możliwości zweryfikowania tych danych, np. na stronie internetowej wystawcy etykiety.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 104 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli wymagana jest określona etykieta, zamawiający akceptuje wszystkie etykiety potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania określonej przez zamawiającego etykiety. Zatem, zamawiający nie może poprzez postawienie wymogu przedłożenia określonej etykiety prowadzić do dyskryminacji produktów i usług oznaczonych innymi etykietami, jeżeli te produkty i usługi zostały oznaczone etykietami równoważnymi. Powyższy przepis umożliwia wykonawcy wykazanie za pomocą etykiet innych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, że oferowane roboty budowlane, usługi lub dostawy spełniają wymagania zamawiającego, także zamawiający może samodzielnie podać w dokumentach zamówienia jaką etykietę uważa za równoważną. Ponadto, stosownie do art. 104 ust. 5 ustawy Pzp, w przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonej przez zamawiającego etykiety lub równoważnej etykiety, zamawiający, w terminie przez siebie wyznaczonym, akceptuje inne odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego.

W opisanym przypadku nie wystąpią zatem podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Aby móc skorzystać z uprawnienia określonego w art. 104 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca musi wykazać, że nie może uzyskać wymaganej etykiety z przyczyn od niego niezależnych. Taka informacja powinna znaleźć się w treści złożonej oferty. Następnie, zamawiający wyznacza wykonawcy termin na przedłożenie innych odpowiednich środków dowodowych, np. specyfikacji technicznej producenta, przy czym ustawa nie zakazuje zamawiającemu wskazania, jakie inne dokumenty przedmiotowe zostaną przez niego zaakceptowane. Przedłożone przez wykonawcę inne przedmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzać, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez wykonawcę wykonane, spełniają wymagania zawartej w opisie przedmiotu zamówienia etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego, w tym te zawarte w wezwaniu. W przypadku braku udowodnienia, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ad 2. Kolejnymi wymienionymi w ustawie Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia są certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Uprawnienie zamawiającego do żądania ww. dowodów zawarto w treści art. 105 ust. 1 ustawy Pzp. Warunkiem skorzystania z możliwości żądania przedłożenia przez wykonawców certyfikatu lub sprawozdania z badań jest dokonanie przez zamawiającego stosownego opisu: wymagań, cech lub kryteriów dla opisu przedmiotu zamówienia,

kryteriów oceny ofert, bądź wymagań związanych z realizacją, które te środki dowodowe mają potwierdzać. Zatem, za niedopuszczalne należy uznać żądanie tych środków dowodowych od wykonawców w okolicznościach, gdy nie wskazano w sposób przejrzysty, jakie cechy, kryteria, wymagania – mają one potwierdzać.

Stosownie do art. 105 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). W art. 2 pkt 12 i 13 ww. rozporządzenia wskazano, że jednostka oceniająca zgodność to jednostka, która wykonuje czynności z zakresu oceny zgodności, w tym wzorcowanie, badanie, certyfikację i inspekcję, przy czym poprzez ocenę zgodności należy rozumieć proces wykazujący, czy zostały spełnione określone wymagania odnoszące się do produktu, procesu, usługi, systemu, osoby lub jednostki. Polskimi jednostkami spełniającymi powyższe wymagania są podmioty ujęte w wykazie Polskiego Centrum Akredytacji – państwowej osoby prawnej nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Należy zaznaczyć, iż Polskie Centrum Akredytacji jest jedyną krajową jednostką akredytującą wskazaną wprost w ww. rozporządzeniu, a więc jest to jedyny podmiot upoważniony do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie tego rozporządzenia. W myśl art. 2 pkt 10 ww. rozporządzenia, Polskie Centrum Akredytacji dokonując akredytacji jednostek oceniających zgodność, poświadczają, że te jednostki spełniają wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz wszelkie dodatkowe wymagania, w tym także określone w odpowiednich systemach sektorowych konieczne do realizacji czynności związanych z oceną zgodności.

Należy zaznaczyć, iż w przypadku gdy zamawiający wymaga złożenia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający zobowiązany jest również akceptować certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Użyte w art. 105 ust. 3 ustawy Pzp pojęcie „certyfikaty” należy utożsamiać z każdym zaświadczeniem wydanym przez uprawnioną jednostkę oceniającą zgodność, a nie tylko z certyfikatami sensu stricto. Zatem, zamawiający może żądać w dokumentacji zamówienia przedłożenia przez wykonawcę konkretnego zaświadczenia (certyfikatu/sprawozdania z badań) wydanego przez wskazaną imiennie jednostkę, jednakże wykonawca może w miejsce wymaganego przez zamawiającego dokumentu przekazać certyfikat lub sprawozdanie z badań wydane przez inną jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). W takim przypadku, zamawiający nie dokonuje oceny równoważności certyfikatu lub sprawozdania z badań, tylko akceptuje od względem formalnym taki dokument. Zatem, mamy tutaj do czynienia z odmienną procedurą niż przy etykietach (art. 104 ustawy Pzp) i normach (art. 101 ustawy Pzp). Powyższe wynika z faktu, iż równoważne w rozumieniu art. 105 ust. 3 ustawy Pzp są jednostki oceniające zgodność, a nie same certyfikaty i sprawozdania z badań. Krajowe jednostki oceniające zgodność zostały ujęte w wykazie dostępnym na stronie internetowej Polskiego Centrum Akredytacji, natomiast do wykazu jednostek oceniających zgodność z innych państw członkowskich Unii Europejskiej można dotrzeć za pośrednictwem strony internetowej European Co-operation for Accreditation – organizacji zrzeszającej krajowe jednostki akredytacyjne państw członkowskich Unii Europejskiej.

Stosownie do art. 105 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć inne przedmiotowe środki dowodowe niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, jeżeli z przyczyn obiektywnych wykonawca nie ma dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek akceptowania tych innych dowodów, pod warunkiem, że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia. Preferowanym środkiem dowodowym wynikającym z art.

105 ust. 4 ustawy Pzp jest dokumentacja techniczna producenta, jednakże wykonawca może przedłożyć również inne dokumenty potwierdzające, że realizowane przez wykonawcę roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania zamawiającego. Należy zaznaczyć, iż wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach zamawiający może uznać oświadczenie wykonawcy (producenta) jako równoważne certyfikatowi lub sprawozdaniu z badań jednostek oceniających zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt KIO 248/16, w przywołanym postanowieniu SIWZ Zamawiający odwołał się do przepisów Rozporządzenia w sprawie deklarowania zgodności. Rozporządzenie to zawiera legalną definicję krajowego certyfikatu zgodności. Zgodnie z § 2 ust. 3 krajowy certyfikat zgodności to dokument wymagany do wydania krajowej deklaracji zgodności, wydany w trakcie oceny zgodności przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby, potwierdzającą, że wyrób budowlany i proces jego wytwarzania są zgodne ze specyfikacją techniczną tj. Polską Normą wyrobu, niemającą statusu normy wycofanej lub aprobatą techniczną. Dalej w § 7 przywołanej regulacji ustawodawca określił wymagania co do treści certyfikatu. Z kolei w § 4 przywołanego rozporządzenia ustawodawca wskazał, że producent wyrobu budowlanego poprzez wystawienie krajowej deklaracji zgodności oświadcza, na swoją wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną. Nie ulega więc, w ocenie Izby, wątpliwości, że ustawodawca w Rozporządzeniu w sprawie deklarowania zgodności posługuje się dwoma odmiennymi rodzajami dokumentów (tj. krajowa deklaracja zgodności oraz krajowy certyfikat zgodności). Nie ulega również, w ocenie Izby, wątpliwości, że w pkt 7.4.5 SIWZ Zamawiający odwołał się wyłącznie do jednego w powyższych dokumentów tj. do krajowego certyfikatu zgodności. Wynika to z literalnej wykładni spornego zapisu. Oznacza to, iż wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą dokument, którego legalna definicja została zawarta w Rozporządzeniu w sprawie deklarowania zgodności. Dokument ten umożliwiał oznaczenie oferowanych produktów znakiem budowlanym. Zapisy więc SIWZ nie budzą w ocenie Izby wątpliwości interpretacyjnych w powyższym zakresie. Dalej rozstrzygnięcia wymagało czy krajowa deklaracja zgodności może być uznana za dokument równoważny do krajowego certyfikatu zgodności. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia równoważności ww. dokumentów, zaś sam Odwołujący nie przywołał żadnych zasadnych argumentów, które pozwoliłyby Izbie na przyjęcie jego twierdzeń za prawdziwe. Wskazać w tym zakresie należy, że opis warunków udziału w postępowaniu nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, do którego ma zastosowanie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Żadna norma prawna nie nakłada na zamawiającego zakazu opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez posłużenie się nazwami własnymi czy też dopuszczenie możliwości powoływania się na dokumenty równoważne. Skoro tak, to tym bardziej brak jest przepisu zobowiązującego zamawiającego do określenia zasad równoważności. Podkreślić jednakże należy, że racjonalnie działający zamawiający powinien wskazać elementy równoważności dopuszczając możliwość powoływania się na dokumenty równoważne na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie w tym zakresie nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Jednakże opisanie zasad równoważności może uchronić zamawiających przez zarzutem arbitralnej i nieobiektywnej oceny dokumentów składanych przez poszczególnych wykonawców.

Za bezsporne uznać należy, że w omawianym stanie faktycznym Zamawiający zaniechał wskazania elementów równoważności, poprzestając na stwierdzeniu „lub równoważne”. Jednakże brak określenia tych elementów nie legitymizuje dowolności wykonawców w określeniu parametrów równoważności, czego domaga się Odwołujący. Oceniając równoważność winno się mieć na uwadze przedmiot zamówienia, uwarunkowania prawne oraz obiektywne potrzeby zamawiającego związane z realizacją zamówienia.

Zaś Odwołujący jako podmiot powołujący się na równoważność złożonych dokumentów winien wykazać, że mając na uwadze powyższe elementy, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak Izba wskazała powyżej, Rozporządzenie w sprawie deklarowania zgodności zawiera definicję legalną krajowego certyfikatu zgodności. Wynika z niej m.in. iż certyfikat ten jest wydawany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, a więc podmiot niezależny od producenta. Z kolei krajowa deklaracja zgodności to dokument, w którym producent oświadcza na swoją wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną. Odmiennosc podmiotu wydającego powyższe dwa dokumenty stanowi przeszkodę do uznania je za dokumenty równoważne. Dokument bowiem równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie. Nie sposób przyjąć, iż deklaracja zgodności jest dokumentem równoważnym do certyfikatu zgodności, w sytuacji, gdy dokument ten wystawiony jest przez producenta, nie zaś przez niezależną jednostkę zewnętrzną, z czym mamy do czynienia w przypadku krajowego certyfikatu zgodności. Podkreślić należy za Zamawiającym, że reduktory będące przedmiotem zamówienia są bardzo ważnym elementem bezpieczeństwa w dostawie gazu do budynków. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia istotnym z punktu widzenia Zamawiającego jest zapewnienie odbiorcom paliwa gazowego, poprzez stosowanie wysokiej jakości produktów. Dlatego też za obiektywnie uzasadniony uznać należy wymóg Zamawiającego legitymowania się przez wykonawców krajowym certyfikatem zgodności wydanym przez niezależną jednostkę akredytowaną, która w sposób obiektywny i profesjonalny potwierdza jakość oferowanych przez wykonawców produktów. W omawianym stanie faktycznym przyjęcie równoważności pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności oraz krajową deklaracją zgodności niweczyłoby dążenie Zamawiającego do obiektywnego potwierdzenia jakości oferowanych produktów. Nie można bowiem przypisać równej wartości, znaczenia dokumentom pochodzącym od dwóch tak odmiennych podmiotów. Przyjęcie interpretacji zaproponowanej przez Odwołującego stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym. Wszyscy bowiem wykonawcy, z wyjątkiem Odwołującego, kierując się treścią SIWZ oraz regulacjami prawnymi ponieśli dodatkowe koszty związane z uzyskaniem krajowego certyfikatu zgodności, co miało wpływ na ostateczną cenę złożonych ofert. Odwołujący zaś prezentując korzystną dla siebie interpretację „równoważności” dokumentów kosztów takich uniknął, a tym samym miał możliwość zmniejszenia w sposób niezasadny kosztów realizacji zamówienia. (...)

Podnoszona przez Odwołującego w treści odwołania prawna niemożliwość uzyskania krajowego certyfikatu zgodności dla oferowanych reduktorów nie została w żaden sposób Izbie wykazana. Niemożliwość ta nie wynika z żadnego postanowienia Rozporządzenia w sprawie deklarowania zgodności, zaś jak słusznie wskazał Zamawiający, możliwość uzyskania certyfikatu wynika chociażby z art. 6 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności (Dz.U.2015.1918). Twierdzeniom Odwołującego zaprzeczają również dokumenty złożone przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, którzy wymagane krajowe certyfikaty zgodności złożyli. Taką możliwość, w ocenie Izby, ma również Odwołujący, jednakże musiałby poddać swoje produkty i proces ich wytwarzania ocenie jednostki akredytowanej i podnieść w związku z tym dodatkowe koszty.

Powyższe stanowisko Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął za własne, wskazując, iż nie można postawić znaku równoważności pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności a krajową deklaracją zgodności (wyrok z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 502/16).

Z uwagi na powyższe należy podkreślić, iż możliwość przedłożenia równoważnych przedmiotowych środków dowodowych tylko wtedy, gdy wykonawca w ofercie wykaże, że przyczyną braku złożenia certyfikatu lub sprawozdania z badań był brak dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań lub brak możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, przy czym brak ten nie mógł być przypisany temu wykonawcy. Zatem, tylko w przypadku wystąpienia obiektywnych okoliczności uzasadniających brak możliwości dostarczenia zamawiającemu żądanych certyfikatów lub sprawozdań z badań, wykonawca będzie mógł skorzystać z uprawnienia wymienionego w art. 105 ust. 4 ustawy Pzp.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1464/22.

Izba ustaliła, iż: odnosząc się do zarzutu 20n Izba stwierdziła, iż podstawa faktyczna zarzutu nie została skorelowana z żądaniem. Cały wywód Odwołującego, poza wskazaniem na obowiązujące przepisy i orzecznictwo, sprowadzał się do tego, że Zamawiający nie określił, jakich szczegółowych parametrów wymaga do potwierdzenia danym certyfikatem, a brak skonkretyzowania tych parametrów pozbawia Odwołującego pewności co do prawidłowości przedkładanych na potwierdzenie dokumentów technicznych i naraża się na uznaniową decyzję Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący nie wniósł o określenie przez Zamawiającego parametrów, jakich spełnienie należy wykazać certyfikatem/sprawozdaniem, lecz o usunięcie przedmiotowego wymogu. Takie działanie nie byłoby jednak uprawnione, ponieważ Zamawiający w świetle przepisów ustawy Pzp ma prawo żądać jako przedmiotowych środków dowodowych certyfikatów/sprawozdań jednostki potwierdzającej zgodność w celu wykazania, że urządzenie spełnia określone normy (w tym wypadku PN-EN 285 oraz PN-EN ISO 17655-1).

Zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. W taki właśnie sposób Zamawiający określił swoje wymaganie: żądając złożenia certyfikatu lub sprawozdania wykonanego przez uprawnioną zewnętrzną jednostkę potwierdzającą zgodność z ustalonymi wymaganiami. W ocenie Izby wymóg ten został określony w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a nadto zgodny z art. 105 ust. 1 ustawy Pzp i wskazywał, co potwierdzać ma certyfikat/sprawozdanie z badań - zgodność budowy i działania sterylizatora z normami PN-EN 285 oraz PN-EN ISO 17655-1. Odwołujący nie wskazał, dlaczego powyższe nie daje mu możliwości ustalenia, co ma być potwierdzone certyfikatem/sprawozdaniem, skoro Zamawiający odesłał w treści wymagania bezpośrednio do dwóch norm. Możliwość opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą norm wynika wprost z art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak jest obowiązku określania w takich przypadkach szczegółowych kryteriów równoważności do powołanych w OPZ norm. Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z art. 101 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający z mocy ustawy, zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy Pzp będzie zobowiązany zaakceptować odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia. Powyższe regulacje wzmacniają pozycję wykonawcy w postępowaniu, zabezpieczając go przed nieuzasadnionym odrzuceniem jego oferty. Dodatkowo Izba stwierdziła, że w zasadzie cała argumentacja prezentowana przez Odwołującego w replice na odpowiedź na odwołanie oraz podczas rozprawy, wykraczała poza wyżej wskazane podstawy faktyczne zarzutu 20n, a jako taka nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Dotyczy to w szczególności twierdzeń o tym, że sterylizatory na potrzeby badań laboratoryjnych nie są budowane w oparciu o normy PN-EN 285 oraz PN-EN ISO 17655-1, że są to normy medyczne, które nie powinny mieć zastosowania, że zgodność z tymi normami to wyłączna cecha urządzeń MMM, że nie jest możliwe uzyskanie certyfikacji PN-EN 285 w zakresie sterylizacji płynów. Żadna z tych okoliczności nie została podniesiona w odwołaniu. Tym

samym nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia również złożony przez Odwołującego dowód w postaci wyciągu z rekomendacji AK-KAB na okoliczność tego, że kryteria akceptacji dla ww. normy dotyczą wyrobów medycznych, a nie laboratoryjnych. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że producenci autoklawów (także laboratoryjnych) powszechnie odwołują się do normy PN-EN 285, co wynika m.in. z katalogu producenta Steelco, w którym potwierdzono możliwość wykonania sterylizatorów zgodnie z ww. normą (dowód Zamawiającego nr 16). W ocenie Izby odwołanie się przez Zamawiającego do tej normy było uprawnione, skoro dotyczy ona budowy dużych sterylizatorów parowych, a brak jest normy dedykowanej bezpośrednio do sterylizatorów używanych w laboratoriach. Jak zaś wskazał Przystępujący i czemu Odwołujący nie przeczył, w innym postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Lublinie Odwołujący zaoferował sterylizator potwierdzając jego zgodność z normą PN-EN 285 oraz PN-EN 17655-1. Twierdzenia Odwołującego o braku możliwości uzyskania wymaganej certyfikacji nie zostały w ogóle przez niego wykazane. Słusznie zaś zauważył Zamawiający, że gdyby nie istniała możliwość certyfikacji w zakresie sterylizacji płynów, to żaden z wykonawców nie mógłby złożyć oferty.

Ad 3. W art. 106 ust. 1 ustawy Pzp zawarto uprawnienie zamawiającego do żądania innych niż etykieta (art. 104 ustawy Pzp) oraz certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę (art. 105 ustawy Pzp), przedmiotowych środków dowodowych. Katalog przedmiotowych środków dowodowych ma charakter otwarty, a o przynależności do tego katalogu nie przesądza tytuł czy forma danego dokumentu, lecz jego funkcja jaką pełni w postępowaniu, w tym przypadku - potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Do przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 106 ust. 1 ustawy Pzp zaliczamy m.in.:

- próbki,
- opisy (specyfikacje i charakterystyki techniczne, niemające postaci materiału reklamowego czy promocyjnego, które traktują o danym produkcie),
- fotografie (w tym wyciągi z kart katalogowych),
- plany, projekty, rysunki, modele, wzory,
- zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,
- zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich,
- deklaracje zgodności CE.

W celu skorzystania z możliwości żądania przedłożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych zamawiający powinien wcześniej określić w opisie przedmiotu zamówienia stosowne wymagania, które te dokumenty mają potwierdzać. Zatem, za niedopuszczalne w świetle art. 106 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać zamieszczenie żądania przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych bez jednoczesnego wskazania w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, które te dokumenty mają potwierdzać.

Zawarte w art. 106 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego podlega ograniczeniu do tych przedmiotowych środków dowodowych, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Pojęcie niezbędnych przedmiotowych środków dowodowych należy utożsamiać z takimi dokumentami, które już na etapie badania i oceny ofert dają gwarancję zamawiającemu, że oferowane rozwiązania nie są obciążone ryzykiem otrzymania przedmiotu zamówienia niespełniającego jego oczekiwań. Stawiając w dokumentacji zamówienia wymóg przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych zamawiający powinien ograniczyć się do tych, które (w sposób obiektywny) mają służyć potwierdzeniu spełnienia najistotniejszych elementów przedmiotu zamówienia, co będzie sprzyjać zachowaniu zasady proporcjonalności i zgodności żądanych dowodów z przedmiotem zamówienia oraz nie będzie służyło

ograniczeniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien wymagać określonych przedmiotowych środków dowodowych w sposób adekwatny do osiągnięcia celu rozumianego jako potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Z uwagi na powyższe, zakazane jest żądanie dokumentów, które nie są w sposób wystarczający związany z opisem przedmiotu zamówienia. Ponadto, stosownie do art. 106 ust. 3 ustawy Pzp, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co należy rozumieć jako zakaz różnicowania wykonawców pod kątem samego obowiązku składania przez nich przedmiotowych środków dowodowych, jak i pod kątem „siły dowodowej” danego środka, np. wymagania od jednych wykonawców składania certyfikowanych zaświadczeń, a od innych oświadczeń własnych lub producenta. Zatem, postawione w dokumentacji zamówienia wymagania w zakresie przedłożenia ww. środków dowodowych powinny dotyczyć wszystkich potencjalnych wykonawców, w takim samym zakresie.

W art. 106 ust. 3 ustawy Pzp wskazano, że zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Powyższe oznacza, że wykonawca jest uprawniony do przedłożenia innych przedmiotowych środków dowodowych niż te wskazane w dokumentacji zamówienia, pod warunkiem, że potwierdzają one spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Ocena równoważności przedłożonego przedmiotowego środka dowodowego będzie dokonywana przez zamawiającego każdorazowo w konkretnym stanie faktycznym. Należy pamiętać, iż co do zasady, merytorycznie większą wartość dowodową przedstawiają przedkładane przez wykonawców dokumenty wydane przez niezależne podmioty (np. certyfikaty wydane przez akredytowane jednostki oceniające zgodność) niż oświadczenia własne wykonawcy lub producenta.³²

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1609/23.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż: w treści orzeczeń laboratoryjnych znajdowały się oświadczenia wystawiającego orzeczenie / producenta o spełnieniu przez oferowane produkty właściwych Norm Obronnych. Jednocześnie w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego Izba ustaliła, że orzeczenie laboratoryjne wystawia się w oparciu o wcześniej przeprowadzone badania laboratoryjne.

Skoro Zamawiający nie kwestionował poprawności orzeczenia laboratoryjnego i jego wiarygodności, brak jest postanowień SWZ i przepisów regulujących jakie konkretnie dane znaleźć muszą się w orzeczeniu w odniesieniu do zakresu ujawnionych tam właściwości a każda z Norm Obronnych, co było niesporne pomiędzy stronami, wskazuje właściwości wymagane dla produktu, by uznać, że jest on z nią zgodny, to literalne potwierdzenie zgodności produktu z daną normą przesądza kwestię zgodności z właściwościami nią przepisanyymi.

Jednocześnie pomimo braku wezwania do wyjaśnień w zakresie treści przedmiotowego środka dowodowego, kwestia zgodności produktu z Normą Obronną, a więc również miarodajności oświadczenia zawartego w tzw. Orzeczeniu laboratoryjnym została ustalona i nie była wątpliwa także na moment podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty.

Izba w tym miejscu stwierdza, że wyjaśnienia Wykonawcy wraz z załączonymi doń dokumentami nie zmierzały do zastąpienia środków dowodowych ani zmiany treści oferty. Stanowiły jedynie, wiarygodne w ocenie Izby, a także samego Zamawiającego, potwierdzenie prawdziwości oświadczenia zawartego

³² Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 502/16, wydany w sprawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt KIO 248/16.

w tzw. Orzeczeniu laboratoryjnym. Izba wskazuje tutaj również, że żadne inne, poza wskazanymi jako podstawa odrzucenia oferty okoliczności, nie mogą być przedmiotem ustaleń i rozstrzygnięcia. Zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp, pojęciem przedmiotowych środków dowodowych objęte są „przewidziane ustawą środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia”.

Dokumenty przedmiotowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego, co oznacza, że zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedmiotowych. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia (niezłożenie pomimo obowiązku środków dowodowych lub złożenie dowodów niepotwierdzających określonych cech produktu) jest podstawą do odrzucenia oferty nawet w sytuacji gdy faktycznie mamy do czynienia ze zgodnością produktu z jego opisem.

Katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym, o czym świadczy treść art. 106 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i 105 Pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Wymagane środki dowodowe muszą zostać wskazane w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. W Postępowaniu Zamawiający domagał się innych niż wskazane w art. 104 i 105 Pzp środków dowodowych, czemu dał wyraz w przywołanych powyżej zapisach SWZ wskazując cechy oczekiwane od produktu w załączniku nr 7 do SWZ.

Izba stwierdza, że w SWZ i przepisach prawa brak jest regulacji precyzującej parametry i cechy jakie znaleźć mają się w wymaganym przez Zamawiającego środku dowodowym dla uznania, że stanowi od potwierdzenie zgodności produktu z Normą Obronną.

Izba, wskazuje również, że Ustawa wprowadza możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji, gdy nie zostały one złożone, lub są niekompletne. Nie ma zaś możliwości ani potrzeby uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, jeśli przedłożone potwierdzają, że oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia – czyli nie potwierdzają one, że wykonawca oferuje produkt lub usługę spełniającą oczekiwania zamawiającego. Założenie to wynika z faktu, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego towaru/usługi, a jedynie stanowią doprecyzowanie parametrów technicznych, gdyż w przeciwnym przypadku wystąpiłaby możliwość dokonywania dowolnego uzupełniania, zmiany oraz wszelkich modyfikacji oświadczeń i dokumentów, a w konsekwencji treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co całkowicie burzyłoby porządek prawny w tym zakresie. (Wyrok KIO 990/16 z 01.07.2016 r.). Ustawa przewiduje również możliwość zastosowania instytucji wyjaśnienia w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych w art. 107 ust. 4 Ustawy.

Izba stwierdza, że Zamawiający ma obowiązek akceptacji przedmiotowych środków złożonych przez Wykonawcę, jeśli potwierdzają one, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone wymagania, cechy lub kryteria. Skoro Zamawiający nie kwestionował, co do zasady poprawności środka dowodowego (a jedynie okoliczność, że nie zawiera on w swej treści wszystkich, lecz tylko niektóre parametry wymagane SWZ), a w SWZ wskazał, że oczekuje produktu zgodnego z daną Normą Obronną z wyłączeniem lub pominięciem parametrów wymienionych w SWZ to złożenie wymaganego SWZ środka dowodowego jednoznacznie wskazującego, że produkt jest zgodny z daną Normą Obronną nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 2 pkt. 5) Pzp.

W tym miejscu Izba stwierdza również, że charakter i zakres środka dowodowego był wystarczający dla stwierdzenia, że oferowany produkt jest zgodny z SWZ, co potwierdziły dodatkowo raporty badań

laboratoryjnych ITWL. Zaoferowane przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dodatkowymi dokumentami wskazują na miarodajność tzw. Orzeczenia laboratoryjnego w zakresie, w jakim wskazuje na zgodność produktu z Normą Obronną. Zamawiający, w ocenie Izby, nie był uprawniony do założenia, że środki dowodowe nie były wystarczające dla wykazania zgodności parametrów oferowanego produktu z wymaganiami określonymi SWZ w świetle treści SWZ, bez wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, czego zaniechał. Wobec faktu, że okoliczność zgodności produktu z Normą Obronną nie jest sporna i potwierdzają ją przedłożone przez Wykonawcę dokumenty (wyjaśnienia wraz z załącznikami) Izba uwzględniając zarzut nakazała dokonać ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2.2. Wezwanie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Celem złożenia przedmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie, że zaoferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego, tym samym służą zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Niewątpliwie przedmiotowe środki dowodowe dookreślają ofertę. Wykonawca związany ofertą jest zobowiązany do realizacji zamówienia w taki sposób, aby dochować wszelkich wymagań określonych przez zamawiającego, których spełnienie zostało potwierdzone przez konkretne przedmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający powinien mieć możliwość zapoznania się z tego typu dowodami już na etapie badania oferty, nie zaś dopiero na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona³³. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w treści art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w sytuacji gdy zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca zobowiązany jest je złożyć wraz z ofertą. Oznacza to, że na dzień złożenia oferty wykonawca powinien dysponować przedmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy Pzp³⁴: *przedmiotowe środki dowodowe są środkami służącymi zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Oznacza to, że zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie badania oferty, a nie dopiero na etapie weryfikowania podmiotowego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W takim bowiem przypadku może się okazać, że po wyborze oferty najwyższej ocenionej zajdzie konieczność jej odrzucenia na podstawie niezgodności z dokumentami zamówienia. Z tego tytułu na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiono nową regulację dotyczącą składania przedmiotowych środków dowodowych odmienną od tej, która dotyczy obowiązku składania środków podmiotowych. Zamawiający żąda bowiem złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.*

Składanie przedmiotowych środków dowodowych na innym etapie procedury, mogłoby doprowadzić do zmiany treści oferty w sposób niepożądany z punktu widzenia przejrzystości oraz konkurencyjności postępowania.

Jeżeli zamówienie prowadzone jest w procedurze, w której nie występuje oferta (zamówienie z wolnej ręki) wykonawca powinien złożyć przedmiotowy środek dowodowy zgodnie ze wskazaniem zamawiającego (w trakcie negocjacji lub zawierając umowę).

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 70/23.

³³ Zob. <https://www.gov.pl/web/uzp/pzp---pytania-i-odpowiedzi>.

³⁴ Zob. Druk nr 3624 – Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, str. 35.

Izba wskazała, iż przepis art. 107 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wprowadza zasadę, zgodnie z którą przedmiotowe środki dowodowe wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dołożyć należytej staranności i przedstawić Zamawiającemu kompletne dokumenty umożliwiające weryfikację oferty (...).

Natomiast, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp). Powyższy przepis wskazuje jednoznacznie sytuacje, w których zamawiający zobowiązany został do wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający powinien uczynić zadość powyższemu obowiązkowi, gdy wykonawca:

- 1) nie złożył przedmiotowych środków dowodowych;
- 2) złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne.

Pierwsza z powyższych okoliczności dotyczy sytuacji, gdy przedmiotowy środek dowodowy nie został złożony w ogóle. Natomiast druga, gdy środek dowodowy został złożony, ale nie spełnia wymagań formalnych określonych przez zamawiającego, jest niekompletny. Poprzez sformułowanie - niekompletność środków dowodowych – należy rozumieć niekompletność fizyczną (brak załączenia wszystkich stron dokumentu, widoczny brak części dokumentu), niektóre wady formalne, wszelkie uchybienia co do formy, sposobu wystawienia lub sporządzenia bądź treści złożonych środków dowodowych (np. brak tłumaczenia certyfikatu sporządzonego w języku angielskim, utrata aktualności tego dokumentu, brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem, nieczytelność dokumentu).

Zatem, ustawodawca w sposób wyraźny dopuścił możliwość wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tylko jeśli dany środek nie został złożony albo wprawdzie został złożony, ale jest niekompletny.

Warunkiem skorzystania przez zamawiającego z dyspozycji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jest przewidzenie takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zauważyć należy, iż regulacja ust. 2 analizowanego przepisu ma charakter fakultatywny. Jeżeli więc zamawiający zamieści w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informację, że przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu, wówczas uzupełnienie środków dowodowych będzie obligatoryjne dla zamawiającego. *A contrario*, zamawiający nie będzie zobowiązany do zastosowania procedury wezwania, jeżeli nie przewidzi jej w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający już na etapie przygotowywania postępowania musi więc podjąć decyzję odnośnie możliwości korzystania z powyższego uprawnienia. Brak wyartykułowania stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia skutkować będzie, w sytuacji braku w ofercie wymaganego przedmiotowego środka dowodowego lub złożenia niekompletnego, koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zauważenia wymaga, iż zamawiający może wskazać w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia na konkretny dokument przedmiotowy (spośród innych wymaganych przedmiotowych środków dowodowych), którego uzupełnianie dopuszcza. W takim przypadku uzupełnieniu podlegać będzie tylko ten wymieniony środek dowodowy, podczas gdy pozostałe nie będą mogły być uzupełniane. W zakresie formy informacji, ustawodawca w treści komentowanego przepisu nie wskazał, jaką postać ma przyjąć taka informacja, istotne jest, aby była czytelna i jasno wskazywała na intencje zamawiającego w tym zakresie³⁵.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 805/23.

³⁵ Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 374 – 375.

W powyższym wyroku Izba stwierdziła, iż: *W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w treści SWZ jasno sprecyzował swoje wymagania względem przedmiotu zamówienia oraz przedmiotowych środków dowodowych. Wraz z ofertą wykonawcy powinni przedłożyć stosowne dokumenty, z których wynikać będzie, że produkt który oferują posiada parametry takie, jak wskazane w poszczególnych Wymaganiach Techniczno-Użytkowych. W przeważającej części miały to być wyniki badań materiałów zasadniczych potwierdzone przez akredytowane laboratorium i do tych właśnie wyników badań odnosiły się zarzuty odwołania. Podkreślić przy tym należy, że brzmienie zapisów SWZ nie było sporne między stronami. (...) Dodać należy, że Zamawiający w treści SWZ zrezygnował z możliwości jaką daje art. 107 ust. 2 ustawy PZP i przesądził, że nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą lub złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne. Z tego względu zidentyfikowanie braków w dokumentacji prowadzi od razu do odrzucenia oferty takiego wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP. Co więcej, niezłożenie w ogóle przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie takich, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia powoduje, że oferta taka podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.*

Należy również wspomnieć o odmiennym uregulowaniu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp od art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że zakres możliwości sanowania uchybień wykonawców popełnionych przy składaniu przedmiotowych środków dowodowych jest węższy niż ma to miejsce w przypadku podmiotowych środków dowodowych, bowiem uzupełnieniu nie podlegają przedmiotowe środki dowodowe zawierające błędy. Brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wyklucza wzywanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może polegać na poprawie pierwotnie złożonych dokumentów, nie może prowadzić do zmiany, czy uszczegółowienia treści pierwotnie złożonej oferty. Z treści oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy Pzp³⁶ wskazano, iż: *Nie będzie dopuszczalne uzupełnianie dokumentów przedmiotowych, jeśli przedłożone potwierdzają, że oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe nie będą uzupełniane, jeżeli na skutek merytorycznej oceny zamawiający uzna, że nie odpowiadają one wymaganiom przedmiotu zamówienia (nie potwierdzają, że wykonawca oferuje produkt lub usługę spełniającą oczekiwania zamawiającego).*

Przykładem niedopuszczalnego skonkretyzowania zaoferowanego przedmiotu zamówienia jest ujawnienie dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego informacji o typie, modelu i producencie oferowanych urządzeń lub sprzętu, który został zaproponowany przez wykonawcę. Uzupełnienie w takim zakresie środka dowodowego, po upływie terminu składania ofert, będzie nieskuteczne. Powyższe znajduje potwierdzenie w przywołanym poniżej orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1723/21.

³⁶ Zob. Druk nr 3624 – Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, str. 35.

Odnośząc się do zarzutu dotyczącego kwestii tłumaczenia protokołu z testu wydajnościowego złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą, Izba podniosła, iż w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że odwołujący miał obowiązek przedłożenia testu wydajnościowego wraz z tłumaczeniem. Wynika to po pierwsze, z pkt XI.2. swz, który dotyczy wszystkich oświadczeń lub dokumentów wymaganych w swz i sporządzonych w języku obcym. Po drugie, wynika to też z wyżej cytowanego § 5 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, w którym wprost wymieniono przedmiotowe środki dowodowe, a także „inne dokumenty lub oświadczenia”, na które powołuje się odwołujący. Nie ma przy tym znaczenia to, czy zamawiający dysponuje kadrą znającą techniczny język angielski, gdyż znajomość taka nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia dokumentu wymaganego w swz i w przepisach ww. rozporządzenia. Odwołujący powoływał się również na art. 11 ustawy o języku polskim (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 672 ze zm.), który przewiduje wyjątki od zasady używania języka polskiego. Należy jednak zauważyć, że złożony przez odwołującego protokół z testu wydajnościowego nie zawiera wyłącznie liczb, wykresów, nazw własnych oraz zwyczajowo używanej terminologii technicznej, ale zawiera także słowa/sformułowania, które mają odpowiedniki w używanym polskim słownictwie. Obowiązku tłumaczenia ww. dokumentu nie zapewnia także oświadczenie złożone przez odwołującego w opisie technicznym oferowanych urządzeń, dołączonym do oferty. Oświadczenie to bowiem nie stanowi tłumaczenia protokołu z testu, a jedynie stwierdzenie, że wydajność wynosi 1082 pkt oraz że spełnione zostały inne wymagania określone przez zamawiającego w wierszu L.4. załącznika A do załącznika nr 1 do swz. Należy przy tym zauważyć, że protokół z testu wydajnościowego stanowić miał przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający w teście BAPCo® SYSmark® 2018 (Overall) wynik nie mniejszy niż 900 punktów. W świetle § 5 ww. rozporządzenia, środek dowodowy sporządzony w języku obcym musi być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyjątkiem art. 20 ust. 3 ustawy Pzp), co oznacza, że środek ten i tłumaczenie stanowią nierozdzielalną całość. W efekcie, aby zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, niezbędne jest przekazanie przez wykonawcę tłumaczenia środka dowodowego. Brak złożenia tego tłumaczenia oznacza, że odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego i jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym miejscu należy zatem ponownie podkreślić, że z pkt XI.6. ppkt 7.a) swz jednoznacznie wynika, że protokół z testu wydajnościowego stanowił przedmiotowy środek dowodowy. Tym samym nie może mieć do niego i do jego tłumaczenia zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż kwestia uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych została uregulowana w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika (z zastrzeżeniem ust. 3), że wykonawca może złożyć lub uzupełnić przedmiotowy środek dowodowy wtedy, gdy łącznie spełnione są następującego przesłanki:

- wykonawca w ogóle nie złożył przedmiotowego środka dowodowego lub złożył środek niekompletny,
- zamawiający przewidział możliwość złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi druga z ww. przesłanek, gdyż zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym złożenie w tym trybie tłumaczenia protokołu z testu wydajnościowego, który w ogóle nie został złożony przez odwołującego, jest niedopuszczalne.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2021 r., sygn. akt KIO 1973/21.

Izba w uzasadnieniu orzeczenia wskazała, iż: Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji

elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452): Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii braku tłumaczenia na język polski certyfikatu zgodności z normą PN-EN 1143-1 klasa bezpieczeństwa 0, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że odwołujący miał obowiązek przedłożenia certyfikatu wraz z tłumaczeniem. Wynika to z wyżej cytowanego § 5 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, w którym wprost wskazano, że m.in. przedmiotowe środki dowodowe sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Należy przy tym podkreślić, że w pkt 9.5. swz zamawiający wyraźnie wskazał, że dokumenty elektroniczne powinny być złożone zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia. Oznacza to, że przez powołanie się na przepisy ww. rozporządzenia, również w swz zamawiający poinformował o obowiązku przedkładania tłumaczeń na język polski.

Nie można przy tym uznać złożonego oświadczenia producenta za dokument równoważny ww. certyfikatowi. Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający akceptuje inne niż wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, m.in. pod warunkiem, że dany wykonawca nie ma dostępu do wymaganych przedmiotowych środków dowodowych i nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie. W przedmiotowej sprawie istotą problemu nie jest to, że odwołujący nie ma dostępu do certyfikatu lub nie ma możliwości jego uzyskania w odpowiednim terminie. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przedłożył bowiem wymagany certyfikat. Problem tkwi w tym, że odwołujący nie przedłożył dla certyfikatu tłumaczenia na język polski. Oświadczenie producenta nie może być uznane za dokument równoważny, bo nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 105 ust. 4 ustawy Pzp. Oświadczenie to nie jest także tłumaczeniem certyfikatu, a jedynie zawiera stwierdzenie, że urządzenia sejfowe model HTN 040 posiadają wymagany certyfikat. Stwierdzenie takie nie jest równoznaczne z tłumaczeniem certyfikatu.

W świetle § 5 ww. rozporządzenia, środek dowodowy sporządzony w języku obcym musi być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyjątkiem art. 20 ust. 3 ustawy Pzp), co oznacza, że środek ten i tłumaczenie stanowią nierozdzielalną całość. W efekcie, aby zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, niezbędne jest przekazanie przez wykonawcę tłumaczenia środka dowodowego. Brak złożenia tego tłumaczenia oznacza, że odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego i jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Ponadto, w tym samym orzeczeniu w zakresie niekompletności środków dowodowych Izba stwierdziła: Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania przez odwołującego w kartach katalogowych, że szafki w zabudowach Mz1, Mz2, Mz3, Mz3, Mz5 i Mz7 są zamykane na zamki, należy zauważyć, że wymóg w tym zakresie był wprost wskazany w pkt 5 w „Uwagach” załącznika nr 1 do swz. Niezależnie od tego, czy był pod tabelą, czy w innym mało eksponowanym miejscu, wykonawcy mieli obowiązek się do niego zastosować. Należy natomiast podzielić stanowisko odwołującego co do tego, że wskazanie w ww. punkcie pomieszczeń, zamiast konkretnych szafek, których wymóg dotyczy, czyniło ten wymóg mało czytelnym co do zakresu szafek, dla których w kartach katalogowych należy wpisać zamki. Nie zmienia to faktu, że sam wymóg został wskazany w ww. załączniku 1 do swz, więc dla wszystkich szafek znajdujących się w wymienionych w pkt 5 pomieszczeniach, odwołujący powinien w kartach katalogowych wskazać zamki (zasadne byłoby też bardziej czytelne opisanie tej kwestii przez zamawiającego lub wcześniejsze wyjaśnienie tej kwestii z zamawiającym przed upływem terminu składania ofert w trybie art. 135 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że odwołujący złożył karty katalogowe dla ww. urządzeń, a jedynie brakowało w nich wzmianki o tym, że szafki są zamykane na zamki. Tym samym należy uznać, że przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart katalogowych dla ww. zabudów są niekompletne, co obligowało zamawiającego do zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Brak wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj. kart katalogowych o informację o zamkach, stanowi zatem naruszenie ww. przepisu.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3522/21.

Izba w powyższym wyroku stwierdziła, iż: uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może jednak prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia, ustawa Pzp bowiem tego rodzaju zmian co do zasady zabrania. Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą ze swej natury służą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot dostawy odpowiada wymaganiom przedmiotu zamówienia. Mają one dotyczyć zatem produktu, który jest przedmiotem oferty i potwierdzać jego zgodność z ustalonymi wymaganiami. Tego rodzaju dokumenty mogą być uzupełniane, natomiast przedmiot świadczenia, którego dotyczą takiemu uzupełnieniu podlegać nie może, stanowi bowiem merytoryczną treść oferty - czyli treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, ale też wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Niekiedy może mieć miejsce sytuacja, że sam formularz ofertowy nie zawiera odpowiedniego miejsca do wskazania informacji o oferowanym produkcie (np. jego nazwy, modelu, producenta), a ich konkretyzacja następuje w innych składanych wraz z ofertą dokumentach.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 338/22.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, istotna jest również treść art. 107 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Co wymaga zaznaczenia, regulacja art. 107 ust. 2 ustawy PZP, dotycząca uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, różni się od tej przewidzianej w art. 128 ustawy PZP dla podmiotowych środków dowodowych.

W przypadku podmiotowych środków dowodowych, ich uzupełnianie jest zawsze obligatoryjne. Natomiast przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się. Możliwe jest to wyłącznie w sytuacji przewidzienia takiej możliwości przez zamawiającego, a także w ograniczonym zakresie. Możliwym jest bowiem wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tylko w sytuacji gdy: dany przedmiotowy środek dowodowy w ogóle nie został złożony lub gdy został on złożony, lecz jest niekompletny. Brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy PZP wyklucza wzywanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprowadzone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt KIO 663/22.

W ocenie Izby art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. Tutaj ustawodawca nie dopuścił do szerokiego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p., zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb z art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwnie do art. 128 ust. 1 p.z.p., nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne.

Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznej zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego. Na podstawie art. 107 ust. 2 p.z.p. zamawiający jest uprawniony do:

- 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złoży wykazu urzędzeń wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą),*
- 2) wezwania do uzupełnienia wykazu urzędzeń, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne).*

O ile pierwsza sytuacja jest prosta i jest związana z biernością wykonawcy, który nie składa dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą i uzyskuje jedną szansę na ich przedstawienie zamawiającemu, to druga sytuacja, gdzie uzupełnia się niekompletne dokumenty, jest ocenna i wpisuje się w nią niekompletność fizyczna dokumentu (brak załączenia wszystkich stron, widoczny brak części dokumentu, niektóre wady formalne, etc.), a także wydaje się, że częściowo niekompletność w uproszczeniu określa niekompletnością merytoryczną - tylko nie takim zakresie, w jakim doszło do zmiany wykazu w rozpoznawanym sporze.

Tutaj można rozważać czy zasadnym byłoby, w niektórych bardzo specyficznych stanach faktycznych, skorzystanie z tego trybu do ostatecznego rozstrzygnięcia zgodności oferty z OPZ, jeżeli w treści dokumentu brak jest wymaganej informacji (np. złożono kartę katalogową ze standardowym urządzeniem, którego model spełnia wymagania SWZ, gdzie nie ma oznaczenia wymiaru danego elementu, ponieważ zamawiający żądał dodatkowych informacji, których nie ma w standardowej/uproszczonej karcie katalogowej). Niemniej, sytuacje takie wystąpią sporadycznie, a wezwanie z art. 107 ust. 2 p.z.p. należy stosować niezwykle rozważnie, ponieważ co do zasady „Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. (...) Nie będzie również podlegał uzupełnieniu taki przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego”. (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 107 p.z.p., red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, M. Matusiak, Warszawa 2022 r., Legalis). Natomiast w ustalonym stanie rzeczy ocena jest prosta - drugi wykaz urzędzeń, gdzie dokonano jego istotnej zmiany w stosunku do wykazu złożonego wraz z ofertą, poprzez dopisanie nowych urzędzeń klimatyzacji, stanowi zmianę w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych urzędzeń z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Jeżeli więc pierwszy wykaz wprost wskazuje, że oferowane w ramach zamówienia dostawy nie spełniają wymagań SWZ, to zamawiający nie miał upoważnienia, aby wystosować do odwołującego wezwanie do uzupełnienia. Stwierdzonej wady nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem de facto uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty.

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 693/22.

Izba wskazała, iż z treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek wezwania do złożenia lub uzupełnienia dokumentu będącego przedmiotowym środkiem dowodowym w sytuacji, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Jak ustaliła Izba (zostało to także przyznane przez odwołującego na rozprawie) w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przewidział takiej możliwości. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów będących przedmiotowymi środkami dowodowymi. Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić takiego dokumentu, którego nie załączył lub załączył niekompletny w ofercie.

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2400/22.

Skład orzekający stwierdził między innymi, że: Izba chciałaby podkreślić, że przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu

widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 ustawy PZP), dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie Zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ. Izba wzięła również pod uwagę oświadczenie Odwołującego, który na rozprawie oświadczył, iż:» Odwołujący, jak i inni wykonawcy podali w treści oferty parametry oferowanego sprzętu w tym modele producentów, a wykonawca wobec braku podania tych informacji w ofercie może po upływie terminu składania ofert modyfikować zaoferowany sprzęt. Ze względu na obecną sytuację na rynku IT tj. braki na rynku, nieprzewidywalność dostaw, opóźnienia dostaw, zerwanie więzów kooperacyjnych, możliwość zmiany parametrów sprzętu po terminie składania ofert jest nieuprawnioną przewagą wykonawcy.

Zauważenia wymaga również, iż zakresem regulacji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie zostały objęte przedmiotowe środki dowodowe służące potwierdzaniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zgodnie z treścią art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym należy zauważyć, że w ustawie Pzp wyłączona została możliwość wezwania wykonawcy w sytuacji, gdy środek dowodowy był wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Ustawa wyraźnie wyłączyła możliwość uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie może zatem przewidzieć procedury poprawy przedmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do tych spośród nich, które służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Takich środków nie można uzupełnić, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty³⁷. Przepis wprowadza bezwzględny zakaz uzupełniania środków dowodowych, które potwierdzają zgodność oferty z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przykładowo, jeżeli zamawiający wskaże, że parametry techniczne produktu będą jednym z kryteriów oceny ofert i zażąda celem ich potwierdzenia dokumentu przedmiotowego w postaci dokumentacji technicznej producenta, to wykonawca, nie załączając dokumentacji technicznej produktu, narazi się, w zależności od stanu faktycznego, na odrzucenie oferty lub nieprzyznanie mu punktów w ramach tego kryterium oceny ofert, taki dokument nie podlega bowiem uzupełnieniu.

Ponadto, wezwanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych jest bezprzedmiotowe, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 255 ustawy Pzp. Dotyczy to również przesłanek fakultatywnych (np. art. 258 ustawy Pzp), jeśli zamawiający zdecydował się na ich uwzględnienie. Wystąpienie przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy także stanowi negatywną przesłankę uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych³⁸.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 70/23.

Przedmiotem zawistego przed Izbą sporu było ustalenie, czy w świetle postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zamawiający prawidłowo nie przyznał ofercie odwołującego maksymalnej liczby punktów w kryterium pn. Monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV. W toku postępowania odwoławczego ustalono, iż przedłożone przez Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały spełnienia określonych w SWZ wymagań/funkcjonalności punktowanych dodatkowo w ramach kryterium oceny ofert. W ocenie Izby uchybień Wykonawcy nie mogły sanować załączone do odwołania oraz złożone w toku

³⁷ Tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3399/21.

³⁸ Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 375 - 376.

rozprawy wnioski dowodowe. Izba oddalając odwołanie w uzasadnieniu wyroku podniosła, iż art. 107 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza zasadę, zgodnie z którą przedmiotowe środki dowodowe wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dołożyć należytej staranności i przedstawić Zamawiającemu kompletne dokumenty umożliwiające weryfikację oferty w ramach kryterium oceny ofert. To na podstawie złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności przyznania punktów ofercie danego wykonawcy lub nie. Uchybienia wykonawcy w powyższym zakresie w zależności od rodzaju błędu skutkować będą brakiem możliwości przyznania punktów w ocenianym kryterium, względnie odrzuceniem oferty i nie mogą być sanowane na etapie postępowania odwoławczego przed Izłą, której zadaniem jest ocena prawidłowości dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności. Przyjęcie poglądu, iż etap postępowania odwoławczego byłby właściwym momentem do składania czy też uzupełniania treści przedmiotowych środków dowodowych, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3038/22.

W odniesieniu do oceny przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy (...), w opinii Krajowej Izby Odwoławczej: *przepis art. 107 ust. 3 ustawy wyłącza możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie parametrów stanowiących kryterium oceny ofert. Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy należy wskazać, iż zamawiający zobowiązany był dokonać oceny przedmiotowej ofert w oparciu o przedłożone przez wykonawców przedmiotowe środki dowodowe, w takim zakresie w jakim pozwalały one na potwierdzenie parametrów urzędnika. W sytuacji, gdy środki te nie potwierdzały spełnienia parametru ocenianego, Zamawiający nie mógł przyznać punktów w kryterium parametrów technicznych, jak również nie mógł wezwać do uzupełnienia dokumentu, czy też zastąpienia przedmiotowego ośrodka dowodowego oświadczeniem wykonawcy z załącznika 2A.*

Artykuł 107 ust. 4 ustawy Pzp wprowadza instytucję wyjaśniania treści dokumentów przedmiotowych. Norma określona tym przepisem zezwala zamawiającemu na wyjaśnianie treści przedmiotowych środków dowodowych, ale bez prawa do ich uzupełniania (przyp. ewentualne uzupełnianie możliwe jest na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp). Wyjaśnianie treści przedmiotowego środka dowodowego nie może także skutkować zmianą treści takiego oświadczenia lub dokumentu.

Zamawiający kierując do wykonawcy wezwanie do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedmiotowego środka dowodowego musi mieć na uwadze, iż niezbędne jest określenie w wezwaniu na czym polega uchybienie wykonawcy, jaki dokument nie został złożony, w jakim zakresie złożony dokument jest niekompletny i w jakim zakresie powinien zostać uzupełniony lub wyjaśniony³⁹.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 122/22.

W powyższym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w kwestii treści wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Izba podniosła, iż: *Aby wykonawca mógł skorzystać z możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia ich treści, skierowane przez Zamawiającego wezwanie powinno dokładnie wskazywać, w jakim zakresie dokumenty te zawierają braki lub wywołują wątpliwości Zamawiającego i co należy uzupełnić lub wyjaśnić. Brak precyzyjnego wskazania zakresu wezwania uniemożliwia wykonawcy prawidłowe uzupełnienie dokumentów lub złożenie wyjaśnień. Oczekiwanie, że wykonawca domyśli się, czego dotyczy wezwanie, jest bezpodstawne i niedopuszczalne. Wezwanie skierowane do Odwołującego 2 września 2021 r. w najmniejszym nawet stopniu nie spełnia powyższych wymagań. Nie daje ono żadnej wiedzy, jaki zakres przedstawionych kart katalogowych zawiera braki lub budzi wątpliwości oraz jakie kwestie należy*

³⁹ Tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2022 r., sygn. akt KIO 2425/22.

wyjaśnić. Wezwanie ogranicza się do przytoczenia treści przepisów art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, określenia terminu złożenia wyjaśnień lub uzupełnień oraz ogólnikowej informacji, że wzywa się do wskazania zapisów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami dokumentacji projektowej, a jeżeli środki dowodowe są niekompletne wzywa się do ich uzupełnienia zgodnie z zapisami SWZ pkt. 10.3. Nie wiadomo, których spośród zaoferowanych urządzeń dotyczy wezwanie i do jakich ich parametrów się odnosi. Wadliwość takiego wezwania jest tym bardziej istotna, że przedmiot zamówienia obejmował wiele elementów, dla których Zamawiający określił bardzo szczegółowe wymagania. Nie może więc dziwić, że Odwołujący, otrzymawszy takie wezwanie, nie mógł wiedzieć, jak na nie prawidłowo zareagować, co zresztą zasygnalizował Zamawiającemu, wskazując, że ze względu na to, że treść wezwania Zamawiającego z dnia 2 września 2021 roku jest nieprecyzyjna Spółka wnosi, aby w przypadku uznania przez Zamawiającego niniejszych wyjaśnień i załączonych do tego pisma dokumentów za niewystarczające, Zamawiający wezwał Spółkę ponownie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie. Tak ogólne wezwanie nie mogło wywołać żadnych skutków i powinno być powtórzone.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3066/22.

W ocenie Izby, w tym przypadku wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie przedmiotowych środków dowodowych prowadziło de facto do ominięcia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ oraz do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, a w konsekwencji niezachowaniem w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że w przypadku, gdy wykonawca nie uzupełnia wymaganych dokumentów - przedmiotowych środków dowodowych - na wezwanie do ich uzupełnienia Zamawiający nie ma podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnień w zastępstwie wymaganych dokumentów. W świetle postanowień SWZ, treść złożonych przez Odwołującego ww. dokumentów nie budziła wątpliwości, które miałyby podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, lecz zawierała braki odnośnie wymaganych informacji. Z przedłożonych przez Odwołującego kart charakterystyki produktów oraz z raportów z badań wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, że zaoferowane przez Odwołującego materiały eksploatacyjne równoważne kompatybilne są również z innymi urządzeniami nie wymienionymi w tych dokumentach. Brak tych informacji nie może podlegać wyjaśnieniu, a jedynie ewentualnie uzupełnieniu, jednakże w tym zakresie procedura umożliwiająca uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego została wyczerpana.

Wraz ze skierowaniem wezwania o uzupełnienie lub wyjaśnienie przedmiotowego środka dowodowego zamawiający określa termin, w którym środek dowodowy winien zostać uzupełniony lub udzielone powinny zostać informacje w zakresie środków dowodowych przez wykonawcę. Przepisy ustawy Pzp nie precyzują jak długi powinien być termin do uzupełnienia brakujących lub błędnych oświadczeń lub dokumentów, nie precyzuje też wskazówek, którymi zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu. Zastosowanie znajdują więc zasady ogólne Pzp. Termin określony przez zamawiającego winien być natomiast racjonalny i umożliwić wykonawcy złożenie dokumentu lub jego części, co nie zostało dopełnione na etapie składania oferty.

W tym miejscu należy także wskazać, że przedmiotowe środki dowodowe złożone bądź uzupełnione na wezwanie zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp powinny potwierdzać, że wykonawca spełniał wymagania przedmiotowe na dzień składania ofert. Zauważenia wymaga, iż co prawda brzmienie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie odwołuje się do aktualności przedmiotowych środków dowodowych składanych przez wykonawcę w wyniku wezwania do złożenia lub uzupełnienia, jak to ma miejsce w art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, jednakże możliwe jest złożenie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, o ile złożone lub uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe będą potwierdzać ich aktualność na dzień złożenia oferty. Podkreślenia wymaga, iż uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2023 r., sygn. akt KIO 482/23.

W powyższym wyroku Izba wyraziła opinię, iż: *Możliwe jest przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, o ile uzupełnione dokumenty potwierdzają prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie. Ustawodawca zdecydował się na określenie wcześniejszego momentu składania przedmiotowych środków dowodowych w stosunku do podmiotowych środków dowodowych, ponieważ mają one zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości oferty w jej warstwie merytorycznej i ustalenia, który z wykonawców powinien zostać poddany kwalifikacji podmiotowej jako ten, którego ofertę oceniono najwyżej. I o ile ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia takich przedmiotowych środków dowodowych, to uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać stan na moment złożenia oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w oczywistej sprzeczności z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych i wynikającej z niej zasady równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferując produkt, którego parametrów nie może potwierdzić na moment złożenia oferty z uwagi na brak stosownej certyfikacji, natomiast może brak taki usunąć przez swego rodzaju „konwalidację” na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych i uzyskanie wymaganych dokumentów po terminie składania ofert byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Uzupełnione w trybie art. 107 ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych dokumenty muszą potwierdzać, że na moment złożenia oferty oferowany produkt spełniał wymagania wskazane w SWZ.*

Należy pamiętać, że wezwanie zamawiającego do uzupełnienia jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte, pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 ustawy Pzp lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp⁴⁰.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1813/21.

Nie można również zapominać, że możliwość złożenia dokumentów lub uzupełnienie ich kompletności ma charakter jednorazowy. W żadnym wypadku nie można uznać również, że złożone w wyniku pierwszego z uzupełnień przedmiotowe środki dowodowe były niekompletne. Odwołujący składając w ramach wyjaśnień dodatkowe rzuty bloku i nowe dokumenty wraz z DTR dokonał zmiany treści pierwotnej oferty rozbudowanej o pierwsze uzupełnienie. Gdyby aktywność Odwołującego zakończyła się na złożeniu wyjaśnień i wskazaniu w ramach przedstawionych już przedmiotowych środków dowodowych w jaki sposób nastąpi montaż bez dodatkowych adapterów, mielibyśmy do czynienia z sytuacją dopuszczalną przepisem art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący zamiast złożenia wyjaśnień, złożył nowe dokumenty, co oznacza, że dokumenty złożone na pierwsze z wezwań były nieprawidłowe i we właściwy sposób zostały odczytane i przeanalizowane przez Zamawiającego. To rolę Wykonawcy było złożenie prawidłowych rzutów i DTR w ramach odpowiedzi na pierwsze z wezwań. Dopuszczalne jest bowiem jednokrotne uzupełnienie środków przedmiotowych niezłożonych lub niekompletnych. Każda następna ingerencja w uzupełniany zakres, a tym bardziej przedstawianie nowych materiałów wraz z kolejnymi wyjaśnieniami oznacza zmianę treści oferty.

Zauważenia wymaga, iż ustawodawca przewidział sankcje za brak uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci zatrzymania wadium (art. 98 ust. 6 ustawy Pzp) jak również odrzucenia oferty

⁴⁰ Por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1813/21; wyrok KIO z dnia 28 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1928/21.

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 5 ustawy Pzp. Natomiast, błąd merytoryczny w treści przedmiotowego środka dowodowego, który nie podlega konwalidacji w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Praktyka kontroli

Przykład nr 1:

Informacja o wyniku kontroli z dnia 26 lipca 2022 r., znak: KND/151/21/DKZP, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych. Krajowa Izba Odwoławczą uchwałą z dnia 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO/KD 24/22, nie uwzględniła wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził m.in. naruszenie przez Zamawiającego art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych Wykonawcy „G” Sp. z o.o. Prezes Urzędu podniósł, iż *jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca „G” Sp. z o.o. nie załączył do złożonej oferty przedmiotowych środków dowodowych. W związku z powyższym w dniu 2 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę „G” Sp. z o.o. do złożenia, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych dokumentów wydanych przez producenta, wymaganych w SWZ (str. 6 rozdz. II pkt 4 ppkt 2) wraz z ofertą w przypadku zaoferowania zamienników. W dniu 9 czerwca 2021 r. Wykonawca „G” Sp. z o.o. przedłożył w odpowiedzi na ww. wezwanie karty katalogowe oferowanych produktów.*

W dniu 10 czerwca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp ponownie wezwał wykonawcę „G” Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urzędnika:

*Zamawiający (...), na mocy art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, wzywa do **uzupełnienia** przedmiotowych środków dowodowych.*

Zamawiający wymagał (SWZ str. 6, rozdz. II pkt 4 ppkt 2) w przypadku zaoferowania zamienników, złożenia wraz z ofertą PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH w postaci kart katalogowych lub innych dokumentów wydanych przez producenta, zawierających informacje dotyczące zaoferowanych towarów zgodnie z zasadami wypełniania Arkusza Ofertowego. Dostarczone dokumenty miały zawierać następujące informacje:

- nazwa produktu
- kod/symbol produktu
- kolor
- wydajność/pojemność
- wykaz drukarek do których przeznaczony/dedykowany jest toner/tusz (kompatybilność)
- **kod/symbol oryginalnego tuszu/tonera od producenta urzędnika**

W związku z tym, że do złożonej oferty nie dołączyli Państwo wymaganych dokumentów, Zamawiający pismem l.dz. IA1/D/21/30/MW/571 z dnia 02.06.2021 r. wezwał do ich złożenia.

W wyznaczonym terminie złożyli Państwo wymagane karty produktu, lecz nie zawierały one wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, tj. zabrakło informacji dotyczących kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urzędnika.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do ich uzupełnienia.

*Stosowne dokumenty, podpisane przez Wykonawcę należy złożyć w terminie do: **15.06.2021 r. do godz. 12:00** drogą elektroniczną na adres: (...) lub za pośrednictwem Platformy Przetargowej (...):*

- w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym,
lub

- jako cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego w postaci papierowej z własnoręcznym podpisem opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Dalej, w Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż przepis art. 107 ustawy Pzp stanowi:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianych terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Jak wynika z przesłanych przez Zamawiającego do Urzędu wyjaśnień i dokumentów, Zamawiający na podstawie przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dwukrotnie (w dniach 2 i 10 czerwca 2021 r.) wezwał wykonawcę „G” Sp. z o.o. do złożenia, a następnie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (w związku z uznaniem, że przedmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zawierały braki).

Należy stwierdzić, że tego rodzaju działanie jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy:

- 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony,
- 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Przepis art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp⁴¹.

Z powyższego wynika zatem po pierwsze, że przedmiotowe środki dowodowe powinny być złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. W przypadku ich niezłożenia (lub złożenia niekompletnych dokumentów) – pod

⁴¹ Zob. Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021.

warunkiem, że zostało to przewidziane w SWZ – Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania wykonawcy odpowiednio o ich złożenie lub uzupełnienie (w zależności od tego, czy w ogóle nie zostały złożone, czy zostały złożone, ale są niekompletne). Przepis ten nie ustanawia natomiast – jak twierdzi Zamawiający - reguły, że w przypadku niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający zobowiązany jest najpierw wezwać wykonawcę o ich złożenie, a następnie jeszcze (ewentualnie) o ich uzupełnienie.

Tego rodzaju interpretacja przeczyłaby również zasadzie jednokrotności wezwania w odniesieniu do tego samego dokumentu. Sytuacja taka wiąże się bowiem właśnie z wielokrotnym wezwaniem dotyczącym tego samego dokumentu. Zasada jednokrotności wezwania nie została wprawdzie wyrażona wprost w tym przepisie, ale można ją wywieść z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wprowadza ona bowiem przejrzystość w działaniach zamawiającego i eliminuje uznaniowość w zakresie ewentualnego wielokrotnego kierowania wezwań do wykonawcy bądź wykonawców. Nie sposób przy tym zgodzić się z argumentem Zamawiającego, że to wyłączenie możliwości wezwania o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do dokumentu, w stosunku do którego zostało już skierowane wezwanie o jego złożenie (w związku z jego nie załączeniem do oferty) stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców. Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy powinni bowiem być świadomi, że zgodnie z ustawą Pzp ich obowiązkiem wykonawcy jest złożenie przedmiotowych środków dowodowych już wraz z ofertą. Spójnik „lub” w treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp oddziela możliwe sposoby postępowania Zamawiającego w zależności od tego, czy wymagane przedmiotowe środki dowodowe zostały wraz z ofertą złożone (ale są niekompletne), czy też w ogóle nie zostały złożone. Należy przy tym zwrócić uwagę, że art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (w odróżnieniu od art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego m.in. podmiotowych środków dowodowych) nie zawiera możliwości poprawienia błędów zawartych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych (co de facto miało miejsce w wyniku skierowania do wykonawcy „G” Sp. z o.o.). Zamawiający zdaje się utożsamiać procedurę uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp) z procedurą uzupełniania bądź poprawiania podmiotowych środków dowodowych, oświadczeń lub innych dokumentów, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy nie są to identyczne instytucje ustawowe i procedura uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych jest bardziej restrykcyjna, aniżeli ta przewidziana w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych materializuje się bowiem zawsze już w chwili złożenia oferty (nie zaś dopiero w wyniku skierowania w tym przedmiocie wezwania przez Zamawiającego, jak ma to miejsce w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych w związku z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), a ponadto treść art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości korygowania treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych (możliwe jest jedynie uzupełnienie brakujących części złożonych dokumentów).

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, iż wezwanie wykonawcy „G” Sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2021 r. do uzupełnienia kart katalogowych o informacje dotyczące kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia naruszało dyspozycję art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ informacje te były niezbędne w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane wyroby (zamienniki) wymagań dotyczących ich kompatybilności z urządzeniami, do których miały być przeznaczone, zaś wykonawca „G” Sp. z o.o. był już uprzednio wezwany pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia tych wymagań.

W tym miejscu warto również przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwale nieuwzględniającej wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli. Izba wskazała, iż Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, że sporny przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp powinien być interpretowany z uwzględnieniem użytego w tym przepisie spójnika „lub”, który oznacza alternatywę nierozłączną, skutkiem czego za prawidłowe postępowanie należy uznać następujące sytuacje:

- 1) wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych,
- 2) wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,

3) wezwanie do złożenia, a następnie wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie Zamawiającego interpretacja treści przywołanego przepisu sprowadzająca znaczenie zastosowanego spójnika „lub” do znaczenia spójnika „albo” jest niezgodna z zasadami legislacji. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, Izba wskazała, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób interpretacji przepisu nie zasługuje na aprobatę. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w art. 107 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że w przypadku żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ma obowiązek złożyć je wraz z ofertą („wykonawca składa je wraz z ofertą”). Tym samym nie jest tak, że wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe dopiero na wezwanie Zamawiającego. Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. W ocenie Izby użycie spójnika „lub” w tym przepisie ustawy Pzp należy rozumieć w ten sposób, że w zależności od sytuacji, która wystąpi w postępowaniu o zamówienie, Zamawiający kieruje wezwaniem do złożenia przedmiotowego środka dowodowego (w sytuacji, gdy nie został on złożony wraz z ofertą) lub kieruje wezwaniem do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (gdy złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny). Zauważyć bowiem należy, że w okolicznościach danego postępowania może być wymagane złożenie wielu przedmiotowych środków dowodowych i w zależności od tego jaka sytuacja będzie mieć miejsce wobec danego środka, treść wezwania może być zróżnicowana, tj. może w odniesieniu do niektórych środków dowodowych dotyczyć złożenia, a wobec innych ich uzupełnienia. Podobnie jak w przypadku wezwania z art. 128 ustawy Pzp, również tutaj obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania. Zaznaczyć przy tym należy, że przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe wprost potwierdzają, że oferta jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia jak i nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy jego treść wprost nie potwierdza zgodności przedmiotu oferty z treścią SWZ. Tego rodzaju sytuacje nie są bowiem objęte dyspozycją omawianej regulacji. Zatem regulacja z art. 107 ustawy Pzp jest bardziej restrykcyjna niż dyspozycja art. 128 ustawy Pzp.

Dalej Izba podniosła, iż Podkreślić należy, że interpretacja przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, na którą Zamawiający powołuje się w piśmie z 4 sierpnia 2021 r., a którą następnie podtrzymał w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, nie uwzględnia osadzenia omawianej normy prawnej w systemie zamówień publicznych, w tym pomija zupełnie konsekwentnie od lat wyrażaną w orzecznictwie Izby zasadę jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia zarówno podmiotowych jak i przedmiotowych środków dowodowych wywodzoną z zasad zamówień publicznych wskazanych w treści art. 16 ustawy Pzp. W ocenie Izby wykonawca, który nie składa wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych naraża się na ryzyko odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp złoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne, tak jak miało to miejsce w tym postępowaniu. Nie ma bowiem, wbrew stanowisku Zamawiającego, w takiej sytuacji możliwości do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ byłoby to złamaniem zasad postępowania. Te powinny być przez zamawiającego uwzględniane nie tylko przy przygotowaniu postępowania o zamówienie, ale również przy jego przeprowadzeniu. Postępowanie Zamawiającego narusza zasadę przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i związanej z nimi zasady jednokrotności wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, przez nieuprawnione stworzenie dla wykonawcy „G” sp. z o.o. dodatkowej szansy w postaci kolejnego, nieuprawnionego w świetle art. 107 ust. 2 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp wezwania do uzupełnienia braków złożonych na pierwsze wezwanie przedmiotowych środków dowodowych.

Ostatecznie Izba uznała, iż wykonawca „G” Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych złożył je niekompletne, tj. bez informacji zawierających

kod/symbol oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia. W ocenie Izby okoliczność ta słusznie została zakwalifikowana przez Prezesa Urzędu jako wypełniająca dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp, jako równoznaczna z niezłożeniem przedmiotowego środka dowodowego. W konsekwencji Prezes Urzędu zasadnie stwierdził naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w okolicznościach przedmiotowego postępowania o zamówienie.

Przykład nr 2:

Informacja o wyniku kontroli z dnia 13 lipca 2022 r., znak KND/201/21/DKZP, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa sprzętu komputerowego do szkół. Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 8 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO/KD 22/22, nie uwzględniła wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż z treści formularza ofertowego załączonego do oferty wykonawcy E Sp. z o.o. nie wynikało, jaki dokładnie przedmiot zamówienia wykonawca oferuje zamawiającemu. Nie zostało w nim jasno i precyzyjnie wyartykułowane, że wykonawca oferuje trzy różne rodzaje (konfiguracje techniczne) laptopów, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Jedynymi dokumentami, z których wynikało, jaki przedmiot zamówienia oferuje wykonawca, były dwie specyfikacje techniczne, spełniające wymagania dla dwóch z trzech wymaganych rodzajów laptopów. Również kalkulacja cenowa oferowanego sprzętu sugerowała, że wykonawca oferuje wyłącznie dwa rodzaje laptopów. Uznając, że kalkulacja cenowa nie może samodzielnie i kategorycznie przesądzać o zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, to jednak w połączeniu z dwiema specyfikacjami technicznymi załączonymi do ofert wykonawcy dała spójny obraz świadczenia wykonawcy, składającego się wyłącznie z dwóch, a nie z trzech wymaganych rodzajów laptopów. W takiej sytuacji zamawiający słusznie stwierdził, że oferta wykonawcy E Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia pierwotnie odrzucił ją na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dopiero w piśmie z dnia 01.10.2021 r. wykonawca E Sp. z o.o. poinformował zamawiającego, że omyłkowo nie załączył do oferty specyfikacji technicznej dla trzeciego rodzaju laptopów (pkt 2.1 i 2.2 OPZ), a tym samym dopiero w tym momencie, już po złożeniu oferty, oświadczył, że oferuje przedmiot zamówienia w powyższym zakresie. W konsekwencji, uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe wychodziły poza treść wynikającą pierwotnie z oferty, wskazywały na nowe elementy związane z oświadczeniem woli wykonawcy i kształtowały nową treść jego zobowiązania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, która pierwotnie nie została uzewnętrzniiona w ofercie. Sam zamawiający przyznał ten fakt zarówno w treści wyjaśnień skierowanych do Prezesa Urzędu w toku kontroli, jak również w treści wezwania skierowanego do wykonawcy E Sp. z o.o., wskazując, że dopiero po informacji otrzymanej od wykonawcy powziął wiedzę na temat „brakujących” dokumentów, gdyż z samej treści oferty tej wiedzy nie dało się wywieść. Dopiero zatem uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nadało ostateczny i pełny kształt zobowiązaniu wykonawcy, które w pierwotnej wersji było niezgodne z treścią SWZ. Uzupełnienie dokumentów nie miało zatem w tym przypadku charakteru potwierdzenia, że zaoferowany uprzednio w ofercie przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, lecz miało na celu uzupełnienie oświadczenia wykonawcy o informacje na temat zakresu oferowanego świadczenia, a zatem zmieniło treść jego oferty w sposób niezgodny z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy w pierwszej kolejności, że oferta wykonawcy E Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, z przyczyn wskazanych w piśmie zamawiającego z dnia 01.10.2021 r., informującym o odrzuceniu ofert w postępowaniu. Zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy stanowi zatem naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dodatkowo, uznanie przez zamawiającego uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę E Sp. z o.o. za prawidłowe, a zatem dopuszczenie do zmiany treści oferty ww. wykonawcy w sposób opisany powyżej, stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu warto przytoczyć treść uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej nieuwzględniającej zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli. Izba podniosła, iż zgodnie z art. 107 ust. 1 i 2 PrZamPubl, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W tym miejscu należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że z uzasadnienia odrzucenia oferty Wykonawcy E Sp. z o.o. wynika, że to sam Zamawiający pierwotnie uznał, że Wykonawca zaoferował w swojej ofercie wyłącznie dwa rodzaje laptopów, zamiast wymaganych trzech i dlatego nie ma podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia trzeciej specyfikacji technicznej zgodnie z art. 107 ust. 2 PrZamPubl, pomimo, że Zamawiający przewidział taką możliwość w SWZ.

Tym samym zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo wywodzi, że to sam Zamawiający uznał, że uzupełnienie cen w tabeli cenowej znajdującej się w Formularzu ofertowym w powyższy sposób nie świadczy o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Prezes Urzędu prawidłowo przeanalizował wezwanie wykonawcy E Sp. z o.o. do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, że wezwanie zostało skierowane w reakcji na pismo wykonawcy „(...) Po czym czynność ta została unieważniona w reakcji na Państwa pismo z dnia 01.10.2021 r., w którym poinformowaliście, że część przedmiotowych środków dowodowych została omyłkowo nie załączona”. Oznacza to, że wezwanie Wykonawcy nie nastąpiło dlatego, że Zamawiający odczytywał ofertę wykonawcy w sposób przedstawiony w zastrzeżeniach, tj. że oferuje on wszystkie wymagane elementy przedmiotu zamówienia, tylko dlatego, że wykonawca poinformował Zamawiającego (już po złożeniu oferty), że jego zamiarem było zaoferowanie trzech wymaganych rodzajów laptopów, a także to, iż niezłączenie trzeciej specyfikacji technicznej nastąpiło przez pomyłkę. Izba stoi na stanowisku, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nastąpiło w okolicznościach, w których już po złożeniu oferty wykonawca E Sp. z o.o. oświadczył, że zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego, a zatem rozszerzył przedmiot zamówienia, zmieniając tym samym treść oferty już po jej złożeniu. W świetle przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych, zdaniem Izby, z Informacji o wyniku kontroli doraźnej jednoznacznie wynika, że wyjaśnienia wykonawcy Grupa E Sp. z o.o. z dnia 4 października 2021 r. oraz uzupełnione w ich wyniku przedmiotowe środki dowodowe stanowiły niedozwoloną zmianę pierwotnie złożonej oferty, ponieważ rozszerzały jej treść o trzeci rodzaj laptopów, niezaoferowany wcześniej w ofercie.

Nadto Izba zwraca uwagę, że możliwość uzupełnienia dokumentów przedmiotowych przewidziana w SWZ nie uchyla jednak zakazu zmiany oferty wynikającego z art. 223 ust. 1 PrZamPubl ani zasady niezmienności oferty wynikającej również z zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 PrZamPubl.

W związku z powyższym Izba stwierdziła za uzasadniony wynik przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej, wskazujący na to, że oferta Wykonawcy E sp. z o.o. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia. Dodatkowo, Izba podniosła, iż uznanie przez Zamawiającego uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez Wykonawcę E Sp. z o.o. za prawidłowe, doprowadziło do zmiany treści oferty ww. Wykonawcy, co stanowiło naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

2.3. Odrzucenie oferty na podstawie:

2.3.1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tym samym, oferta musi być zgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Tym samym, podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 ustawy Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Analiza tej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

W wyroku z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3077/23, Krajowa Izba Odwoławcza wprost wskazała, w jakim przypadku zamawiający powinien rozważyć o niezgodności oferty z treścią dokumentu zamówienia. *O sprzeczności oferty z warunkami zamówienia można przy tym mówić wyłącznie wtedy, gdy sprzeczność ta jest niewątpliwa, jednoznaczna, zasadnicza i nieusuwalna. Nie może być przy tym żadnej wątpliwości co do tego, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada jasno sprecyzowanym i wyartykułowanym wymaganiom zamawiającego, opisanym w dokumentacji. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.*

Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle ustawy Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie omawianego przepisu, dotyczyć mogą:

1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urzędzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji),

2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia, powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę, wskazanie jednej osoby na dwa różne stanowiska wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w dokumentach zamówienia),

3) równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazania równoważności (np. zaoferowanie produktu równoważnego bez wykazania równoważności - art. 101 ust. 5 i 6 Pzp, urządzenie zaoferowane jako równoważne - nie potwierdza prawidłowo opisanych przez zamawiającego standardów równoważności).

Warto zwrócić uwagę na kwestie niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zależności od przedmiotu, który został określony przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

W przypadku powierzenia wykonawcom nie tylko budowy, ale i zaprojektowania inwestycji, czyli gdy zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” wykrycie niezgodności oferty z postanowieniami np.: SWZ, napotyka na wiele trudności, gdyż na etapie badania ofert nie zostanie jeszcze sporządzona dokumentacja projektowa. W związku z powyższym, zamawiający nie powinien powoływać się na fakt, że nie ma możliwości dostrzeżenia niezgodności oferty z zapisami dokumentów zamówienia, gdyż wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje, a zostanie dopiero opracowana przez wykonawcę na późniejszym etapie, tj. po zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Powyższa praktyka uznawana jest za błędną. Na etapie analizy ofert wykonawców istnieje możliwość dokonania weryfikacji niezgodności oferty z warunkami zamówienia m.in. na podstawie dokumentu służącemu ustaleniu planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowaniu oferty, a w szczególności w oparciu o § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 21 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1466/21, Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, w oparciu o jaką dokumentację należy oceniać poprawność oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i Wybuduj”: *Trudno zaś na obecnym etapie recenzować poprawność merytoryczną (techniczną i prawną) nieistniejącej jeszcze dokumentacji projektowej, która dopiero po jej wykonaniu zostanie oceniona przez Zamawiającego, jak i uprawnione organy, zwłaszcza pod kątem zgodności z przepisami i wymaganiami DŚU (przypis autora: Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach). Należy tu podkreślić, że wobec takiego sformułowania przedmiotu zamówienia i treści oferty, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu wykonawcy składają ofertę w oparciu o wstępną koncepcję wykonania zamówienia, która zostanie sprecyzowana dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, która, co oczywiste, będzie musiała uwzględniać wszystkie wymagania PFU, DŚU, przepisów prawa oraz sztuki budowlanej. Zatem na tym etapie głównym elementem rozważań co do poprawności oferty jest to, czy zaoferowana cena pozwoli na wykonanie planowanych robót budowlanych zgodnie z powyższymi wymaganiami. Powyższe stwierdzenie nie oznacza oczywiście, że zastosowanie formuły "projektuj i buduj", jak też wyjaśnienie treści oferty, wyklucza stwierdzenie, że w takim wypadku oferta nie może być niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - bo może to mieć miejsce - jednak, tak jak i w pozostałych przypadkach, stwierdzenie to musi być bardziej kateryczne i jednoznacznie niż mas to miejsce w niniejszej sprawie. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała, że, aby odrzucić ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, trzeba wpięrw tę niezgodność jasno ustalić.*

W kolejnym orzeczeniu, Krajowa Izba Odwoławcza wprost wskazała, jak należy badać ofertę w formule „Zaprojektuj i Wybuduj”, pod kątem jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Istotna*

dla oceny zarzutów w niniejszej sprawie jest także kwestia formuły, w jakiej zamawiający zdecydował się prowadzić przedmiotowe postępowanie a więc w formule „zaprojektuj i wybuduj” co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter wyłącznie ogólny, wiele elementów składających się na jego realizację zostanie skonkretyzowanych dopiero na etapie przygotowania koncepcji czy też prac projektowych. Powyższe z jednej strony daje większą swobodę wykonawcy w zakresie doboru zastosowanych przez niego rozwiązań po stronie zamawiającego z kolei oznacza, że podstawę zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp mogą stanowić wyłącznie jednoznaczne i wyczerpujące postanowienia SWZ, w tym PFU. Z kolei to wszystko, co nie zostało ujęte w dokumentach przygotowanych i przekazanych w toku postępowania wykonawcom jest dopuszczalne, a taka oferta pozostaje w zgodzie z warunkami zamówienia.⁴²

Natomiast, gdy dana inwestycja będzie realizowana w formule „Wybuduj”, w której to oferta sporządzana jest zgodnie ze stworzoną uprzednio dokumentacją postępowania, wykrycie niezgodności z tą dokumentacją, tj. z warunkami zamówienia, jest mniej skomplikowane niż w formule „Zaprojektuj i Wybuduj”. Należy podkreślić, że niezgodność oferty w wielu stanach faktycznych polega na braku wyceny określonej pozycji kosztorysu, który wypełniany jest w odniesieniu do kontraktów w formule „Wybuduj”.

Ponadto, niezgodność z warunkami zamówienia może być wykazana w toku czynności polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania zamawiającego, z której to odpowiedzi wykonawcy może wynikać, że dany zakres nie został przewidziany przez niego w ofercie, pomimo iż ten zakres został wprost wskazany w dokumentacji projektowej, na podstawie której wykonawca sporządzał ofertę.

Jak wskazuje praktyka, w wielu postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w swoich ofertach proponowali bardziej korzystne cenowo rozwiązania celem wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej, lecz niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Dalszą konsekwencją takiego stanu rzeczy, co jest oczywiste przy niezgodności z warunkami zamówienia jest brak porównywalności ofert, który nie może mieć miejsca w przypadku prawidłowej oceny ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia objętego postępowaniem.

Należy stwierdzić, że odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż na zamawiającego został nałożony obowiązek poprawienia w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru.⁴³

W przypadku, gdy zamawiający podejmuje czynności, które mają na celu wykazanie, że dany wykonawca określił w postanowieniach oferty zakres niezgodny z przedmiotem zamówienia, gospodarz postępowania zobligowany jest do uprawdopodobnienia, że nie występują żadne nieścisłości, bądź wątpliwości, co do treści zawartej w sporządzonych przez niego dokumentach zamówienia.

Tym samym, odrzucenie oferty nastąpi jedynie wówczas, gdy zamawiający w sposób jednoznaczny wykaże, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając na uwadze charakter sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, nie może być w tym zakresie miejsca na jakiegokolwiek niedomówienia czy dwuznaczności.

Krajowa Izba Odwoławcza w sposób definitywny wskazała jakie zamawiający powinien wypełnić obowiązki, w przypadku odrzucenia oferty zgodnie z przesłanką określoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: (...) *podejmując decyzję o odrzuceniu oferty danego wykonawcy, zamawiający musi mieć pewność co do tego, że oferowane przez niego świadczenie nie odpowiada temu, czego zamawiający oczekuje od wykonawcy. Przy tym ma także obowiązek, podejmując decyzję w tym przedmiocie i uzasadniając ją*

⁴² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3077/23.

⁴³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1177/23.

wykonawcy składającemu ofertę, wskazania określonych zapisów zawartych w SWZ z którymi oferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny.⁴⁴

Odnosząc się do powyższych rozważań, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy zamawiający wykaże, że oferta wykonawcy jest niezgodna z zapisami zawartymi w dokumentach zamówienia, które to obowiązywały na dzień upływu terminu składania ofert. Natomiast, niedozwolone jest interpretowanie przez zamawiającego postanowień dokumentów zamówienia, które zostały sporządzone na rzecz danego postępowania, w sposób rozszerzający, czyli niezgodnie z ich ustaloną treścią.

Praktyka kontroli

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r., znak: KND/221/21.

W przedmiotowym postępowaniu, w załączniku do SWZ zamawiający wskazał automatyczny uzdatniacz do wody w ilości 5 sztuk, wobec którego wymagał:

„pkt. 5 - Wykonanie z tworzywa sztucznego;

pkt. 8 - Zawartość żywicy: 4 litry;

pkt. 11 - Możliwość programowania godziny regeneracji;

pkt. 20 - Zużycie soli max [kg] 4,5;

pkt 21 - Zbiornik soli max[kg] 75 kg;

pkt 23 - Temperatura dopływu wody < 30 °C;

pkt 24 - Średnica przyłącza 3/4;

pkt 25 - Ilość złoża max [l] 30;

pkt 26 - Długość 320, głębokość 540 wysokość 1140 (wymiar z projektu);

pkt 27 - Zasilanie: 230V;

pkt 28 - Min. 100 kg soli do każdej sztuki.”

Po analizie dokumentacji przedłożonej do kontroli doraźnej dostrzeżono, że Wykonawca U. w złożonym wraz z ofertą załączniku do SWZ, gdzie oświadczył, poprzez wpisanie w rubrykę słowa „TAK”, iż spełnia wskazane przez Zamawiającego wymagania. Jednocześnie jako przedmiotowy środek dowodowy załączył wraz z ofertą kartę katalogową uzdatniacza.

Warto podkreślić, że w przedłożonej karcie katalogowej wskazano wymiary: 510 x 360 x 1140 mm. Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że Zamawiający określił w załączniku do SWZ automatyczny uzdatniacz do wody, konkretne, precyzyjne parametry, które miało spełnić wymagane urządzenie. Wykonawca U, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, przedłożył kartę katalogową wraz z ofertą, w której wskazał całkiem odmienne parametry dla uzdatniacza tj.: 510x360x1140 mm.

„Zatem powyższe dowodzi, że przedmiotowe urządzenie nie odpowiada warunkom określonym przez zamawiającego w SWZ. Pomimo, iż w załączniku do SWZ wykonawca wyraźnie oświadczył, że wymieniony przez niego uzdatniacz spełnia wszystkie te warunki. Zamawiający w efekcie dokonania badania oferty wykonawcy U zamiast ją odrzucić, z uwagi na wyraźny brak spełniania przez oferowany uzdatniacz warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia, dopuścił tolerancję w zakresie wymiarów, której wcześniej nie określił, niejako modyfikując zapisy SWZ w tym zakresie po upływie terminu składania ofert.” Niniejsza sprawa była przedmiotem kontroli doraźnej. Na skutek podjętych czynności kontrolnych wykazano naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niedokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, w której zaoferowano automatyczny uzdatniacz niespełniający warunków określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

⁴⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3077/23.

Zdaniem Kontrolującego, powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Jak wynika z akt sprawy, zamawiający w ustawowym terminie złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej.

W uchwale z dnia 9 listopada 2022 r., sygn. akt KIO/KD 30/22, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię o nieuwzględnieniu w całości zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej.

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 lipca 2022 r., znak sprawy KND/201/21/DKZP.

Przedmiot kontrolowanego zamówienia zawierał dostawę laptopów z systemem operacyjnym dla uczniów (40 szt.) i nauczycieli (10 szt.), monitorów interaktywnych (7 szt.) i szafy do przechowywania laptopów (1 szt.). Zgodnie z treścią SWZ oraz szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zamówienie obejmowało dostawę laptopów o następujących parametrach:

Laptop dla uczniów, sztuk: 20

Parametry pamięci masowej (dysk twardy): 256 GB lub więcej

Pamięć operacyjna (RAM) minimum: 8 GB

Możliwość rozbudowy: 16 GB lub więcej

Laptop dla nauczycieli, sztuk 5

Parametry pamięci masowej (dysk twardy): 512 GB lub więcej

Pamięć operacyjna (RAM) minimum: 8 GB

Możliwość rozbudowy: 16 GB lub więcej

Laptop dla nauczycieli, sztuk 5

Parametry pamięci masowej (dysk twardy): 512 GB lub więcej

Pamięć operacyjna (RAM) minimum: 16 GB

Możliwość rozbudowy: 32 GB lub więcej

Laptop dla uczniów, sztuk 20

Parametry pamięci masowej (dysk twardy): 512 GB lub więcej

Pamięć operacyjna (RAM) minimum: 16 GB

Możliwość rozbudowy: 32 GB lub więcej

W zapisach SWZ określono, że: „działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający przewiduje, że w sytuacji, w której wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający jednokrotnie wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”.

W toku przeprowadzonych czynności kontrolnych wywnioskowano, że w toku kontroli zostały ustalone następujące informacje dotyczące oferty Wykonawcy E:

W złożonej ofercie (przed jej uzupełnieniem) znajdowały się dwie specyfikacje techniczne:

- HP 250 G8 – laptop dla uczniów: 8 GB pamięci RAM z możliwością rozbudowy do 16 GB; dysk twardy 256 GB;
- HP 250 G8 – laptop dla nauczycieli: 8 GB pamięci RAM z możliwością rozbudowy do 16 GB; dysk twardy 512 GB.

Powyższe oznacza, że w złożonej ofercie Wykonawcy brakowało specyfikacji potwierdzającej spełnianie wymagań (16 GB pamięci RAM z możliwością rozbudowy do 32 GB, dysk twardy 512 GB lub więcej).

Co istotne, z treści oferty, poza jednym zdaniem w formularzu ofertowym: (*Oferowany przez nas przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia*) nie wynika, jaki dokładnie przedmiot zamówienia oferuje wykonawca i czy obejmuje on wszystkie trzy wymagane przez Zamawiającego rodzaje laptopów.

Przy piśmie z dnia 01.10.2021 r. Wykonawca E wyjaśnił, że *do oferty omyłkowo załączył tylko dwie karty katalogowe* w związku z tym, jako uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wykonawca

przedłożył kolejne dwie karty katalogowe, czyli specyfikację techniczną spełniającą parametry, tj.: HP 250 G8 – laptop: 16 GB pamięci RAM z możliwością rozbudowy do 32 GB; dysk twardy 512 GB.

Opierając się na powyższym stanie faktycznym sprawy, w formularzu ofertowym załączonym do oferty wykonawcy E nie wynikało, jaki dokładnie przedmiot zamówienia wykonawca oferuje Zamawiającemu. Nie zostało w nim jasno i precyzyjnie wyszczególnione, że wykonawca oferuje trzy różne rodzaje (konfiguracje techniczne) laptopów, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jedynymi dokumentami, z których wynikało, jaki przedmiot zamówienia oferuje wykonawca, były dwie specyfikacje techniczne, spełniające wymagania dla dwóch z trzech wymaganych rodzajów laptopów (...). W piśmie z dnia 01.10.2021 r. wykonawca E poinformował zamawiającego, że omyłkowo nie załączył do oferty specyfikacji technicznej dla trzeciego rodzaju laptopów, a tym samym po złożeniu oferty, oświadczył, że oferuje przedmiot zamówienia w powyższym zakresie.

W konsekwencji, uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe wychodziły poza treść wynikającą pierwotnie z oferty, wskazywały na nowe elementy związane z oświadczeniem woli wykonawcy i kształtowały nową treść jego zobowiązania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, która pierwotnie nie została przedstawiona w ofercie. W związku z powyższym, uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych urzeczywistniło ostateczny i pełny kształt zobowiązania wykonawcy.

Weryfikacja stanu faktycznego sprawy dowiodła, iż: *uzupełnienie dokumentów w żadnym wypadku nie miało charakteru potwierdzenia, że zaoferowany uprzednio w ofercie przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, lecz miało na celu uzupełnienie oświadczenia wykonawcy o informacje na temat zakresu oferowanego świadczenia, a zatem doszło do zmiany treści jego oferty.*

W informacji o wyniku kontroli stwierdzono uchybienie normy prawnej art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy E, podczas gdy w pierwotnej treści oferta była niezgodna z treścią SWZ, a dalsze uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych skutkowało niedopuszczalną modyfikacją treści oferty.

Zamawiający złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.⁴⁵

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 czerwca 2023 r., znak sprawy: KND/162/22/DKZP.

W kolejnej sprawie, która podlegała kontroli doraźnej Prezesa Urzędu przedmiotem zamówienia była dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – skarpety specjalne letnie i zimowe WS oraz bielizna specjalna letnia i zimowa WS. Ponadto w dalszej części SWZ wskazano, iż zakres zamówienia obejmował cztery zadania, tj.:

- zadanie nr 1 – skarpety specjalne letnie WS – 11 470 par
- zadanie nr 2 - skarpety specjalne zimowe WS – 12 270 par
- zadanie nr 3 – bielizna specjalna letnia WS – 6 800 kpl.
- zadanie nr 4 – bielizna zimowa specjalna WS – 6 800 kpl.

Wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia wyprodukowany według wymagań określonych w odpowiednich WTU, o których mowa powyżej. Wymagania Techniczne – Użytkowe są integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania o zmianie specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający żądał: w zakresie zadania nr 3, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

⁴⁵ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO/KD 22/22.

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj. po jednym komplecie: bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny specjalnej letniej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 74/DKWS);
- wymagane jest złożenie przez oferenta stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 74/DKWS.

Zamawiający żądał w zakresie zadania nr 4, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- wzory oferowanego przedmiotu umundurowania i wyekwipowania, tj.: po jednym komplecie: bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze czarnym 19-4006 TCX oraz bielizny zimowej specjalnej WS w rozmiarze L w kolorze Coyote 18-0724 (zgodne z WTU 75/DKWS);
- wymagane jest złożenie przez oferenta stosownych dokumentów poświadczających rodzaj, pochodzenie oraz rok produkcji przędzy użytej do dzianiny zasadniczej;
- wyniki badań z akredytowanego laboratorium badawczego potwierdzające wymagania zawarte w tablicy nr 2, WTU nr 75/DKWS."

Zamawiający wskazał w treści SWZ, iż żądane przedmiotowe środki dowodowe „każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie składa wraz z ofertą”. Ponadto jak wynika z SWZ „Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia wskazanych w pkt 1 przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą lub złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne.

Zamawiający w załączniku Bielizna specjalna letnia WS, przewidział następujące zapisy:

Tablica nr 1 Materiały i dodatki

Lp.	Nazwa materiału	Typ, rodzaj, charakterystyka materiału
1	Dzianina zasadnicza wykonana z przędzy Nilit Aquarius i BodyFresh	dzianina dwuwarstwowa w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX
2	Dzianina na plisę w dekolcie wykonana z przędzy Nilit Aquarius i BodyFresh	dzianina zasadnicza w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX
3	Nici odzieżowe	nici z poliestrowych włókien odcinkowych o masie liniowej 160 dtex x 1 w kolorze dzianiny zasadniczej
4	Nici odzieżowe na maszynę cztero-igłową	nici poliestrowe z włókien ciągłych o masie liniowej 160 i 120 dtex w kolorze dzianiny zasadniczej

Zamawiający w załączniku Bielizna zimowa specjalna WS, przewidział następujące zapisy:

Tablica nr 1 Materiały i dodatki

Lp.	Nazwa materiału	Typ, rodzaj, charakterystyka materiału
1	Dzianina zasadnicza wykonana z przędzy Nilit Aquarius i BodyFresh	dzianina dwuwarstwowa w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX
2	Dzianina na plisę w dekolcie wykonana z przędzy Nilit Aquarius i BodyFresh	dzianina zasadnicza w kolorze czarny 19-4006 TCX, oliwka 19-0309 TCX, coyote 18-0724 TCX
3	Nici odzieżowe	nici z poliestrowych włókien odcinkowych o masie liniowej 160 dtex w kolorze dzianiny zasadniczej

4	Nici odzieżowe na maszynę czteroigłową	nici poliestrowe z włókien ciągłych o masie liniowej 160 i 120 dtex w kolorze dzianiny zasadniczej
---	--	--

Oferta wykonawcy L podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż wykonawca L. w kontrolowanym postępowaniu przedstawił zaświadczenie o wykorzystaniu jedynie przędzy Nilit® BodyFresh. Zamawiający wymagał zastosowania następujących przędz: Nilit® Aquarius oraz Nilit® BodyFresh.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie podlegają uwzględnieniu.⁴⁶

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

W wyroku z dnia 14 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 248/24, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie mi.in. w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp ze względu na to, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. Należy wskazać, że przedmiotem zamówienia w omawianej sprawie był odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Izba w przedmiotowym postępowaniu odniosła się do stanu faktycznego sprawy: „zgodnie z pkt I.1.2 OPZ i obowiązkami wynikającymi z jego treści, na każdą frakcję odpadów wykonawca powinien dostarczyć ok. 2000 pojemników o pojemności 240 l i 120 l, co daje łącznie ok. 10 000 pojemników o pojemności 240 l i 120 l dla wszystkich pięciu frakcji odpadów. Dodatkowo wykonawca ma obowiązek dostarczyć ok. 60 sztuk pojemników o pojemności 1100 l. Zdaniem Odwołującego oferta PW (niezależnie od prób późniejszego „sanowania” przez PW wytkniętego w pierwszym odwołaniu Odwołującego błędu w jego ofercie) obejmowała tylko wyposażenie nieruchomości w pojemniki o pojemności 120 l i 240 l w ilości 4000 sztuk, co nie pozwoli na wyposażenie wszystkich nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia w pięć pojemników przeznaczonych do gromadzenia oddzielnie pięciu frakcji odpadów.” W dalszej treści wyroku, Izba wyraziła swoje stanowisko w niniejszej sprawie: „Zarzut nr 1 odwołania sprowadzał się do zakwestionowania zaoferowanej liczby pojemników o wielkości 120 l i 240 l. Izba w tym zakresie nie dała wiary gośłownym stwierdzeniom Przystępującego o posiadaniu wymaganej liczby pojemników na stanie, dedykowanych do realizacji zamówienia. Przystępujący kwestię tę wskazał po raz pierwszy w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2024 r, zaś dalsza retoryka była podtrzymaniem zajętego stanowiska. (...) Przede wszystkim, skoro Przystępujący jest – jak sam twierdzi – małą rodzinną firmą, to nie sposób dać wiary twierdzeniom, że dysponuje zapasem pojemników w tak znacznej liczbie o wartości wynoszącej kilkaset tysięcy złotych. Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący posiada liczbę pojemników wskazaną w Arkuszu spisu z natury, jednakże są to wszystkie pojemniki wchodzące w skład jego przedsiębiorstwa, a nie wyłącznie dedykowane do przedmiotowego zamówienia. Powyższe Izba ustaliła na podstawie dowodów złożonych przez Odwołującego, stanowiących informacje z gmin o liczbie wykorzystywanych pojemników, co jest spójne także z inicjatywą dowodową Przystępującego, stanowiącą potwierdzenie realizacji zamówień w tychże gminach.”

Opierając się na powyższym, Izba na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz stanu faktycznego sprawy wywnioskowała, że Wykonawca w ofercie określił za małą ilość pojemników na śmieci w porównaniu do wymagań, co do ilości wskazanych w postanowieniach SWZ, stąd oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

⁴⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2023 r., sygn. akt KIO/KD 11/23.

2.3.2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp – odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Opierając się na treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, należy stwierdzić, że w odniesieniu do zagadnienia opisu przedmiotu zamówienia poniżej poruszono kwestie związane z niezłożeniem w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego lub innego dokumentu wymaganego w dokumentach zamówienia.

Warto wskazać, że zgodnie z treścią normy prawnej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy wykonawca nie złożył innych dokumentów składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy i jednocześnie nie ma podstaw do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo złożonej przez niego oferty bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Należy stwierdzić, że norma prawna art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp ma odniesienie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Na mocy wskazanych przepisów zamawiający, wzywając wykonawcę do dokonania określonych w tych przepisach czynności, określa termin na ich dokonanie. W postępowaniach wieloetapowych zaistnienie przesłanek określonych w omawianym przepisie (poza przypadkiem niezłożenia przedmiotowego środka dowodowego) skutkuje odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

W normie prawnej art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp odniesiono się również do niezłożenia w terminie przedmiotowych środków dowodowych, stąd ww. regulacja również odwołuje się do art. 107 ust. 1–2 ustawy Pzp.

Przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Zamawiający jest zobligowany poinformować w zapisach ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, jakie przedmiotowe środki dowodowe powinni złożyć wykonawcy. Tym samym, w sytuacji, gdy zamawiający narzucił na wykonawców obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych, powinien on wskazać jednoznaczne wymagania w opisie przedmiotu zamówienia lub dokumentach zamówienia, które będą potwierdzone przez przedmiotowy środek dowodowy. Użycie sformułowania „niezbędności” ma na celu zagwarantowanie zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert, że oferowane przez wykonawcę rozwiązania nie są obarczone ryzykiem otrzymania przedmiotu zamówienia niespełniającego oczekiwań zamawiającego. Zamawiający może żądać wyłącznie takich przedmiotowych środków dowodowych, które potwierdzać mają najistotniejsze elementy przedmiotu zamówienia lub takie, które potwierdzają, że dane zamówienie cechuje się szczególnymi aspektami ekologicznymi, społecznymi itd. Warunkiem prawidłowego żądania przedmiotowego środka dowodowego jest jego precyzyjne opisanie.

Zgodnie z treścią art. 106 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Ponadto, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do treści art. 106 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Zatem, żądanie dotyczy wszystkich wykonawców w takim samym zakresie oraz niedopuszczalne jest różnicowanie wykonawców pod kątem obowiązku składania przedmiotowych środków dowodowych ani pod tzw. „siłą dowodową” danego środka. Wykonawcy mają możliwość przedłożenia odmienne środki dowodowe, aniżeli te, które zamawiający wyszczególnił w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu z zastrzeżeniem, że potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Jak wskazuje art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, generalną zasadą jest złożenie przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Opierając się na powyższej regulacji, należy stwierdzić, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu. Natomiast, na mocy art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Ponadto, należy wziąć pod rozwagę wyjątek od zasady, który został określony w art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, otóż przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ustawodawca dopuścił możliwość złożenia wyjaśnień przez wykonawcę dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, jednakże jedynie zgodnie z wezwaniem zamawiającego przekazanym zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Opierając się na powyższych rozważaniach, w przypadku, gdy wykonawca nie przedstawi zamawiającemu przedmiotowych środków dowodowych jego oferta zostanie odrzucona, a ponadto może to skutkować niepotwierdzeniem zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, co za tym idzie jego oferta również podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Natomiast, w drugim przypadku, nieprzyznaniem punktów w danym kryterium oceny ofert.

Praktyka kontroli

➤ Informacja o wyniku kontroli z dnia 10 września 2021 r., znak sprawy: KND/89/21/DKZP.

Zamawiający wszczął postępowanie w sprawie udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, którego przedmiotem była usługa przygotowania i dostarczania posiłków do Domu Pomocy Społecznej.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, o których mowa w następujących regulacjach prawnych: *art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, art. 94 ust. 1 pkt 10 ustawy.*

W dokumencie zamówienia (SWZ) wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Jednocześnie, zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył:

- dokument potwierdzający status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumenty potwierdzające prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie

jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych;

- dokument potwierdzający procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

„Należy również zauważyć, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, jednym z kryteriów oceny ofert była „ilość zatrudnionych przez wykonawcę pracowników z tzw. grup społecznie marginalizowanych” z wagą 20%. Ocenie podlegała ilość osób do 30-go roku życia oraz po ukończeniu 50-go roku życia, zatrudnionych do realizacji niniejszego zamówienia na podstawie umowy o pracę. Powyższą informację wykonawca zobowiązany był wskazać w formularzu ofertowym.

Ponadto, w ww. dokumencie zamówienia Zamawiający zaznaczył, że na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga, aby Wykonawca lub Podwykonawca w trakcie realizacji zamówienia zatrudniał na umowę o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, osobę/osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z realizacją zamówienia, tj. przygotowaniem posiłków oraz dostawą, przy czym zatrudnienie na podstawie umowy o pracę winno trwać przez cały okres realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w projekcie umowy, Zamawiający wskazał na obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę do wykonywania czynności przygotowywania i gotowania posiłków, między innymi osoby:

- bezrobotne w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;
- młodociane, o których mowa w przepisach prawa pracy, zatrudnione w celu przygotowania zawodowego;
- niepełnosprawne, w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, do 30%.

W formularzu ofertowym wykonawca wskazał, iż do realizacji niniejszego zamówienia zatrudni pracowników z tzw. „grup społecznie marginalizowanych”, tj.:

- a) do ukończenia 30-go roku życia – 1 osobę;
- b) po ukończeniu 50-go roku życia – 1 osobę.

Wykonawca C nie załączył do oferty dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków zamówienia zastrzeżonego na podstawie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec zaniechania złożenia przez wykonawcę C wymaganych dokumentów, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był wezwać wykonawcę do ich złożenia. (...). Z uwagi na powyższe należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy C do złożenia dokumentów wymaganych w punkcie 8 Rozdziału XI specyfikacji warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych dokumentów lub niezgodnej z warunkami zamówienia wynikającymi z zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniu wyłącznie dla podmiotów realizujących cel integracyjny. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie nie złożono zastrzeżeń do wykazanych naruszeń w informacji o wyniku kontroli.

- Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 12.09.2022 r., znak sprawy: KND/189/21/DKZP.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji przekazanej celem podjęcia czynności kontrolnych, Kontrolujący wykazał naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy C, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego,

potwierdzającego spełnienie przez olej zaoferowany w poz. 5 formularza asortymentowo - cenowego wymaganej przez zamawiającego normy FIAT 9.55535-S1.

W opinii Kontrolującego powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która powinna zostać odrzucona.

W opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający wyszczególnił konkretne wymagania, co do produktu:
„Przeznaczenie oleju, płynu, smaru, dotychczas stosowany olej, pożądana wielkość opakowania: Olej silnikowy do samochodów osobowych i lekkich dostawczych, benzynowych i Diesla, także z turbodoładowaniem i katalizatorami; dotychczas stosowany olej to CASTROL MAGNATEC C2; wielkość opakowania ok. 60 litrów

Wymagana lepkość wg SAE lub numer katalogowy: 5W30

Specyfikacje, normy, dopuszczenia, wymagane aprobaty i homologacje lub nr katalogowy oryginału:

- SN; C2;

- PSA B71 2290

- FIAT 9.55535-S1.”

Zgodnie z treścią dokumentu zamówienia, czyli SWZ:

„Na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych:

- dla każdej pozycji formularza asortymentowo-cenowego Wykonawca miał dołączyć do oferty karty techniczne opisujące oferowany produkt, będące oficjalnymi wyciągami z katalogów lub folderów stosowanymi w powszechnych stosunkach handlowych, zawierające opisy/parametry oferowanych produktów, potwierdzające spełnianie wymogów zgodnie z formularzem asortymentowo – cenowym.

Zamawiający podkreślił, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający mógł również żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy C na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp o złożenie przedmiotowych środków dowodowych (Wykonawca nie złożył kart katalogowych razem z ofertą) oraz złożenie wyjaśnień, co do treści złożonych ofert w następującym zakresie:

„a) uzupełnienia dla każdej pozycji formularza asortymentowo-cenowego- kart technicznych opisujących oferowany produkt, będących oficjalnymi wyciągami z katalogów lub folderów stosowanymi w powszechnych stosunkach handlowych, zawierające opisy /parametry oferowanych produktów, potwierdzające spełnianie wymogów zgodnie z formularzem asortymentowo – cenowym. Należy podkreślić, że Wykonawca nie załączył wraz z ofertą kart technicznych dla żadnej pozycji formularza asortymentowo-cenowego, a tym samym nie potwierdził, że oferowane oleje i smary spełniają wszystkie nasze wymagania.

b) potwierdzenie, że zaoferowany olej silnikowy w formularzu asortymentowo cenowym spełniają wymagania specyfikacji BMW LL-01 oraz MB 226.5. Ponadto, zobowiązano Wykonawcę do wyjaśnienie formularza asortymentowo-cenowego, dla której zaoferował olej COMMA SYNESR-Z 5W30. Dotychczas stosowanym olejem, co zostało zaznaczone w formularzu, jest olej General Motors GENUINE 5W30.

c) wyjaśnienie, czy zaoferowany dla tej pozycji olej jest w pełni mieszalny z olejem dotychczas stosowanym olejem. Zamawiający również wymagał zapewnienie, że nowa mieszanka (dolewka nowego oleju) zapewni silnikowi należyłą ochronę, a wszystkie układy łącznie z turbodoładowaniem, pompowtryskiwaczami, czy filtrami DPF będą pracowały należycie.”

W dniu 12 sierpnia 2021 r. Wykonawca C. przedłożył w odpowiedzi na ww. wezwanie karty katalogowe oferowanych produktów oraz złożył wyjaśnienia następującej treści:

1) Zaoferowany olej w poz. 2 spełnia wymagania specyfikacji BMW LL-01 jako starszej oraz nowszej BMW LL-04 oraz Mercedesa MB226.5 oraz nowszych.

2) Zaoferowany olej COMMA SynerG 5W30 jest w pełni mieszalny i/lub zastępowalny do dotychczas stosowanego oleju GENUINE 5W30 OE OPEL. Olej ten zarówno jak i olej OE zapewnia pełną ochronę silnika i jego komponentów.

W informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że z przesłanych przez Zamawiającego wyjaśnień i dokumentów, oferta Wykonawcy C wraz z uzupełnionymi dokumentami przedmiotowymi w zakresie poz. 5 formularza asortymentowo-cenowego, nie potwierdza, aby zaoferowany olej Castrol MAGNATEC STOP-START 5W-30 C2 był zgodny z warunkami zamówienia dotyczącymi spełnienia normy FIAT 9.55535-S1. W karcie katalogowej przedłożonej przez ww. Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego brak jest informacji o spełnieniu przedmiotowej normy: Castrol MAGNATEC STOP-START 5W-30 C2.

Od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający nie złożył zastrzeżeń, w związku z tym niniejsza sprawa nie była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1517/22.

W uzasadnieniu do wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na szereg czynności, które powinny zostać zrealizowane przez zamawiającego przed podjęciem ostatecznej decyzji, co do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2c ustawy Pzp: „Czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 PrZamPubl).

Tym samym nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 PrZamPubl”.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 805/23.

W przytoczonym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp w kontekście niezłożenia przedmiotowego środka dowodowego: „Zamawiający w treści SWZ zrezygnował z możliwości jaką daje art. 107 ust. 2 p.z.p. i przesądził, że nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą lub złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne. Z tego względu zidentyfikowanie braków w dokumentacji prowadzi od razu do odrzucenia oferty takiego Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. Co więcej, niezłożenie w ogóle przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie takich, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia powoduje, że oferta taka podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.”.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt KIO 1973/21.

Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do niezłożenia tłumaczenia na język polski przedmiotowego środka dowodowego: „Oferent ma obowiązek przedłożenia certyfikatu zgodności z normą wraz z tłumaczeniem. Wynika to z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452), w którym wprost wskazano, że m.in. przedmiotowe środki dowodowe sporządzone w języku obcym

przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Jeżeli zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ, że dokumenty elektroniczne powinny być złożone zgodnie z przepisami wskazanego rozporządzenia, to oznacza to, że przez powołanie się na przepisy tego rozporządzenia, również w SIWZ zamawiający poinformował o obowiązku przedkładania tłumaczeń na język polski. W świetle § 5 wskazanego rozporządzenia, środek dowodowy sporządzony w języku obcym musi być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski (z wyjątkiem art. 20 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych), co oznacza, że środek ten i tłumaczenie stanowią nierozdzielalną całość. W efekcie, aby zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, niezbędne jest przekazanie przez wykonawcę tłumaczenia środka dowodowego. Brak złożenia tego tłumaczenia oznacza, że odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego i jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

2.3.3. Art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp – odrzucenie oferty w przypadku, gdy oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku, gdy zamawiający wymagał jej złożenia.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z ust. 2, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia:

- 1) minimalne wymagania dla oferty wariantowej oraz wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej;
- 2) kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej.

Oferta wariantowa charakteryzuje się tym, że jest odmienna w stosunku do warunków zamówienia. Otóż, oferta wariantowa powinna zawierać pewne różnice w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia bądź zapisów, które zostały zawarte we wzorze umowy. W związku z powyższym oferta wariantowa to oferta, która wskazuje na użycie innych materiałów, zastosowanie innej technologii, równoważne czy pełniące te same funkcje wyposażenie prowadzące do osiągnięcia założonego celu.

Opierając się na stanowisku wyrażonym przez Komisję Europejską zamawiający może zobowiązać uczestników postępowania do przedłożenia oferty wariantowej na dwa sposoby, tj.:

- oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową,
- oferty wariantowej zamiast oferty podstawowej.⁴⁷

Przykładem oferty wariantowej byłby cel Zamawiającego w postaci przygotowania przeprawy drogowej przez rzekę między dwiema miejscowościami i oferty wariantowe polegające na budowie mostu łukowego albo wantowego. Niedopuszczalną ofertą alternatywną byłoby w tym przypadku zaoferowanie zbudowania mostu kolejowego zamiast drogowego.

Przykładowo „budowa systemu komunikacyjnego w gminie” wydaje się celem zbyt ogólnym, z kolei „budowa ulicy na danych działkach geodezyjnych” ma już w sobie walor pozwalający dopuścić ofertę wariantową – w postaci chociażby różnej technologii robót.⁴⁸

Należy nadmienić, że zamawiający przy sporządzaniu minimalnych wymagań dotyczących oferty wariantowej nie powinien w sposób zbyt precyzyjny wskazywać na wszelkie aspekty dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż wskazanie szczegółowych informacji w tym zakresie nie wypełnia celu oferty

⁴⁷ Por. Komisja Europejska, Wytyczne dotyczące zamówień publicznych na innowacje, 15.05.2018, C(2018) 3051 final, str. 41.

⁴⁸ Michał Walczewski, Czym jest oferta wariantowa i jak ją wybrać?, Monitor Zamówień publicznych, nr. 3/24, str. 26.

wariantowej. Tym samym, przy opisie minimalnych wymagań instytucja zamawiająca powinna skupić się na wskazaniu najbardziej istotnych kwestii o charakterze technicznym oraz cech, którymi muszą charakteryzować się odmienne rozwiązania.

Warto pamiętać o tym, że pomimo ww. możliwości w zakresie składania ofert wariantowych, w żadnym wypadku zamawiający nie może jedynie poprzestać na określeniu minimalnych wymagań dla oferty wariantowej, wciąż mają zastosowanie regulacje ustawy Pzp zobowiązujące gospodarzy postępowania do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy zgodnie z jego postanowieniami przygotowali zapisy swojej oferty.

Aby określić kryteria oceny ofert dla ofert wariantowych warto poddać analizie treść regulacji art. 92 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia: kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej „ oraz następujące stanowiska: *Wydaje się, że ustawodawca tym przepisem nakazał konieczność przewidzenia wspólnych kryteriów, które będą znajdowały zastosowanie do wszystkich złożonych ofert podstawowych, jak i wariantowych. W przepisie wskazano bowiem, że określone kryteria powinny być możliwe do zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i wariantowej.*⁴⁹

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający powinien sprecyzować jedno, zgodne kryterium oceny ofert dla obu rodzajów ofert, tj.: podstawowych oraz wariantowych. W kolejnym etapie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego winien utworzyć wspólny ranking oceny ofert dla ofert podstawowych oraz wariantowych.

W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie wskazano, jaki cel wypełnia oferta wariantowa w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: *Dopuszczenie oferty wariantowej na ogół nie jest niczym innym, jak uzupełnieniem opisu przedmiotu zamówienia sformułowanego przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi o wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności. Stąd minimalne wymagania z reguły będą polegały na wskazaniu wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Zamawiający może także sformułować minimalne wymagania, dokonując selektywnego wyboru wymagań mających zastosowanie do oferty podstawowej.*⁵⁰

W praktyce udzielania zamówień publicznych określono, jakie czynności może podjąć wykonawca w postępowaniu, w przypadku, gdy zamawiający wymagał złożenia oferty wariantowej, a także jak ważna jest analiza treści opisu przedmiotu zamówienia w kontekście tego, czy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert wariantowych w danym postępowaniu: *Jeżeli zamawiający dopuścił lub postawił wymóg składania ofert wariantowych, wykonawca może np. proponować rozwiązania techniczne, których zamawiający nie przewidział, opisując sposób wykonania zamówienia, lub proponować zastosowanie innych materiałów, niż planował zamawiający. Jeżeli jednak zamawiający opisz przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia z dopiskiem "lub równoważne", to zaferowanie przez wykonawcę równoważnych rozwiązań nie stanowi oferty wariantowej.*⁵¹

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

W wyroku z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 30/22, Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp za bezzasadny, gdyż zamawiający wprost w zapisach ogłoszenia o zamówieniu nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych, przedstawiając stanowisko o

⁴⁹ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowska, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, LEX, 2023, art. 92.

⁵⁰ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 307.

⁵¹ P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024, art. 92 ustawy Pzp.

następującej treści:

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dopuścił ani nie wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu złożenia oferty wariantowej. Zamawiający nie skorzystał zatem z uprawnienia, które mu przysługuje. Brak sformułowania stosownych postanowień w ogłoszeniu o zamówieniu oznacza, że wymaganie odnośnie możliwości lub obowiązku złożenia oferty wariantowej w danym postępowaniu nie występuje, gdyż wymaga ono jednoznacznego zakomunikowania wykonawcom w dokumentach zamówienia. Nie można wywodzić możliwości złożenia oferty wariantowej w sposób dorozumiany z jakichkolwiek innych postanowień SWZ, w szczególności wówczas, gdy odpowiednie jednoznaczne postanowienia w tym zakresie nie zostały przez zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

Dodatkowo wskazać należy, że jak wynika z Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie określił jednego wiążącego wszystkich wykonawców schematu realizacji instalacji technologicznej, dla którego alternatywę miałyby stanowić oferta wariantowa. Przedmiot zamówienia musi być zrealizowany przez Wykonawcę z uwzględnieniem wymagań, określonych przez zamawiającego w SWZ. Każdy wykonawca może samodzielnie dobrać sprzęt i jego ilości, które pozwolą na wykonanie linii technologicznej spełniającej wszystkie funkcjonalności określone w SWZ, z uwzględnieniem zastrzeżenia odnoszącego się do minimalnej liczby koniecznych do zastosowania separatorów optycznych. Nawet jednak w tym przypadku wykonawca ma możliwość rozszerzenia minimalnej wymaganej obligatoryjnie ilości separatorów o dodatkowe maksymalnie 3 - sztuki. Za ilość i dobór urządzeń/sprzętu do budowy linii technologicznej sortowni odpadów, które pozwolą na spełnienie co najmniej parametrów gwarantowanych odpowiada wykonawca, co nie oznacza, że oferty będą nieporównywalne czy wariantowe, gdyż zamawiający jednoznacznie opisał w SWZ rozwiązania, za pomocą których wykonawca ma zaproponować wykonanie przedmiotu zamówienia. Brak spełnienia tych wymagań będzie skutkowało, zgodnie z SWZ, odrzuceniem oferty, co zamawiający wprost zastrzegł w OPZ (w opisie zawartym w Formularzu cenowym).

W tym miejscu należy wskazać, że: (...) nie można wywodzić możliwości złożenia oferty wariantowej w sposób dorozumiany, z jakichkolwiek innych postanowień SWZ, w sytuacji, gdy odpowiednio jednoznaczne postanowienia w tym zakresie nie zostały przez zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, czy SWZ.⁵²

Zgodnie z założeniem art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę w następujących przypadkach:

- 1) oferta wariantowa nie została złożona;
- 2) nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku, gdy zamawiający wymagał jej złożenia w dokumentach postępowania.

Należy zwrócić szczególną uwagę na treść normy prawnej art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, w której to wskazano, że zamawiający dokona odrzucenia oferty podstawowej wówczas, gdy wykonawca nie przedłoży oferty wariantowej, pomimo że zamawiający określił wymóg jej złożenia. Dodatkowo, oferta zostanie również odrzucona na podstawie omawianego przepisu prawnego w przypadku, gdy wykonawca złoży ofertę wariantową, która nie spełnia wymagań.

Wart podkreślenia jest fakt, iż do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp dojdzie jedynie wówczas, gdy Zamawiający wymagał złożenia oferty wariantowej, stąd wykonawcy są zobowiązani do złożenia zarówno oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej. Natomiast, w przypadku, gdy zapisy ogłoszenia o zamówieniu bądź dokumentów zamówienia wskazują na możliwość przedstawienia wyłącznie oferty podstawowej lub wyłącznie oferty wariantowej, zamawiający nie będzie mógł skorzystać z

⁵² M. Stachowiak[w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, str. 92.

odrzućenia oferty wykonawcy zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, gdyż ww. przepis prawny nie ma zastosowania do opisanego zdarzenia.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy dojść do wniosku, iż regulacja art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp odnosi się do następujących przypadków, tj.:

- wykonawca nie złoży zgodnie z żądaniem zamawiającego oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową,
- oferta wariantowa składana wraz z ofertą podstawową nie spełnia minimalnych wymagań, które zamawiający wskazał w dokumentach zamówienia danego postępowania.

Przed podjęciem decyzji o wprowadzeniu wymogu złożenia ofert wariantowych instytucje zamawiające powinny szczegółowo zapoznać się z problematyką związaną z ww. ofertami. Warto podkreślić, że niezrozumienie przez zamawiających, co stanowi ofertę wariantową, bądź wskazanie w sposób nieprawidłowy minimalnych wymagań dla ofert wariantowych może skutkować wyeliminowaniem oferty danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisu prawnego art. 226 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

2.3.4. Art. 226 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – odrzucenie oferty, jeżeli obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. z 2023 r. poz. 913), stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe. Zatem, powyższy przepis znajduje w szczególności zastosowanie do zamówień z zakresu IT.

Należy zaznaczyć, iż użyte w przepisie sformułowanie „oferta obejmuje” oznacza, że oferta zawiera dostawę urządzeń lub oprogramowania wskazanych w rekomendacji lub że wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi przy użyciu tych urządzeń lub oprogramowania. Natomiast, w zakresie rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ww. ustawy, należy wskazać, iż jest wydawana, gdy uprawnione organy po przeprowadzeniu badania urządzenia informatycznego lub oprogramowania zidentyfikują podatność (urządzenia lub oprogramowania), której wykorzystanie może zagrozić w szczególności integralności, poufności, rozliczalności, autentyczności lub dostępności przetwarzanych danych, która może mieć wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa (art. 33 ust. 1 ww. ustawy). Rekomendacja nie ma charakteru decyzji administracyjnej, ale informacje w niej zawarte są wiążące dla zamawiającego przy ocenie ofert. W przypadku, gdy oferta zawiera urządzenia lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę, nawet jeżeli ta rekomendacja nie była znana wykonawcom (lub wydana) przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że wydana rekomendacja w trakcie trwającego postępowania musi zostać uwzględniona przez zamawiającego przy badaniu i ocenie ofert w tym postępowaniu.

2.3.5. Art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp – odrzucenie oferty, która została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku, gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

Przesłanka odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający wymagał obligatoryjnego zapoznania się z dokumentami zamówienia lub odbycia wizji lokalnej. Powyższy obowiązek zapoznania się z dokumentami zamówienia na miejscu lub odbycia wizji powinien zostać ujęty w SWZ stosownie do art. 134 ust. 2 pkt 8 oraz art. 281 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 131 ust. 2

ustawy Pzp, konieczność odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego wynikać może wyłącznie ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Zatem, powyższy obowiązek nie będzie znajdował zastosowania do każdego typu zamówienia, lecz jedynie do tych, których specyfika wymaga bardziej dogłębnego rozeznania się w istocie zamówienia oraz zapoznania się z materiałami, które nie mogą zostać udostępnione na stronie internetowej, czyli do zamówień wyróżniających się na tle innych zakresem lub złożonością, jak np. usługa renowacji lub konserwacji zabytku.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, oferta wykonawcy złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, podczas gdy zamawiający zastrzegł w dokumentach zamówienia taki obowiązek, podlega odrzuceniu.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

W wyroku z dnia 8 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3030/23, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: *w dniu 28 sierpnia 2023 roku w wizji lokalnej, co potwierdza treść listy obecności oraz złożonych pełnomocnictw, w formie elektronicznej, przekazanych poprzez środki komunikacji elektronicznej udział wzięł, jak stwierdził zamawiający, potencjalny Wykonawca – ML System S.A., który był reprezentowany przez pełnomocników, osoby fizyczne. Podmiot ten nie złożył oferty zamawiającemu. Natomiast oferta zaś została złożona przez Wykonawcę – ML System+ Sp. z o.o – czyli inny podmiot prawny. Podmiot ten nie uczestniczył w wizji lokalnej, tj. nie delegował na wizję swoich przedstawicieli lub pełnomocników.*

Odwołujący potwierdził, że stan faktyczny został prawidłowo przedstawiany przez Zamawiającego i nie jest sporny, jednak Zamawiający błędnie go ocenia oraz wyciąga zeń nieprawidłowe wnioski, w kontekście jego subsumpcji pod normę art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp — co do złożenia przez ML System+ sp. z o.o. oferty bez odbycia wizji lokalnej. Odwołujący podkreślił cel przeprowadzania wizji lokalnej jako sposobu na zapoznanie się przez wykonawców z miejscem wykonywania zamówienia lub znajdującymi się tam dokumentami, gdy jest to konieczne i uzasadnione ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. Natomiast celem obligatoryjnej wizji lokalnej jest przymuszenie wykonawców do zapoznania się z ww. informacjami, których posiadanie, wg Zamawiającego, jest warunkiem sine qua non przygotowania sensowej oferty i bezproblemowej realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa nadto, że ustawodawca nie mnoży w tym zakresie formalizmów, ale w przepisach określa warunkowany specyfiką przedmiotu zamówienia cel wizji lokalnej i jej wagę przez przewidzenie sankcji odrzucenia oferty, która została złożona bez odbycia wizji lokalnej. „Ustawodawca nie zakłada wcale konieczności „osobistego” odbycia wizji lokalnej przez wykonawcę — mogą to uczynić w jego imieniu i na jego rzecz inne podmioty — na co wskazuje dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp, która dotyczy złożenia oferty bez odbycia wymaganej wizji lokalnej, ale literalnie nie wymaga, aby była to wizja odbyta osobiście przez wykonawcę. Nie może więc tu chodzić o formalistycznie ujmowaną tożsamość podmiotową wykonawcy i podmiotu dokonującego wizji wyrażającą się w podpisach czy pełnomocnictwach, ale realizację celu jakim jest faktyczne zapoznanie się przez wykonawcę składającego ofertę ze specyfiką wykonania przedmiotu zamówienia na miejscu jego wykonywania.”

Podkreślił też w toku rozprawy, że z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy pzp wynika, że przepis ten odnosi się do oferty, a nie podmiotu wykonawcy.

Skład orzekający dzieląc stanowisko zamawiającego w tym względzie stwierdza, że sankcja w postaci odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie odbył obowiązkowej wizji lokalnej jest jednoznaczna. Wykonawca ML System+ sp. z o.o. niespornie w wizji lokalnej nie wzięł udziału. Oczywiście nie chodzi o literalnie osobisty udział spółki kapitałowej, co jest fizycznie niemożliwe, lecz udział przez osoby reprezentujące tę osobę prawną, piastujące funkcję organu w postaci zarządu, prokurenta lub pełnomocników. Z przepisu art. 131 ust. 2 pkt 1 wynika, że wizję lokalną przewidzianą przez

zamawiającego odbywa wykonawca, a więc podmiot, który zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy pzp, złożył ofertę.

Wobec jednoznaczności przepisów twierdzenie o nadmiernym formalizmie w czynności odrzucenia oferty odwołującego, jest niesłuszne. Odrębność podmiotów, ale i ich powiązania kapitałowe i osobowe pozostają bez znaczenia przy ocenie rozpatrywanego zarzutu. Zatem zamawiający nie naruszył przepisu art. 226 ust 1 pkt 18 przez zastosowanie go w konkretnym stanie faktycznym. Fakt uzyskania przez odwołującego informacji niezbędnych dla sporządzenia oferty uzyskanych od podmiotu trzeciego nie ma w tych okolicznościach sprawy znaczenia dla rozstrzygnięcia.

3. Rekomendacje Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Rekomendacje na systemy informatyczne.

Zmieniający się rynek IT, a z nim również zmieniające się sposoby dystrybucji oprogramowania (np. coraz powszechniejsze udostępnianie oprogramowania w modelach chmurowych), jak również sposoby jego wytwarzania oraz współpracy z zamawiającym na etapie tworzenia oprogramowania przyczynił się do podjęcia przez Prezesa Urzędu inicjatywy polegającej na opracowaniu rekomendacji dotyczących zamówień publicznych na systemy informatyczne, odpowiadających aktualnym potrzebom zarówno zamawiających, jak i dostawców IT⁵³.

Różnorodny zakres świadczeń składających się na zamówienia systemów IT oraz brak jednolitych standardów w tym zakresie przekłada się na różne możliwości opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) na zakup systemu IT. Powoduje to, że zamawiający powinni wykazać się szczególną starannością – dokładnie wskazując w OPZ, jakie są ich oczekiwania nie tylko względem samego systemu IT, jaki ma być nabywany, ale również względem samego sposobu, w jaki system ten ma powstawać (być wdrażany), a także tego, jak ma on później funkcjonować u zamawiającego.

Naprzeciw temu wyzwaniu wychodzą Rekomendacje dotyczące zamówień publicznych na systemy informatyczne TOM I oraz TOM II przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych przy współpracy ekspertów - przedstawicieli branży informatycznej w ramach grupy roboczej ds. systemów informatycznych⁵⁴.

Rekomendacje zawierają zbiór dobrych praktyk i wskazówek dotyczące działań, jakie Zamawiający powinni rozważyć na etapie planowania i przygotowywania postępowania dotyczącego systemu informatycznego.

Tom I Rekomendacji został poświęcony czynnościom przygotowawczym, jakie powinien podjąć zamawiający jeszcze przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na systemy informatyczne.

Tom I składa się z dwóch części:

1. Część 1 – obejmująca listę zagadnień, które powinien rozważyć zamawiający, przygotowując postępowanie.
2. Część 2 – zawierająca informacje o źródłach i narzędziach pozyskiwania wiedzy koniecznej do przygotowania postępowania.

⁵³ Pierwsze Rekomendacje dotyczące zamówień na systemy informatyczne zostały opracowane przez Prezesa UZP w 2009 r. pn. „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne, które w 2010 r. zostały opublikowane na stronie internetowej UZP. W 2011 r., po dodatkowej redakcji oraz połączeniu ich z rekomendacjami Prezesa UZP na dostawę zestawów komputerowych, zostały wydane wspólnie przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości oraz Urząd Zamówień Publicznych pn. „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych. Rekomendacje Prezesa UZP”. Zob.: <https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/12700.pdf>.

⁵⁴ Rekomendacje Prezesa UZP dotyczące zamówień na systemy informatyczne TOM I i TOM II dostępne są pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/rekomendacje-dotyczace-zamowien-publicznych-na-systemy-informatyczne>.

W Części 1 Rekomendacji omówione zostały okoliczności, które powinien wziąć pod uwagę zamawiający planując zakup systemów informatycznych. Okoliczności te zostały przedstawione w formie checklisty (propozycji pytań), którą zamawiający powinien sprawdzić przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia na systemy informatyczne.

Natomiast w Części 2 Rekomendacji zwrócono szczególną uwagę na kwestię pozyskania odpowiedniej i fachowej wiedzy niezbędnej do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Wskazano, iż podstawowym źródłem wiedzy jest wykwalifikowany personel w organizacji zamawiającego odpowiadający za poszczególne obszary merytoryczne. Jak zauważono: *Często kluczem do udanego wdrożenia systemu informatycznego są kompetentne osoby wchodzące w skład struktur projektowych, a jedną z przyczyn nieudanych wdrożeń i sporów na tle kontraktów informatycznych jest nieefektywna współpraca pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, często wynikająca z braku odpowiednich kompetencji po jednej ze stron*⁵⁵. W dalszej części omówiono kluczowe metody pozyskania kadry o odpowiednich kompetencjach i kwalifikacjach dla danego projektu, w przypadku, gdy zamawiający nie dysponuje taką kadrą, tj.:

- zatrudnienie na podstawie umowy o pracę specjalistów z rynku, którzy wsparliby zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i podczas jego realizacji;
- powierzenie przeprowadzenia postępowania wyspecjalizowanemu zamawiającemu centralnemu;
- zakup kompleksowej usługi doradczej i zawarcie umowy z wykonawcą zewnętrznym;
- pozyskanie wiedzy od wykonawców w ramach trybów udzielenia zamówienia przewidzianych ustawą Pzp, czyli poprzez przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych lub zastosowania trybów negocjacyjnych z wykonawcami – negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego.

Tom II Rekomendacji poświęcony został kwestiom związanym z opisaniem przedmiotu zamówienia (OPZ) na system IT. Stanowi on źródło cennych wskazówek przydatnych podczas formułowania opisu przedmiotu zamówienia na systemy informatyczne. Został podzielony na osiem rozdziałów tematycznych, które obejmują rekomendacje ogólne (odnoszące się do głównych obowiązków zamawiającego polegających na zapewnieniu konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w toku postępowania), rekomendacje szczegółowe (określające szczegółowo obowiązki zamawiającego i jednocześnie wskazujące na konkretne rozwiązania, jakie powinien on przyjąć w postępowaniach na systemy informatyczne) oraz zagadnienia (praktyczne wskazówki dla konkretnego typu zamówień na systemy informatyczne). W Tomie II poruszono zagadnienia związane m.in. z podziałem zamówienia na części, określonością przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań specyficznych dla usług chmurowych - IaaS, PaaS i SaaS, zasadami równego i konkurencyjnego traktowania wykonawców. Tom II odnosi się również do problematyki związanej z prawidłowym stosowaniem kryteriów w celu oceny równoważności, odpowiedniego formułowania wymaganych uprawnień do korzystania z systemów informatycznych, przeciwdziałania *vendor lock-in* oraz wymogów związanych z cyberbezpieczeństwem dla zamawianych systemów IT.

Rekomendacje na dostawę zestawów komputerowych.

Istotną część rynku zamówień publicznych w Polsce stanowią zamówienia na dostawę zestawów komputerowych. Wobec powyższego Prezes Urzędu podjął inicjatywę mającą na celu wsparcie zamawiających w procesie udzielania zamówień w tym obszarze.

W ramach prac grupy roboczej złożonej z reprezentantów branżowych zrzeszeń informatycznych oraz przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych w marcu 2021 r. powstał dokument pn.: *Rekomendacje*

⁵⁵ Zob. Tom I Rekomendacji dotyczących zamówień na systemy informatyczne, str. 17.

*Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych*⁵⁶.

Rekomendacje na dostawę zestawów komputerowych to dokument ściśle techniczny, zawierający praktyczne wskazówki w zakresie formułowania opisu przedmiotu zamówienia na zestawy komputerowe oraz pokazujący rozwiązania techniczne, jednocześnie dając zamawiającemu swobodę w ich wyborze.

Dokument ten, składający się z ośmiu rozdziałów, określa zasady opisu przedmiotu zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych, problematykę zakupu licencji na system operacyjny i oprogramowanie podstawowe wraz z nabywanym urządzeniem, wskazuje jakie zapisy są dopuszczalne, a jakie nie, z punktu widzenia nie ograniczania konkurencji producentów urządzeń komputerowych i wchodzących w ich skład podzespołów, kwestię wymagalności oraz opisywania kryteriów równoważności w zakresie norm i certyfikatów wymaganych w postępowaniu oraz rekomendacje dotyczące zabezpieczeń sprzętu komputerowego.

Rekomendacje na zamówienia w zakresie urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych, urządzeń mobilnych oraz systemów digital signage.

Z uwagi na konieczność wsparcia zamawiających w procesie udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem jest zakup urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych, urządzeń mobilnych oraz elementów systemów komunikacji wizualnej – digital signage, Prezes Urzędu podjął inicjatywę polegającą na przygotowaniu rekomendacji obejmujących ten obszar zamówień publicznych.

W efekcie współpracy w ramach grupy roboczej dot. zamówień publicznych na sprzęt komputerowy w listopadzie 2022 r. powstał dokument pn.: *„Udzielanie zamówień publicznych w zakresie urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych, urządzeń mobilnych oraz systemów digital signage”*⁵⁷.

Rekomendacje te to dokument stricte techniczny, ukazujący praktyczne wskazówki w zakresie formułowania zapisów w dokumentach zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia). Dokument zwraca szczególną uwagę na ukazanie rozwiązań technicznych oraz najważniejsze aspekty udzielania zamówień na wskazane w nim grupy urządzeń.

Dokument składa się z czterech rozdziałów. Drugi rozdział dotyczy opisu przedmiotu zamówienia na urządzenia drukujące oraz wielofunkcyjne (MFP). Rekomendacje w tym zakresie koncentrują się na weryfikacji, czy dany atrybut może być zastosowany przy opisie przedmiotu zamówienia wskazując jednocześnie przykłady zarówno poprawnego, jak i niepoprawnego opisu wymagań w zakresie poszczególnych elementów wchodzących w skład urządzeń.

Rozdział trzeci Rekomendacji koncentruje się na kwestiach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia na dostawę smartfonów oraz urządzeń mobilnych. Analizie poddane zostały wymagania dotyczące bezpieczeństwa danych dla telefonów oraz tabletów. W dalszej części rekomendacji przedstawione zostały wymagania względem urządzeń mobilnych, z uwzględnieniem kwestii ich wymagalności lub opcjonalności.

W rozdziale czwartym Rekomendacji zwrócono szczególną uwagę na aspekty specyfikacji elementów systemu komunikacji wizualnej digital signage. Zaproponowane zostały opisy techniczne elementów, z których zamawiający może skorzystać przygotowując specyfikację warunków zamówienia.

⁵⁶ Rekomendacje Prezesa UZP dot. udzielania zamówień na dostawę zestawów komputerowych dostępne są pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/rekomendacje-dotyczace-zamowien-na-zestawy-komputerowe-marzec-2021>.

⁵⁷ Zob. <https://www.gov.pl/web/uzp/udzielanie-zamowien-publicznych-w-zakresie-urzadzen-drukujacych-i-wielofunkcyjnych-urzadzen-mobilnych-oraz-systemow-digital-signage2>.

4. Wpływ opisu przedmiotu zamówienia na:

4.1. Podział zamówienia na części.

Właściwe opisanie przedmiotu zamówienia, które w wyczerpujący sposób określi potrzeby zamawiającego, jest jedną z kluczowych czynności podejmowanych na etapie przygotowywania postępowania.

Przy kreowaniu odpowiednich zapisów specyfikacji warunków zamówienia lub opisu potrzeb i wymagań zamawiający powinien mieć na uwadze kwestie związane z podziałem zamówienia na części, które będą miały wpływ w dalszej części przygotowania postępowania nie tylko na zakres przedmiotu zamówienia, ale również na odpowiednie stosowanie przepisów ustawy Pzp przy zamówieniach o charakterze mieszanym, w zakresie szacowania wartości zamówienia, czy też wyboru trybu udzielenia zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, iż określenie rzeczywistych potrzeb i zakresu przedmiotu zamówienia należy do uprawnień zamawiającego, przy czym tworząc opis przedmiotu zamówienia musi on przestrzegać zasad ujętych w art. 99 i nast. ustawy Pzp. Zatem, określając przedmiot zamówienia zamawiający powinien uwzględnić, czy dany przedmiot zamówienia jest podzielny, a jeżeli tak – to czy warto rozważyć podzielenie go na części, z uwagi na kwestie organizacyjne, związane z finansowaniem zamówienia, czy też w celu zwiększenia konkurencyjności. Należy jednocześnie podkreślić, iż zamawiający nie może tworzyć zakresu przedmiotu zamówienia (w jednym postępowaniu) poprzez połączenie kilku zupełnie odrębnych, zróżnicowanych zamówień, bez możliwości dopuszczenia składania ofert częściowych – gdy jedynym celem podjętych czynności jest ograniczenie konkurencji poprzez stworzenie opisu przedmiotu zamówienia preferującego konkretnego wykonawcę na rynku.

W przypadku zamówień o charakterze mieszanym, tj. zamówień obejmujących jednocześnie części, do których znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz części, do których tych przepisów nie stosuje się, lub zamówień obejmujących równocześnie roboty budowlane, usługi lub dostawy, bądź zamówienia klasyczne, sektorowe, czy z dziedziny obejmującej aspekty obronności i bezpieczeństwa, zastosowanie konkretnych przepisów ustawy Pzp będzie następowało według następujących zasad:

Zamówienia podzielne na części (art. 24 ustawy Pzp)

1. Jeżeli zamówienie jest podzielne na części oraz obejmuje równocześnie:
 - 1) części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych, lub
 - 2) części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, oraz części, do których tych przepisów nie stosuje się- zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia.
2. W przypadku udzielania zamówienia w częściach, do udzielenia każdego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe dla danej części, z uwzględnieniem art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1, 2 i 4.
3. W przypadku udzielania jednego zamówienia zamawiający:
 - 1) może nie stosować przepisów ustawy, jeżeli zamówienie obejmuje część, wobec której zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami;
 - 2) stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje część, do której mają zastosowanie te przepisy, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami;
 - 3) stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień sektorowych, w przypadku gdy:
 - a) zamówienie obejmuje część, do której mają zastosowanie te przepisy, a jej wartość jest równa lub przekracza progi unijne,

- b) zamówienie obejmuje równocześnie część, o której mowa w lit. a, oraz część, do której mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
 - 4) stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień klasycznych, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie część, do której mają zastosowanie te przepisy, oraz część, do której mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
 - 5) jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie część, do której nie stosuje się przepisów ustawy, oraz część, do której mają zastosowanie jej przepisy, stosuje przepisy ustawy właściwe dla części, do której mają zastosowanie przepisy ustawy, niezależnie od wartości części, do której nie stosuje się przepisów ustawy.
4. Zamawiający, w przypadkach, o których mowa w ust. 3, nie może udzielić jednego zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Zamówienia niepodzielne na części (art. 25 ustawy Pzp)

1. Jeżeli zamówienie jest niepodzielne na części oraz obejmuje równocześnie elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych, lub elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, i do których tych przepisów nie stosuje się, do udzielenia tego zamówienia:
 - 1) stosuje się przepisy właściwe ze względu na główny przedmiot zamówienia, z tym że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie elementy koncesji na usługi i zamówienia na dostawy, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z wartości danych usług lub dostaw jest wyższa;
 - 2) nie stosuje się przepisów ustawy, jeżeli zamówienie obejmuje elementy, w stosunku do których zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1;
 - 3) stosuje się przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje elementy obronności i bezpieczeństwa.
2. Zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych tworzy nierozdzielalną całość.

Odrębne zamówienia służące wykonywaniu różnych rodzajów działalności (art. 26 ustawy Pzp)

1. Jeżeli zamówienie służy jednocześnie wykonywaniu kilku rodzajów działalności, z których co najmniej jeden jest działalnością sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień w celu wykonywania poszczególnych rodzajów działalności lub jednego zamówienia.
2. Do udzielenia odrębnych zamówień stosuje się przepisy ustawy właściwe ze względu na rodzaj działalności, któremu służy każde zamówienie.
3. Do udzielenia jednego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe ze względu na rodzaj działalności, którego zasadniczo dotyczy zamówienie. Jeżeli zamówienie dotyczy równocześnie działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, oraz działalności obejmującej aspekty obronności i bezpieczeństwa, stosuje się odpowiednio przepisy art. 24 ust. 3 pkt 1 i 2.
4. Zamawiający, w przypadkach, o których mowa w ust. 3, nie może udzielić jednego zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.
5. Jeżeli nie jest możliwe określenie, którego rodzaju działalności zasadniczo dotyczy zamówienie, do udzielenia zamówienia stosuje się:
 - 1) przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień klasycznych, jeżeli do jednego z rodzajów działalności, którego to zamówienie dotyczy, mają zastosowanie te przepisy, a do drugiego przepisy dotyczące udzielania zamówień sektorowych;
 - 2) przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień sektorowych, jeżeli zamówienie dotyczy równocześnie działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, oraz działalności, do której:
 - a) mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi albo

- b) nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień klasycznych ani przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Zamówienia obejmujące równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 27 ustawy Pzp)

1. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.
2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie:
 - 1) usługi i dostawy lub
 - 2) usługi i usługi społeczne oraz inne szczególne usługi- główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa.

Decydując o ostatecznym kształcie przedmiotu zamówienia zamawiający powinien pamiętać, iż stosownie do art. 28 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Powyższa zasada znajduje zastosowanie również przy zamówieniach podzielonych na części. Zawsze w przypadku, gdy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, wartością szacunkową zamówienia będzie pełna wartość tego zamówienia, nawet jeżeli zostało ono podzielone na części lub zamawiający zdecydował się na udzielenie tego zamówienia w częściach (w kilku odrębnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego). W zakresie ustalenia, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z kilkoma odrębnymi zamówieniami, należy kierować się kryteriami koncepcji trzech tożsamości. W przypadku, gdy możliwe jest stwierdzenie, że pomiędzy określonymi robotami budowlanymi, dostawami lub usługami zachodzą łącznie trzy tożsamości: przedmiotowa, podmiotowa oraz czasowa, występuje obowiązek potraktowania ich jako części jednego zamówienia i uznania za wartość zamówienia łącznej wartości poszczególnych części. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż poprzez:

1. tożsamość przedmiotową należy rozumieć przynależność robót budowlanych, dostaw lub usług do tego samego rodzaju oraz posiadania przez nie tego samego przeznaczenia,
2. tożsamość podmiotową należy rozumieć możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, tj. stwierdzenie, że na rynku funkcjonuje co najmniej jeden wykonawca, który mógłby zrealizować wszystkie roboty budowlane, usługi lub dostawy łącznie,
3. tożsamość czasową należy rozumieć jako możliwość udzielenia lub realizacji zamówienia w tym samym czasie. Punkt odniesienia dla ustalenia istnienia tożsamości czasowej zamówień stanowi określona perspektywa czasowa, w ramach której wystąpi obiektywna możliwość zaplanowania zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług przewidzianych do realizacji w ramach udzielanego zamówienia publicznego. Należy jednakże podkreślić, iż materializacja obowiązku łączenia wartości zamówień uzależniona jest od możliwości określenia przed wszczęciem pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia z grupy zamówień podlegających badaniu w kontekście obowiązku łączenia ich wartości, rozmiaru i zakresu przewidzianych do udzielenia robót budowlanych, dostaw lub usług, tj. ustalenie istniejącego na dany moment po stronie zamawiającego zapotrzebowania. Zamawiający zobligowany jest uwzględnić w ramach jednego postępowania lub kilku procedur, biorąc pod uwagę treść dyspozycji art. 30 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, wszystkie jednorodne roboty budowlane/usługi czy też podobne dostawy, których konieczność realizacji jest mu znana na etapie pierwszego postępowania. Zamawiający przystępując zatem do ustalenia wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę robót budowlanych, usług czy dostaw, które zamierza nabyć i określić ich łączną wartość, niezależnie od tego, czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań.

W kontekście szacowania wartości zamówienia należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia (ust. 1) oraz nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to

uzasadnione obiektywnymi przyczynami (ust. 2). W myśl art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż stworzony opis przedmiotu zamówienia określa zakres zamówienia, a tym samym jego szacunkową wartość, będzie również wpływał na obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp lub wybór poszczególnych trybów zamówienia.

Ogólne zasady dotyczące progów stosowania ustawy Pzp (art. 2 ustawy Pzp)

Przepisy ustawy stosuje się do udzielania:

- 1) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych;
- 2) zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych;
- 3) zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych;
- 4) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6.

Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2023 r. poz. 1344) aktualne progi unijne zostały ustalone na poziomie:

dla zamówień klasycznych:

- w przypadku zamówień klasycznych, o których mowa w art. 7 pkt 33 ustawy Pzp, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych – 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł,
- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 ustawy Pzp, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – 143 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 663 105 zł,
- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi przez zamawiających publicznych innych niż określonych w pkt 2 – 221 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 024 799 zł;

dla zamówień sektorowych:

- w przypadku udzielania zamówień sektorowych, o których mowa w art. 7 pkt 35 ustawy Pzp na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających sektorowych - wynosi 443 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 2 054 235 zł,
- w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych - wynosi 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł;

dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 ustawy, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez

zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 ustawy, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej - wynosi 143 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 663 105 zł; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez zamawiających działających w dziedzinie obronności próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III do dyrektywy 2014/24/UE,

- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych innych niż określone w pkt 2 - wynosi 221 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 024 799 zł; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez zamawiających określonych w pkt 2 działających w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III do dyrektywy 2014/24/UE,
- w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy, na dostawy i usługi udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych - wynosi 443 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 2 054 235 zł,
- w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych - wynosi 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł.

Jednocześnie, dla zamówień o wartości szacunkowej przekraczającej progi określone w art. 2 ustawy Pzp, ustawa przewiduje następujące tryby udzielania zamówień publicznych:

1. dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne – tryby zawarte w Dziale II Rozdział 3 ustawy Pzp, tj.:
 - przetarg nieograniczony (art. 132 i nast. ustawy Pzp),
 - przetarg ograniczony (art. 140 i nast. ustawy Pzp),
 - negocjacje z ogłoszeniem (art. 152 i nast. ustawy Pzp),
 - dialog konkurencyjny (art. 169 i nast. ustawy Pzp),
 - partnerstwo innowacyjne (art. 189 i nast. ustawy Pzp),
 - negocjacje bez ogłoszenia (art. 208 i nast. ustawy Pzp),
 - zamówienie z wolnej ręki (art. 213 i nast. ustawy Pzp),
2. postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne – tryby zawarte w Dziale III Rozdział 4 ustawy Pzp, tj.:
 - tryb podstawowy (art. 275 i nast. ustawy Pzp),
 - partnerstwo innowacyjne (art. 297 i nast. ustawy Pzp),
 - negocjacje bez ogłoszenia (art. 300 i nast. ustawy Pzp),
 - zamówienie z wolnej ręki (art. 304 i nast. ustawy Pzp).

Praktyka kontroli

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 sierpnia 2023 r., znak: KND/9/22, w sprawie udzielenia bez stosowania przepisów ustawy zamówień publicznych mających za przedmiot przebudowę, remont i modernizację dróg. Uchwałą z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt KIO/KD 14/23, Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli. Z Informacji o wyniku kontroli: *Biorąc pod uwagę ustalenia stanu faktycznego oraz prawnego sprawy należy stwierdzić, że nie zaistniały podstawy do odstąpienia przez Zamawiającego od łącznego szacowania wartości wszystkich 3 zamówień dotyczących realizacji 7 zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym. Należy zwrócić uwagę, iż kwestie interpretacji przepisów ustawy Pzp w zakresie szacowania wartości zamówienia stanowią przedmiot rozbudowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej⁵⁸, jak również opinii Urzędu Zamówień Publicznych, które pozostają aktualne na gruncie obowiązującej obecnie ustawy Pzp, w ramach tzw. koncepcji „trzech tożsamości”. Zatem, dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu, należy posługiwać się takimi kryteriami jak: podobieństwo*

⁵⁸ Por. m.in. uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO/KD 53/19.

przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

W zakresie pierwszego kryterium należy uznać, iż pomiędzy wszystkimi 7 zadaniami zachodzi tożsamość przedmiotowa. Każde z zamówień polega na utwardzeniu dróg destruktem asfaltowym według poniższych parametrów:

- 1) profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne (w przypadku ul. Sportowej w Szczawinie Kościelnym dodatkowo: wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne);
- 2) utwardzenie drogi gruntowej gruzem betonowym 0/63 mm z wyrównaniem podłoża. Grubość warstwy 10 cm (w przypadku drogi w Krzymowie: Grubość warstwy 15 cm; w przypadku dróg w Waliszewie i Mellerowie: brak parametru);
- 3) ułożenie nawierzchni z destruktu asfaltowego warstwą średnio 10 cm.

Zauważyć także należy, iż o tożsamości przedmiotowej można mówić w sytuacji, gdy usługi mają takie samo lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia. Przywołać w tym zakresie należy na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie „Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej” (T-384/10)⁵⁹, w którym Trybunał jednoznacznie wskazał, że jeżeli poszczególne części zamówienia pełnią tę samą rolę gospodarczą lub techniczną, należy łącznie szacować wartość zamówienia i stosować w postępowaniu odpowiednie przepisy. Trybunał wskazał, że: wystarczy, by roboty te pełniły albo tę samą rolę gospodarczą, albo tę samą rolę techniczną (...). Stwierdzenie tożsamości gospodarczej i tożsamości technicznej ma więc charakter alternatywny, a nie kumulatywny (...). Nadmienić należy, iż rozważania Trybunału dotyczyły robót budowlanych.

Nie ulega wątpliwości, że wszystkie z zawartych umów mają takie samo lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia. Treść opisu przedmiotu zamówienia każdej z robót budowlanych wskazanych we wszystkich 7 zadaniach jest zbieżny pod kątem zakresu i rodzaju prac. Okoliczność, iż opisy przedmiotu zamówienia są zbieżne ze sobą, przesądza, iż nie odznaczają się one odmiennym i zróżnicowanym charakterem.

Odnosząc się do kwestii obiektu budowlanego należy zgodzić się z Zamawiającym, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane analiza obowiązkowo dokonania łącznego szacowania wartości musi nastąpić z uwzględnieniem definicji obiektu budowlanego zawartej w art. 7 pkt 14 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak, iż zamówienia te nie stanowią jednego przedsięwzięcia budowlanego.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 pkt 14 ustawy Pzp za obiekt taki należy uznać wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Należy pamiętać, iż definicja ta różni się w sposób zasadniczy od definicji pochodzącej z przepisów Prawa Budowlanego i nie może być z nią utożsamiana. Dla celów ustawy Pzp istotne jest funkcjonalne rozumienie pojęcia obiektu budowlanego, które ma służyć określeniu tego, co jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ustaleniu wartości tego zamówienia.

⁵⁹ Por. wyrok TSUE z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie T-384/10 Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2013:277, pkt 68.

W tym kontekście, podczas gdy na podstawie Prawa budowlanego jako obiekt budowlany zdefiniowany zostanie pojedynczy budynek, budowla lub obiekt małej architektury, obiektem budowlanym z ustawy Pzp może być kompleks różnych budynków, budowli i obiektów małej architektury, jeżeli łącznie spełniają one określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Dla celów definicji z ustawy Pzp ocena, czy w konkretnym przypadku na obiekt budowlany składa się jeden budynek, czy też szereg budowli w rozumieniu Prawa budowlanego, a co za tym idzie – czy na wartość takiego zamówienia jako obiektu budowlanego będą składały się wartości różnych budynków, budowli czy obiektów małej architektury, powinna być dokonana tak w świetle gospodarczych jak i technicznych funkcji, które obiekt ten jako całość będzie spełniał.⁶⁰ W ustalonym stanie faktycznym mamy do czynienia z zamówieniami spełniającymi taką samą rolę gospodarczo - techniczną. Celem tych zadań było poprawienie jakości komunikacji na drogach tej samej Gminy, tak by spełniały oczekiwania użytkowników dróg oraz doprowadzenie nawierzchni do odpowiedniego stanu technicznego. Zauważyć należy, iż Zamawiający dla wszystkich zadań wprowadził zbieżne pod kątem zakresu i rodzaju prac opisy zamówień, jednakowe wymagania co do zakresu oraz sposobu realizacji zamówień i jednakowy wzór umowy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż z uwagi na odmienną lokalizację poszczególnych zadań nie można mówić o jedności przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, iż o odmienności celu gospodarczego poszczególnych zadań nie może świadczyć wyłącznie okoliczność, iż są one realizowane w odmiennych lokalizacjach. To cel realizacji danego przedsięwzięcia gospodarczego decyduje o tym czy w danych okolicznościach faktycznych możemy mówić o jedności rodzajowej przedmiotu zamówienia, nie zaś miejsce ich realizacji⁶¹. Podnoszona przez Zamawiającego w treści złożonych wyjaśnień okoliczność, iż poszczególne roboty były świadczone na rzecz niezależnych obiektów budowlanych o odrębnych lokalizacjach, nie implikuje stwierdzenia, że były to umowy, które nie były tożsame rodzajowo, bowiem charakter świadczonej usługi pozostawał bez zmian z uwagi na odmienną lokalizację. Ponadto, konieczność świadczenia konkretnej usługi w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody do ewentualnego udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy.

Nie budzi również wątpliwości tożsamość czasowa przedmiotowych zamówień. Wskazać należy, że podstawą do oceny, czy przesłanka czasowa jest spełniona czy też nie, jest co do zasady, przewidywalny czas realizacji danego świadczenia. W zaistniałym stanie faktycznym wszystkie ww. zamówienia zostały wszczęte w tym samym dniu 5 maja 2021 r. Ta sama sytuacja dotyczy terminów zawarcia umów, tj. w dniu 24 maja 2021 r. oraz terminów realizacji zamówień wskazanych w umowach, tj. do dnia 31 sierpnia 2021 r. Podobnie należy stwierdzić, że zachodzi w sprawie tożsamość podmiotowa. Stanowi o tym wyraźnie fakt, że Zamawiający udzielił przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy – Firma (...). Wykonawca ten jako jedyny złożył oferty w odpowiedzi na zapytania ofertowe Zamawiającego. Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji ww. zadań mógł zrealizować jeden wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie.

A zatem w kontrolowanym przypadku zachodzi tożsamość przedmiotowa, tożsamość czasowa oraz możliwość należytego wykonania wszystkich 7 zamówień przez jednego wykonawcę, co nakazuje uznać, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem mającym za przedmiot realizację zadań z zakresu utwardzenia dróg destruktem asfaltowym. W konsekwencji powyższego, Zamawiający powinien części zamówienia ujęte w 3 umowach szacować łącznie, a następnie przeprowadzić jedno postępowanie na wszystkie części lub oddzielne postępowania dla każdej z ww. części, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, gdyż łączna wartość tych zamówień przekroczyła 130 000,00 zł.

⁶⁰ Por. wyrok TSUE z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, ECLI:EU:C:2007:31, pkt 41–42; wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2005:652, pkt 26.

⁶¹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO KD 22/19.

Reasumując uznać należy, iż poprzez podział zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości i niestosowania przepisów ustawy Pzp do ich udzielenia, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

4.2. Kryteria oceny ofert.

Zgodnie z przepisem art. 240 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ust. 2 ww. przepisu stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zamawiający jako gospodarz postępowania zobowiązany jest do przekazania wykonawcom, jakie kryteria oceny ofert będzie stosował przy wyborze oferty. Tym samym, w ogłoszeniu o zamówieniu powinny zostać wskazane informacje dotyczące kryteriów (w przypadku postępowań wszczynanych publikacją ogłoszenia). Ponadto, bardziej sprecyzowane zapisy odnoszące się do kryteriów są zawierane w dokumentach zamówienia, w zależności od trybu postępowania np.: SWZ, Opis potrzeb i wymagań.

W poradniku Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśniono, czym jest sposób oceny z zastosowaniem danego kryterium oraz wskazano przykłady kryteriów, które mogą być zastosowane w dokumentacji postępowania oraz w jaki sposób: *Sposób oceny to przede wszystkim sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Ponieważ przy dokonywaniu oceny ofert zamawiający opiera się wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie lub do niej dołączonych, należy sprecyzować w dokumentach zamówienia wykaz żądanych dokumentów wraz z określeniem danych jakie powinny być w tych dokumentach zawarte (często wraz z ograniczeniem ich objętości). W przypadku, gdy ocena następuje na podstawie próbek, należy sprecyzować wymagania dotyczące ich sporządzenia i przedstawiania. Należy poinformować o systemie punktacji, jaki zostanie przyjęty do oceny ofert, podając liczbę punktów, jaką można osiągnąć w każdym z kryteriów (i podkryteriów oraz subkryteriów – jeśli są stosowane) oraz sposobie, w jaki będą one przydzielane. W przypadku gdy oceniana jest oferta w kryterium wyrażonym w postaci liczbowej (cena, termin realizacji itp.), liczba punktów będzie wynikiem podstawienia danych z ofert do wzoru (algorytmu). W przypadku kryteriów niewymiernych, opis sposobu oceny powinien być szerszy, opisowy, jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert.*⁶²

Należy wskazać, że sposób oceny ofert z zastosowaniem przyjętej przez zamawiającego punktacji, włączając w to algorytm służący proporcjonalnemu przyporządkowaniu punktacji w ramach kryterium, podobnie jak opis przedmiotu zamówienia, powinien być jednoznaczny i wyłączać dowolność oceny dokonywanej przez zamawiającego oraz nie pozostawiać wątpliwości, co i w jaki sposób w ramach danego kryterium będzie podlegało ocenie.

W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych objaśniono na czym polega opis kryteriów oceny ofert oraz wskazano jego cel w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego: *Opis kryteriów oceny ofert zawiera informację dla wykonawców, które cechy przedmiotu zamówienia będą brane przez zamawiającego pod uwagę przy zastosowaniu danego kryterium. (...). Opis kryteriów oceny ofert powinien zatem stanowić dla wykonawców jednoznaczną informację, które dane będą zamawiającemu potrzebne w celu porównania ofert w ramach danego kryterium (ewentualnie, w jaki sposób te dane powinny być przedstawione, np. w przypadku próbek, planów, projektów, wzorów, w jakim*

⁶² Poradnik Urzędu Zamówień Publicznych „Pozacenowe Kryteria Oceny Ofert Poradnik z katalogiem dobrych praktyk.” Ver. 2.

formacie, w jaki sposób przekazane zamawiającemu itp.). Ponieważ opis kryteriów oceny ofert jest informacją kierowaną do wykonawców i ma wpływ na sposób przygotowania przez nich ofert, informacja ta powinna być sformułowana w sposób jednoznaczny i dla nich zrozumiały. Każde z kryteriów powinno być jasno opisane, tak aby wśród wykonawców zapoznających się z danym kryterium było możliwe jednolite rozumienie znaczenia tego opisu. Dzięki dobremu opisowi kryteriów oceny ofert wykonawcy będą mieli pewność, które aspekty ich ofert będą przedmiotem oceny podczas wyboru najkorzystniejszej oferty i będą w stanie dostarczyć zamawiającemu wymagane informacje, przez co samo porównanie ofert pod tym kątem może być dla zamawiającego łatwiejsze i jednocześnie pozwoli na uczciwe porównanie ofert z zachowaniem równego traktowania wykonawców.⁶³

Zamawiający jako gospodarz postępowania, może dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający podlega jednak ograniczeniom wynikającym z określonych w art. 16 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady przejrzystości. Troska zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości, zasługuje na pełną aprobatę, jednakże zamawiający powinien sprecyzować swoje oczekiwania w opisie przedmiotu zamówienia, a kryteria oceny ofert winny zapewnić przejrzystość oceny ofert składanych w postępowaniu przez wykonawców.

W tym miejscu należy również wskazać, że zasada przejrzystości wynikająca z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp nazywana też zasadą transparentności, oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez ustawę Pzp, informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. Wyrazem zasady przejrzystości jest również to, że wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, są formułowane jasno i jednoznacznie – tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji zamawiającego w tym zakresie. Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Warto podkreślić, że zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi dysponować chociażby ogólną wizją sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, która powinna być przedstawiona w opisie przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu, w przeciwnym bowiem razie ocena propozycji przedstawianych w ofertach wykonawców na podstawie danych kryteriów będzie dowolna. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 724/18, wskazano na czym w praktyce polega dowolna ocena ofert dokonywana przez zamawiającego: *W szczególności nie jest prawidłowa sytuacja, w której Zamawiający przyznaje punkty w wyniku analizy porównawczej ocenianych treści ofert w ten sposób, że ta, która na tle pozostałych wypada zdaniem Zamawiającego najlepiej, otrzyma największą liczbę punktów, a pozostałe otrzymają odpowiednio, według uznania Zamawiającego, mniejszą liczbę punktów.*

Jak wskazuje art. 241 ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Ponadto, w ust. 2 ww. normy prawnej wskazano, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Ustawodawca wprowadził

⁶³ Prawo zamówień publicznych. Komentarz: pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Wydanie II, str. 276.

jednoznaczny zakaz, który w swojej treści wskazuje, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Mając na uwadze treść wspomnianej regulacji, należy jednoznacznie stwierdzić, że zamawiający powinien określić w ten sposób kryteria oceny ofert, aby miały one ścisłe odniesienie do przedmiotu zamówienia, czyli w zależności od preferencji zakupowych zamawiającego, tj. do: dostaw, usług lub robót budowlanych. *W konsekwencji kryterium może dotyczyć dowolnych aspektów robót budowlanych, dostaw lub usług, które będą realizowane w ramach danego zamówienia i – co równie istotne – może odnosić się do dowolnego etapu cyklu życia danego zamówienia, w tym elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek. Ustawodawca podkreślił, że aspekty, z którymi mogą być powiązane kryteria oceny ofert, nie muszą nawet stanowić istotnej cechy przedmiotu zamówienia. Zauważenia zatem wymaga, że przedmiot zamówienia w kontekście ustalania kryteriów oceny ofert postrzegany jest szeroko, a zatem nie tylko w kontekście świadczeń wykonawcy, które będą stanowiły przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale jako cały cykl życia danego zamówienia.*⁶⁴

W przypadku, gdy zamawiający będzie miał pewność, na jaki przedmiot będzie wszczynane postępowanie, wówczas powinien przeprowadzić analizę, czy aby na pewno kryterium oceny ofert jest powiązane z przedmiotem zamówienia. Tym samym, zamawiający powinien udzielić twierdzącej odpowiedzi na dwa poniższe pytania, aby mieć przekonanie o zasadności postawionego kryterium:

- 1) czy kryterium odnosi się do robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego konkretnego zamówienia, tj. czy ma charakter przedmiotowy i jest związane z planowanym do udzielenia świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego?
- 2) czy kryterium odnosi się do dowolnych aspektów albo etapów cyklu życia, które nie stanowią istotnej cechy przedmiotu zamówienia?

W Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie stwierdzono, że kryterium oceny ofert powinno mieć ścisłe odniesienie do przedmiotu zamówienia: *Musi zatem istnieć związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia bez względu na to, w jakim aspekcie to powiązanie wystąpi oraz bez względu na fazę, w jakiej przedmiot zamówienia będzie się znajdował, tj. bez względu na to, czy kryterium to będzie dotyczyło np. samego zakupu produktu (np. możliwości dostarczenia towarów „od ręki”), jego użytkowania czy też utylizacji tego produktu.*⁶⁵

W aktualnie obowiązujących przepisach prawnych ustawy Pzp powstało pewne ograniczenie w zakresie tworzenia kryterium w danym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, otóż nie mogą one odnosić się do właściwości wykonawcy o charakterze ekonomicznym, finansowym czy jego zdolności technicznej. Należy podkreślić, że cechy ekonomiczne, finansowe, bądź doświadczenie techniczne oceniane są na gruncie oceny zdolności podmiotowej wykonawców, a celem tej weryfikacji jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy spełniają warunki sporządzone przez zamawiającego.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 141/16, wskazano, że: *(...) ustawodawca postawił kryteriom oceny ofert jasny cel – mają one służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji sposób ich sformułowania nie może budzić wątpliwości, bowiem w przeciwnym razie nie będą one realizowały wspomnianej powyżej funkcji.*

W świetle art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

⁶⁴ Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 5., art. 241.

⁶⁵ Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2023, str. 748.

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Przepis art. 242 ust. 2 ustawy Pzp nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, którego nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Prawidłowe opisanie kryterium jakości powinno zakładać co do zasady przyznawanie punktów za spełnianie przez produkt określonych przez zamawiającego wymagań na ustalonym przez niego poziomie lub w większym stopniu niż określony przez niego poziom minimalny. Należy podkreślić, że oferowany przedmiot zamówienia dodatkowo punktowany jest w kryterium jakości ze względu na posiadanie dodatkowych cech albo charakteryzowanie się odpowiednio większym lub mniejszym ich nasileniem, aniżeli wymogi progowe zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Z kolei niespełnienie minimalnych wymogów zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia. Tym samym zamawiający opisując kryterium oceny ofert, które z założenia ma być kryterium jakościowym powinien odnieść się do konkretnych parametrów technicznych.

Praktyka kontroli

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 sierpnia 2023 r., znak: KND/189/22/DKZP.

Przedmiot zamówienia stanowiła dekoracja świąteczna w formie elementów dekoracyjnych tj.: pociąg, szopka bożonarodzeniowa. Ponadto, dekoracje świąteczne miały być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce.

a) Pociąg - zestaw elementów wolnostojących w formie pociągu (lokomotywa i 3 wagoniki), z możliwością wsiadania do wnętrza dekoracji. Elementy konstrukcji lakierowane proszkowo, podświetlane diodami LED o podwyższonej klasie odporności na czynniki zewnętrzne. Lokomotywa i wagoniki wyposażone w schodki oraz siedzisko wewnątrz konstrukcji. Elementy dekoracji odporne na warunki atmosferyczne. Długość min. 11 m., szerokość min. 2 m., wysokość min. 2,8 m.

b) Szopka bożonarodzeniowa 3D wraz z figurami. Dekoracja 3D, wolnostojąca.

Preferowany skład dekoracji: szopka, figura Maryja z Jezusem, Józef, 3 królowie, anioł, pasterz oraz 1 lub 2 figury zwierząt.

Wymiary: szopka – min. 450 cm, postacie klęczące min. 200 cm, figury zwierząt min 170 cm.

Konstrukcja szopki i figur aluminiowa, malowana proszkowo. Bezpieczne i stabilne obciążenie każdej dekoracji. Konstrukcje wypełnione diodami LED, odpornymi na warunki atmosferyczne.

Zgodnie z zapisami SWZ, zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena (C) – kryterium o wadze 60%,
- 2) Efekt wizualny (E) – kryterium o wadze 40%.

W zakresie kryterium „Efekt wizualny”, zamawiający wskazał następujące zasady oceny ofert:

- Kształt/forma – 15% ocena (0-15) pkt;
- Kolorystyka (barwy światła) – 15% ocena (0-15) pkt;

- Ilość elementów świetlnych – 5% ocena (0-5) pkt;
- Funkcjonalność zabezpieczenia – 5% (0-5) pkt.

W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu wykazał następujące uchybienia przepisów ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający:

- 1) art. 16 ust. 1 w zw. z art 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez Zamawiającego cech dekoracji świątecznej w zakresie koloru (barwy światła), kształtu/formy, liczby elementów świetlnych i funkcjonalności, co miało wpływ na sporządzenie ofert;
- 2) art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego efektu wizualnego, o wadze 40%, w sposób niejednoznaczny i pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wystąpieniu pokontrolnym stwierdzono, że opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał, jakiego efektu pożąda zamawiający. Odnosząc się do powyższego, w postanowieniach SWZ określono, że dekoracje świąteczne muszą być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce, natomiast brak było jakichkolwiek wytycznych odnoszących się do cech ocenianych według przyjętego kryterium efektu wizualnego, tj. przede wszystkim koloru i kształtu elementów świetlnych. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert nie doprecyzował, w jaki sposób będzie przyznawana punktacja w tym zakresie.

W ocenie Urzędu, samo wskazanie, że w ramach kryterium oceny ofert w zakresie efektu wizualnego Zamawiający oceni kolor (barwy światła), kształt/formę, liczbę elementów świetlnych i funkcjonalność, bez dookreślenia sposobu przyznawania punktów w ww. podkryteriach, nadto w sytuacji, gdy w opisie przedmiotu zamówienia nie uwzględniono wymagań i parametrów w nich ocenianych, doprowadziło do tego, że ocena ofert w tym postępowaniu mogła być zupełnie dowolna.

Opierając się na ww. postanowieniach SWZ, należy dojść do wniosku, iż nie zawierają one informacji pozwalających na zidentyfikowanie przez Wykonawców potrzeb Zamawiającego dotyczących efektu wizualnego podlegających ocenie zgodnie z przyjętym kryterium. Opis przedmiotu zamówienia tylko w sposób ogólny wizualizuje wymagania Zamawiającego, wskazując na jednolity styl i kolorystykę, oraz dane techniczne.

Od informacji o wyniku kontroli zostały złożone zastrzeżenia przez zamawiającego, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.⁶⁶

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 września 2024 r., znak sprawy: KND/144/24/DKZP.

W kolejnym stanie faktycznym, który był przedmiotem kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu stwierdzono następujące uchybienie przepisów prawnych:

art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy, według którego przyznawał punkty w zależności od ilości obsłużonych przez wykonawcę imprez masowych powyżej 2000 osób każda w ostatnich 3 latach.

Jak wynika z treści SWZ kryteria oceny ofert wraz z ich opisem oraz punktacją za każde kryterium zostały ustalone w następujący sposób:

KRYTERIA WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Przy wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający będzie kierował się następującym kryterium:

<i>Kryterium wyboru</i>	<i>Waga kryterium</i>
<i>Cena brutto (C)</i>	<i>60 %</i>

⁶⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt KIO/KD 15/23.

ochrona imprezy masowej	40 %
-------------------------	------

III. ZASADY OCENY OFERT WEDŁUG USTALONYCH KRYTERIÓW

1. Ocena ofert dokonywana będzie w oparciu o niżej wskazane kryterium:

1) kryterium „Cena brutto” (C) - według następującego wzoru:

$$C = \frac{CN - \text{najniższa cena brutto oferty}}{CB - \text{cena brutto w ofercie badanej}} \times 60$$

C - liczba punktów otrzymanych przez ofertę badaną w kryterium „Cena”

CN - najniższa cena brutto spośród wszystkich ofert podlegających ocenie

CB - cena brutto w ofercie badanej

Do oceny oferty w tym kryterium Zamawiający przyjmie cenę zaoferowaną przez Wykonawcę w pkt 8 Formularza oferty - Załącznik nr 2 do SWZ.

Dla kryterium „Cena” przyjmuje się, iż 1% wagi kryterium 1 pkt i tak zostanie przeliczona liczba punktów.

Kryterium ochrona imprezy masowej - zostanie przyznana w następujący sposób:

40 pkt - obsługa 3 (1 impreza masowa 1 umowa) imprez masowych powyżej 2000 osób każda w ostatnich 3 latach

10 pkt - obsługa 1 imprezy masowej powyżej 2000 osób w ostatnich 3 latach

Zamawiający wymaga razem z ofertą dołączenia referencji.

W przypadku braku referencji wykonawca otrzyma 0 punktów.

Jako najkorzystniejsza wybrana zostanie oferta o największej łącznej liczbie punktów, obliczonej według wzoru: P-C+IM gdzie:

P - oznacza łączną liczbę punktów przyznanych ofercie badanej;

C - oznacza liczbę punktów przyznanych ofercie badanej w kryterium „Cena”

IM - oznacza liczbę punktów przyznanych ofercie badanej w kryterium ochrona imprezy masowej.

Maksymalna łączna liczba punktów, jaką oferta może otrzymać w kryteriach oceny ofert, to 100,00 punktów.

W informacji o wyniku kontroli, Kontrolujący zajął stanowisko o następującym brzmieniu: *Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy wskazać, że Zamawiający powinien rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców od etapu oceny złożonych przez nich ofert. Etapem postępowania, na którym ocenie podlega doświadczenie wykonawców jest etap kwalifikacji podmiotowej, a nie etap oceny ofert, natomiast miejscem na zawarcie wymagań w zakresie doświadczenia wykonawców jest w specyfikacji warunków zamówienia rozdział, w którym Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, a nie kryteria oceny ofert. Opisane przez Zamawiającego w rozdziale XIV SWZ kryterium oceny ofert ochrona imprezy masowej, zgodnie z którym oceniane jest doświadczenie wykonawcy w świadczeniu usług ochroniarskich, nie ma bezpośredniego związku z przedmiotem niniejszego zamówienia, natomiast niewątpliwie odnosi się do właściwości wykonawcy.*

W informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z regulacjami ustawy Pzp.

Od wyniku kontroli zostały wniesione zastrzeżenia przez Zamawiającego, które zostały uwzględnione w części przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza wydała opinię w przedmiotowej sprawie o następującej treści: *Jeśli chodzi o naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający*

zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wskazać należy, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach nie zawarł żadnej argumentacji dotyczącej stwierdzonego naruszenia. W ich treści próżno szukać jakiegokolwiek uzasadnienia dotyczącego stwierdzonych przez Kontrolującego naruszeń w zakresie ww. przepisu. Wobec tego tak naprawdę brak jest zastrzeżeń, które Izba mogłaby ocenić. Zamawiający nie objął wniesionymi zastrzeżeniami naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP, co nakazuje uznać, że rozstrzygnięcie w tym zakresie nie zostało zaskarżone, a wynik kontroli powinien się utrzymać. (...)

Zdaniem Izby przepis art. 241 ust. 1 ustawy PZP nie został przez Zamawiającego naruszony. Wyrażając taką opinię Izba wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, tj. organizowania przez niego również imprez masowych.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do Projektowanych Postanowień Umowy, tj. zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia punkt 1 .1 głównymi zadaniami, poza funkcją bazy szkoleniowo-warsztatowej i koncertowej Zespołu M., są m. in.: organizacja koncertów innych zespołów i artystów; organizacja festiwali artystycznych o zasięgu krajowym i międzynarodowym; przygotowywanie programów telewizyjnych i filmów.

Zgodnie z punktem 3 OPZ w obiekcie obowiązuje zróżnicowany system pracy personelu, w który możemy wyróżnić trzy zasadnicze przedziały czasowe: (...)

— Przedstawienie - od godziny 07⁰⁰ do godziny 23⁰⁰ (w wyjątkowych sytuacjach np. prac montażowych i dekoracyjnych od godziny 05⁰⁰ do godziny 03⁰⁰).

Co więcej w postanowieniach OPZ dotyczących planu ochrony znajduje się pkt 4 lit. c), zgodnie z którym jednym z obowiązków wykonawcy jest przydzielenie koordynatora obiektu (jednej osoby) z uprawnieniami takimi jak: c) Kierownik do spraw Bezpieczeństwa imprez masowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, nie ma wątpliwości co do tego, że przedmiot zamówienia obejmuje również świadczenie usług ochrony w czasie trwania na obiekcie imprez masowych — jest to część rzeczywistości w jakiej funkcjonuje Zamawiający i obiekty, którymi zarządza. Potwierdza to m.in. ustanowienie przez Zamawiającego wymogu dysponowania kierownikiem do spraw bezpieczeństwa imprez masowych.

Powyższe nakazuje twierdzić, że umiejętność świadczenia usługi ochrony w czasie imprez masowych wydaje się być pożądana i związana z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony, ale zgodnie z przyjętym kryterium premiowany jest wykonawca, który ma umiejętności jej świadczenia podczas imprez masowych, a nie ulega wątpliwości, że świadczenie „zwykłej” ochrony różni się znacznie od świadczenia ochrony podczas imprez masowych. Inne są obowiązki osób pełniących służbę, na inne rzeczy należy zwracać uwagę, a z całym procesem wiąże się szereg czynności przygotowawczych oraz wykonywanych na „żywym organizmie” — o czym świadczyć może obowiązek powołania m.in. koordynatora ds. bezpieczeństwa imprez masowych.

Tym samym wydaje się, że wykonawca posiadający doświadczenie w świadczeniu ochrony w czasie imprez masowych zapewni lepszą jakość usługi niż wykonawca, który takiego doświadczenia nie posiada. Kryterium to można odczytywać jako umiejętność świadczenia usługi na wyspecjalizowanym polu, wyższym jakościowo niż zwykła ochrona, jakim jest ochrona w czasie imprez masowych. Powyższe zdaniem Izby przesądza o związku ustalonego kryterium z przedmiotem zamówienia, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie naruszył art. 241 ust. 1 ustawy PZP.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 241 ust. 3 ustawy PZP Izba podtrzymuje zaskarżony wynik kontroli. Ustalone kryterium niewątpliwie odnosi się do właściwości wykonawcy, co stanowi naruszenie ww. przepisu. Słusznie Kontrolujący wskazał, że Zamawiający powinien rozróżnić

etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców od etapu oceny złożonych przez nich ofert. Etapem postępowania, na którym ocenie podlega doświadczenie wykonawców jest etap kwalifikacji podmiotowej, a nie etap oceny ofert, natomiast miejscem na zawarcie wymagań w zakresie doświadczenia wykonawców jest w specyfikacji warunków zamówienia rozdział, w którym Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, a nie kryteria oceny ofert.

Podkreślenia przy tym wymaga, że zdaniem Izby: uznanie kryterium za dotyczące właściwości wykonawcy nie wyklucza tego, że jest ono związane z przedmiotem zamówienia. Taka też sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Biorąc pod uwagę treść dokumentacji Izba uznała przedmiotowe kryterium za związane z przedmiotem zamówienia, chociaż niedopuszczalne z punktu widzenia art. 241 ust. 3 ustawy PZP — bo związane również z właściwościami wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby wynik kontroli powinien zostać utrzymany w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 241 ust. 3 i zmieniony w zakresie naruszenia art. 241 ust. 1 ustawy PZP. Należy również dodać, że zdaniem Izby, stwierdzone przez Kontrolującego naruszenia nie miały ostatecznie wpływu na wynik postępowania. W każdym razie nie zostało to wykazane w treści informacji pokontrolnej.⁶⁷

➤ Informacja o wyniku kontroli z dnia 7 marca 2022 r., KND/123/21/DKZP.

W kontroli doraźnej postępowania mającego za przedmiot dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych stwierdzono naruszenie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający określił jakościowe kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, o wadze 60% wyróżniając materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie ofertom punktów za materiały dedykowane przez producenta „oryginalne” przy jednoczesnym nieprzyznawaniu punktów za materiały równoważne, bez badania i oceny cech tych materiałów pozbawił możliwości uzyskania zamówienia wykonawcom oferującym materiały równoważne spełniające wszystkie opisane w dokumentacji postępowania wymagania.

Kontrolujący stwierdził, że wykazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W dokumencie zamówienia tj. SWZ wskazano zapisy, które odnosiły się do produktów, które miały być dostarczone przez wykonawcę oraz kryteria oceny ofert, którymi będzie się kierować Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu:

1. Materiały eksploatacyjne i urządzenia wielofunkcyjne powinny być produktami nowymi, do wytworzenia których zastosowano nieużywane wcześniej części i komponenty, kompatybilne z urządzeniami, do których są przeznaczone o parametrach nie powodujących utraty gwarancji urządzeń, w których będą zastosowane tzn. materiał eksploatacyjny fabrycznie nowy mający od producenta (dystrybutora) urządzeń zgodę na ich stosowanie, do których są przeznaczone w zakresie pojemności, wydajności, jakości wydruku. Zapakowane w oryginalne opakowania producenta z widocznym logo, symbolem produktu, nazwą producenta, typem urządzenia do którego są przeznaczone i terminem przydatności do użytku. (...).

4. Jeżeli w jakimkolwiek miejscu opisu przedmiotu zamówienia lub w jego załącznikach materiał jest opisywany ze wskazaniem znaków towarowych lub pochodzenia to przyjmuje się, że takim wskazaniom towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia skorzystał z dyspozycji wyrażonej w art. 99 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na specyfikację przedmiotu zamówienia oraz brak możliwości jego opisanie w sposób wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń. Znaki towarowe służą celom identyfikacyjnym, a wskazane materiały eksploatacyjne określają oryginalne materiały zalecane przez producenta danego

⁶⁷ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2024 r., sygn. akt KIO/KD 17/24.

urządzenia, do którego materiał jest przeznaczony. Materiały te należy traktować jako wzorzec materiałów eksploatacyjnych: ich parametrów technicznych, eksploatacyjnych, użytkowych oraz jakościowych (np. wydajność tonera, jakość druku). Obowiązek udowodnienia, że oferowane wyroby są równoważne spoczywa na Wykonawcy.

5. Przez **równoważny materiał eksploatacyjny** należy rozumieć produkt kompatybilny z urządzeniem, do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (zgodnie z zapisami pkt 5.1.) (pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) nieregenerowany, niezawierający elementów poprzednio eksploatowanych, uzupełnianych bądź przerabianych, objęty gwarancją przydatności do użycia, do czasu wyczerpania się środka barwiącego, jednak nie krócej niż 12 miesięcy w przypadku dostarczonych materiałów eksploatacyjnych liczonych od dnia dostawy.

5.1. Uwaga!

W przypadku materiałów równoważnych Zamawiający w zestawieniu cenowym określa pojemnik/opakowanie (kartridż, kasetę), w którym ma być materiał eksploatacyjny oraz w kolumnie nr 3 zestawienia cenowego określa **minimalną wydajność/ pojemność stanowiącą kryterium oceny równoważności (wydajność/ pojemność produktu równoważnego nie może być mniejsza niż podana w ww. kolumnie!)**

Opis jest słowny lub podany indywidualnym kodem oryginalnego producenta, w którym określone są parametry pojemnika/opakowania.

5.2. Jakość oferowanych produktów równoważnych musi pozwolić na uzyskanie minimalnych wydajności (zgodnie z wartościami kolumny nr 3 zestawienia cenowego) oraz jakości wydruków w porównaniu do materiałów zalecanych i stosowanych w urządzeniach przez producentów urządzeń.

6. Przez użycie słowa „oryginalne” Zamawiający rozumie materiał eksploatacyjny:

6.1. **fabrycznie nowy**, wyprodukowany przez producenta sprzętu, do którego jest przeznaczony o parametrach nie powodujących utraty gwarancji. Posiadający atest oficjalnego dystrybutora urządzeń na Polskę i spełnia wszystkie wymagania określone przez producenta urządzeń w których materiały będą zastosowane.

6.2. **opatrzony w logo producenta** sprzętu, do którego są przeznaczone.

6.3. **zapakowane w oryginalne opakowania.**

7. Wyjątkiem są jakościowo równoważne materiały eksploatacyjne dedykowane przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego w przypadku:

7.1. materiałów specjalnego przeznaczenia - sublimacyjne, termotransferowe;

7.2. materiałów, których oryginalny producent nie produkuje (nie sprzedaje) lub zakończył już produkcję (starsze modele urządzeń drukujących).

8. Wykonawca oferujący produkty równoważne zobowiązany jest na 2 dni przed podpisaniem umowy dostarczyć:

8.1. zaświadczenia od producenta bądź głównego dystrybutora sprzętu, potwierdzające, że oferowane produkty równoważne są przez niego akceptowane i nie spowodują utraty gwarancji urządzeń objętych gwarancją.

8.2. certyfikat potwierdzający, że proces produkcji materiałów przebiega zgodnie z normą ISO-9001 lub równoważny;

8.3. certyfikat ISO-14001 lub równoważny na proces produkcji materiałów eksploatacyjnych, pozwalający zweryfikować, czy producent spełnia przepisy związane z ochroną środowiska oraz potwierdzający,

że materiały są produkowane w sposób bezpieczny i nie wpływający negatywnie na środowisko;

8.4. w celu potwierdzenia równoważności oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania:
a) dla wszystkich oferowanych równoważnych tonerów czarnych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 19752 wystawione i podpisane przez producenta; b) dla wszystkich oferowanych równoważnych tuszy potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 24711 wystawione i podpisane przez producenta.

9. Wykonawca udziela 12 miesięcznej gwarancji na dostarczone materiały i 24 miesięcznej gwarancji „door-to-door” na urządzenia wielofunkcyjne liczonej od dnia dostawy, a w przypadku dłuższej gwarancji producenta na okres przewidziany w karcie gwarancyjnej. Bieg okresu gwarancyjnego rozpoczyna się z chwilą podpisania stosownego dokumentu odbioru.

10. Przy dostawie materiałów Wykonawca nie może zaoferować produktu równoważnego, który nie został zaakceptowany przez Zamawiającego w trakcie trwania postępowania przetargowego jak i producenta urządzeń, w których będą użyte. (...).

15. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za wady, które posiadać będzie dostarczony przedmiot zamówienia. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji zastosowanie będą miały odpowiednie przepisy Kodeksu Cywilnego.

16. W przypadku oferowania przez Wykonawcę produktów równoważnych ciężar udowodnienia, że oferowany przedmiot zamówienia jest równoważny i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ spoczywa na Wykonawcy.

17. Wykonawca oferujący produkty równoważne, w razie wybrania jego oferty, ponosić będzie odpowiedzialność za uszkodzenia urządzeń eksploatowanych przez Zamawiającego, powstałe na skutek zastosowania w nich produktu równoważnego.

Jak stanowi rozdział XVIII SWZ - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT:

3. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się niżej opisanymi kryteriami oceny ofert:

3.1. cena oferty brutto (C) – znaczenie 30%

3.2. termin realizacji (T) (realizacja każdorazowo zamówienia w dniach liczonych od dnia złożenia zamówienia) – znaczenie 10%

3.3. rodzaj materiałów eksploatacyjnych (Y) (ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzeń) – znaczenie 60%

4. Sposób oceny:

4.1. cena oferty brutto (C) oceniona będzie na podstawie sumarycznej ceny brutto zawartej w formularzu ofertowym, wg wzoru: $C = C_n : C_b \times 30$ gdzie: C_n – cena najkorzystniejszej oferty C_b – cena oferty badanej

4.2. termin realizacji (T) (realizacja każdorazowo zamówienia w dniach liczonych od dnia złożenia zamówienia), Zamawiający oceni w sposób następujący: - 10 dni – 10 punktów - 20 dni – 5 punktów - 30 dni – 1 punkt

4.3. rodzaj materiałów eksploatacyjnych (Y) (ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzeń), Zamawiający oceni w sposób następujący:

$Y = IM(OO) : IM(ON) \times 60$ gdzie: $IM(OO)$ – ilość (szt.) materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów” oferty ocenianej

$IM(ON)$ - ilość (szt.) materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu oferty z największą ilością „oryginałów”

4.4. Przez użycie słowa „oryginalne” Zamawiający rozumie materiał eksploatacyjny:

a) fabrycznie nowy, wyprodukowany przez producenta sprzętu, do którego jest przeznaczony o parametrach nie powodujących utraty gwarancji. Posiadający atest oficjalnego dystrybutora urządzeń na Polskę i spełnia wszystkie wymagania określone przez producenta urządzeń w których materiały będą zastosowane.

b) opatrzone w logo producenta sprzętu, do którego są przeznaczone

c) zapakowane w oryginalne opakowania.

4.5. Wyjątkiem są jakościowo równoważne materiały eksploatacyjne dedykowane przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego w przypadku:

a) materiałów specjalnego przeznaczenia - sublimacyjne, termotransferowe;

b) materiałów, których oryginalny producent nie produkuje (nie sprzedaje) lub zakończył już produkcję (starsze modele urządzeń drukujących).

5. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, który uzyska największą liczbę punktów (W) wg wzoru: $W = C + T + Y$.”

Kontrolujący zajął swoje stanowisko, co do stanu faktycznego sprawy oraz wykazanego naruszenia: Należy wskazać, że Zamawiający w rozdziale III SWZ oraz w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ dokładnie wskazał jakimi parametrami muszą charakteryzować się oferowane tonery równoważne, aby mogły zostać dopuszczone w przedmiotowym postępowaniu.

Tymczasem w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, przez przyznanie 60% punktów za sam fakt zaoferowania produktów rekomendowanych przez producenta sprzętu, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego nic wspólnego z jakością produktu ani żadną inną jego cechą. Nie ma zatem żadnego obiektywnego uzasadnienia dla premiowania produktów oryginalnych, w sytuacji, gdy produkty zamiennie są w istocie równoważne „oryginałom”.

Odnosząc się do art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż cechy techniczne czy jakościowe, czy też eksploatacyjne lub środowiskowe w ogóle w tym kryterium nie są brane pod uwagę. Jedynym aspektem, który ma znaczenie przy ocenie tego kryterium jest to czy dany materiał jest zalecany przez producenta, co w praktyce oznacza, że jest materiałem oryginalnym producenta. Zatem każdy inny materiał eksploatacyjny, choćby posiadający identyczne cechy z materiałem eksploatacyjnym producenta, będzie materiałem niepreferowanym przez Zamawiającego. Tym samym należy uznać, że ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert faktycznie faworyzuje określoną grupę dostawców, tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, a równocześnie te same kryteria stawiają w gorszej sytuacji wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie rekomendowane przez producentów urządzeń drukujących. W tym miejscu należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu kryterium jakościowe „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” było kluczowe bowiem stanowiło 60% wagi wszystkich kryteriów. Pozostałe kryteria to cena – 30% oraz termin realizacji – 10%. Jednocześnie Zamawiający do obliczania punktów za ww. kryterium jakościowe zastosował następujący wzór: $Y = IM(OO) : IM(ON) \times 60$ gdzie: $IM(OO)$ – ilość (szt.) materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów” oferty ocenianej, $IM(ON)$ - ilość (szt.) materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu oferty z największą ilością „oryginałów”.

Zastosowany przez Zamawiającego system przyznawania punktów wyłącznie za oferowane materiały zalecane przez producenta urządzeń spowodował, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, w obliczu wag pozostałych kryteriów oceny ofert, wykonawcy oferujący materiały równoważne nie mogli rywalizować na równych warunkach z wykonawcami oferującymi wyłącznie materiały zalecane przez producenta urządzeń. (...)

Opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych wykonawców, którzy zamierzali zaoferować produkty nierekomendowane przez producenta urządzeń, ale zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zostały zachowane tylko pozornie. Zastosowane kryterium oceny ofert powodowało bowiem, że tacy wykonawcy otrzymywaliby znacząco mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, co jak to zostało wskazane powyżej dawało znikomą szansę na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Co więcej Zamawiający za pomocą ustanowionego kryterium nie weryfikował obiektywnych cech przedmiotu zamówienia, które mogą przełożyć się na korzystniejsze warunki wykonania umowy. Kryterium to nie służyło zatem wyborowi oferty obiektywnie najkorzystniejszej, natomiast miało na celu eliminację konkretnych produktów czy też produktów konkretnego pochodzenia, w tym przypadku produktów, które nie są „oryginalne”, tzn. zalecane przez producentów urządzeń drukujących.

Od wyniku kontroli Zamawiający wniósł zastrzeżenia. Krajowa Izba podzieliła stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia⁶⁸.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 203/20.

W przytoczonym poniżej wyroku Krajowa Izba Odwoławcza na bazie konkretnego stanu faktycznego sprawy wypowiedziała się w kwestii niedopuszczalnego kryterium oceny ofert, które zostało określone przez Zamawiającego: *W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zaskarżone kryterium oceny ofert należało uznać za niezgodne z art. 91 ust. 3 ZamPublU. (obecnie art. 241 ust. 3 ustawy Pzp). Po pierwsze wskazać należy już samo literalne brzmienie postanowień SIWZ określających to kryterium wskazuje, że Zamawiający odwołuje się w nim do właściwości wykonawcy. Jak bowiem podał Zamawiający w SIWZ, wykonawca oferujący autoryzację lub upoważnienie przez wytwórcę otrzyma dodatkowe punkty, a wykonawca nie posiadający autoryzacji lub upoważnienia nie otrzyma punktów. Zatem kryterium dotyczące autoryzacji odnosi się wprost do cech wykonawcy - to wykonawca posiada autoryzację producenta lub jej nie posiada.*

Zauważenia wymaga, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, że sporne kryterium nie ma charakteru podmiotowego. Próbowali oni przede wszystkim wykazać wpływ posiadania przez wykonawcę autoryzacji na jakość wykonania zamówienia. Odnosząc się do tego stanowiska należy stwierdzić, że kwestia wpływu kryterium oceny ofert na jakość realizacji zamówienia mogłaby podlegać dowodzeniu i ocenie pod warunkiem, że byłoby to kryterium określone w art. 91 ust. 2 pkt 5 ZamPublU, (aktualnie: art.242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp) tj. dotyczące organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Tymczasem w ocenie Izby nie ma podstaw, aby zaskarżone kryterium oceny ofert powiązać z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy (aktualnie: art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Wskazać bowiem należy, że nie przewiduje ono punktacji za dysponowanie pracownikami posiadającymi określone kwalifikacje, certyfikaty, szkolenia czy umiejętności, ale za cechą wykonawcy, którą jest posiadanie autoryzacji producenta. Nie ma bowiem wątpliwości, że chodzi tu o autoryzację, którą legitymuje się wykonawca, nie zaś o posiadanie określonych poświadczeń kwalifikacji przez pracowników wykonawcy.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1817/19.

Natomiast, w odmiennym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na poprawność kryterium oceny ofert, które było stosowane w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego: *Sformułowanie przez Zamawiającego kryterium „Jakość świadczonych usług - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia” nie stanowi również naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ZamPublU. Izba miała na uwadze przedmiot zamówienia, tj. usługę serwisową Tomografu producenta G., która świadczona będzie przez personel skierowany przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że przedmiotowe kryterium bez wątplenia odnosi się do przedmiotu zamówienia. Jego istotą jest ocena osób dedykowanych do realizacji zamówienia w kontekście, w jakim przekłada się to na jakość realizowanych prac. W ocenie Izby, kryterium ustanowione przez Zamawiającego jest w pełni zgodne z art. 91 ust. 2 pkt 5 ZamPublU, (obecnie art. 242 ust. 2 pkt 5 PZP), który wskazuje na możliwość określenia kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, dotyczących m.in. kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.*

⁶⁸ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO/KD 13/22.

4.3. Warunki udziału w postępowaniu.

W obecnie obowiązującej ustawie Pzp ustawodawca pozostawił decyzji zamawiającego, czy w danym postępowaniu będą obowiązywały warunki udziału w postępowaniu, a także pozostawił mu swobodę w kształtowaniu ich treści, z pewnymi ograniczeniami przewidzianymi w art. 112 ustawy Pzp. Po pierwsze, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć tylko:

- a) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,
- b) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej,
- c) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- d) zdolności technicznej lub zawodowej.

Po drugie, kształtując treść warunków udziału w zamówieniu zamawiający musi pamiętać, że ustalone warunki muszą być: proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Zasada proporcjonalności

W art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wskazano wprost, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tym samym odniesiono się do zasady proporcjonalności wymienionej w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Decydując się na postawienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie może tworzyć ich w sposób abstrakcyjny, gdyż muszą odnosić się do konkretnego zamówienia, a zatem bezpośrednio do stworzonego w danym postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Postawione warunki udziału w postępowaniu muszą znaleźć uzasadnienie w rodzaju i przedmiocie zamówienia oraz w wymaganiach związanych z jego realizacją, w szczególności powinny być odpowiednie do charakteru danego zamówienia, jego złożoności, ilości i zakresu, a także przeznaczenia danych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Z naruszeniem zasady proporcjonalności będziemy mieć do czynienia w przypadku, gdy warunki udziału w postępowaniu zostaną ustalone w sposób na tyle rygorystyczny, że nie będzie to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, bądź w sposób oderwany od przedmiotu zamówienia. W szczególności przy warunkach dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz zdolności ekonomicznej lub finansowej, zamawiający powinni dbać by były one ściśle skorelowane z wartością danego zamówienia oraz jego opisem przedmiotu zamówienia. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia nie oznacza, że zamawiający musi dopuścić do udziału w postępowaniu każdego wykonawcę świadczącego roboty budowlane, dostawy lub usługi zbieżne z danym zamówieniem, lecz powinien zapewnić ten dostęp wszystkim wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dlatego dopuszcza się ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób mogący ograniczyć liczbę wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu, o ile jest to usprawiedliwione obiektywnym interesem zamawiającego, w szczególności dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Natomiast, za niedopuszczalne należy uznać każde ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób zbyt rygorystyczny do danego przedmiotu zamówienia, mający na celu jedynie ograniczenie konkurencji w danym postępowaniu, w szczególności opisanie tych warunków w sposób preferujący danego wykonawcę.

Niezbędność do należytego wykonania zamówienia

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższy przepis należy interpretować zgodnie z art. 58 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.), zgodnie z którym: *[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Zatem, zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, lecz musi przy ich określaniu*

ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Powyższe oznacza, że kształtując warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie może wykraczać poza to, co w sposób obiektywny i racjonalny jest rzeczywiście niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór oferty wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że warunki udziału w postępowaniu powinny zostać określone na minimalnym poziomie, tak by nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy mogą należycie zrealizować zamówienie. Za niedopuszczalne należy uznać ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny, nastawiony na celowe ograniczenie konkurencji w danym postępowaniu, w tym poprzez zapisy preferujące konkretnego wykonawcę.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1322/21.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 maja 2021 r., z ograniczeniem konkurencji mamy do czynienia zarówno w sytuacji, kiedy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia i warunki udziału pod konkretnego wykonawcę, jak i w sytuacji, kiedy możliwość wykonania przez taki opis zamówienia i warunków udziału, jest ograniczona do kilku wykonawców, którzy zamykają rynek (monopolisci) przed dostępem innych wykonawców mogących to zamówienie wykonać. (...) Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ (por. wyrok KIO 356/21). (...)⁶⁹.

➤ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 946/22.

W analizowanym stanie faktycznym sprawy Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż: Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nawet nie uprawdopodobnił, że ustalone wymagania dla zespołu ekspertów nie są konieczne do osiągnięcia zakładanych celów danego zamówienia oraz że w postępowaniu naruszono zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ustalone warunki mają charakter nadmierny. Celem ustalenia warunków udziału jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że oprócz narzucenia technologii, Zamawiający dodatkowo wymaga doświadczenia przy wykonywaniu robót w wybranej technologii od kierownika budowy i projektanta w branży sanitarnej. Taka sytuacja w ocenie składu orzekającego Izby nie oznacza jeszcze, że Zamawiający nieprawidłowo ustalił poziom warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, z której wynikałoby, że ustalone warunki są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to znaczy są nadmierne. Skoro bowiem Zamawiający wybrał w ramach zakładanych celów technologię, oczywistym dla Izby jest, że zespół pracowników wykonawcy, wybranego do realizacji inwestycji, powinien posiadać doświadczenie w pracy przy użyciu tej technologii. Podobną argumentację można odnieść do doświadczenia wymaganego od samego wykonawcy. Dodatkowo zauważenia wymaga, iż Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył możliwości tworzenia konsorcjów w ramach ubiegania się o udzielenie zamówienia, korzystania z podwykonawstwa czy korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Nie zastrzeżono również obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający w ustalonym warunku doświadczenia, nie wymaga inwestycji

⁶⁹ Zob. również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1135/22.

realizowanej w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Warunki odnośnie do doświadczenia projektanta i doświadczenia wykonawcy ustalone zostały na odrębnych zasadach, przy czym możliwe jest wykazanie spełnienia warunku, w ramach jednego zadania, gdzie łącznie zrealizowano część projektową i wykonawczą.

Odnosząc się do argumentacji odwołania, że Zamawiający wymaga doświadczenia uzyskanego w ramach tylko jednej z technologii, która będzie wykorzystywana przy realizacji inwestycji, warto podkreślić, że Zamawiający nie jest zobowiązany formułować warunków udziału w postępowaniu w sposób 1:1 do przedmiotu zamówienia. Takie określenie warunków Izba uważa za wymaganie nadmierne. Zamawiający skupił się formułując warunek, na robotach wykonywanych w określonej technologii, która wykorzystywana będzie jako kluczowa.

Nieuprawnione są również założenia Odwołującego, w których ogranicza on możliwość zdobycia określonego doświadczenia jedynie do rynku polskiego. Jak wiadomo, zamówienie ma charakter unijny, ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w unijnym publikatorze, dostęp do jego treści ma nieograniczony krąg podmiotów. Jak słusznie zauważył Przystępujący GSG, co potwierdzają załączone do jego stanowiska procesowe wykazy, technologia rur spiralnie związanych powszechnie stosowana jest na rynku europejskim. Z faktu, że na rynku polskim inwestycji o parametrach spełniających warunki ustalone przez Zamawiającego jest kilka, nie można wnioskować, że szerszym spectrum takich wykonań nie charakteryzuje się rynek europejski. Racji bytu zupełnie pozbawione są argumenty Odwołującego o konieczności posiadania uprawnień wydanych w ramach polskich przepisów. Przytoczyć tylko należy okoliczność, że SWZ zawiera standardowe zapisy o honorowaniu uprawnień obcych. Nawet gdyby SWZ takich postanowień nie zawierała, to zgodnie z dyrektywą przywołaną przez Przystępującego GSG, obowiązkiem Zamawiającego byłoby uznanie uprawnień przedstawionych przez wykonawców pochodzących z innych państw.

Praktyka kontroli

Przykład nr 1:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r., znak: KND/26/20/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot zapewnienie na każdorazowe zlecenie zamawiającego serwisu prac podwodnych związanego z wykonywaniem przeglądów i remontów instalacji podwodnych na złożach węglowodorów zlokalizowanych na Morzu Bałtyckim (w szczególności złóż ropy naftowej B3 i B8). Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO/KD 44/20, nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego. Z informacji o wyniku kontroli:

W kontekście przywołanych postanowień SIWZ oraz samych wyjaśnień Zamawiającego należy uznać, iż niekwestionowany jest fakt możliwości wykonywania prac będących przedmiotem zamówienia:

- a) w zakresie zadania nr 1 – na głębokościach do 20 m – przez nurków III klasy,
- b) w zakresie zadania nr 2 – na głębokościach do 50 m – przez nurków II klasy.

Powyższe potwierdza również treść ustawy z dnia 17 października 2003 r. o wykonywaniu prac podwodnych (Dz.U. Nr 199, poz. 1936), która w art. 2 pkt 14-15 statuuje:

Użyte w ustawie określenia oznaczają: (...)

14) prace podwodne na małych głębokościach – prace prowadzone pod powierzchnią wody na głębokości do 20 m;

15) prace podwodne na średnich głębokościach – prace prowadzone pod powierzchnią wody na głębokości od 20 m do 50 m.

Z kolei w art. 19 ust. 2 pkt 1-2 ustawy o wykonywaniu prac podwodnych wskazano, iż dla nurka ustala się następujące dyplomy:

- 1) nurka III klasy uprawniającego do wykonywania prac podwodnych na małych głębokościach;*
- 2) nurka II klasy uprawniającego do wykonywania prac podwodnych na średnich i małych głębokościach.*

Zamawiający uzasadnia wprowadzenie wymogu wykonywania zadania na głębokości do 20 metrów przez nurków min. II klasy oraz na głębokości do 50 metrów przez nurków min. I klasy koniecznością zagwarantowania bezpieczeństwa prac podwodnych, dotychczasowymi doświadczeniami w pracach podwodnych oraz specyfiką pracy. Zamawiający wskazał także, iż nurkowie wyższej klasy mogą zejść poniżej wartości, o której mowa w treści danego zadania, ponieważ pod platformą jest głębokość ok. 80 metrów.

W tym względzie stwierdzić należy, iż w kontekście treści opisu przedmiotu zamówienia nie można uznać powyższego uzasadnienia Zamawiającego za dostatecznie wyjaśniające potrzebę zaostreżenia wymogów w zakresie klasy nurków wykonujących dane zadania. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w ramach wyjaśnień treści SIWZ nie zmienił zakresu przedmiotu zamówienia, a jedynie wskazał na fakt istnienia większej głębokości pod samą platformą, z czego nie wynika jednakże konieczność prowadzenia prac poniżej głębokości określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Należy uznać, iż w sytuacji, w której ustawodawca nie ogranicza wyraźnie uprawnień do wykonywania prac podwodnych przez nurka określonej klasy w zależności od głębokości od powierzchni wody do dna zbiornika, a uwzględnia jedynie głębokość mierzoną od powierzchni wody do miejsca wykonywania prac, stawianie przez Zamawiającego danego wymogu w związku z określoną głębokością od powierzchni wody do dna zbiornika należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Sam fakt istnienia potencjalnego niebezpieczeństwa zejścia na niższą głębokość w sytuacji awaryjnej, tj. poza zakresem przewidzianych prac, nie daje podstawy do żądania posiadania przez nurków dyplomu wyższej klasy, należy bowiem podkreślić, iż celem ustanowienia warunków udziału w postępowaniu jest wyłącznie ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zaś ewentualne ryzyko zawodowe związane z wykonywaniem danego rodzaju działalności leży w tym wypadku po stronie wykonawcy – podmiotu profesjonalnego, funkcjonującego w ramach przepisów ustaw szczególnych regulujących daną sferę działalności.

Tym samym należy uznać, iż poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, a w konsekwencji, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż określenie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia mogło ograniczyć krąg wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę w postępowaniu.

Przykład nr 2:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 lipca 2021 r., znak: KND/44/20/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot kompleksową obsługę tłumaczeniową dla uniwersytetu. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 16 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO/KD 14/21, nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego. Z informacji o wyniku kontroli:

Zamawiający w rozdziale V ust. 2 SIWZ („Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia.

Opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu”) pkt 2.1 ppkt 2.1.3 w zakresie zadania nr 2 wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

2.1.3. minimum po 5 weryfikacji angielskojęzycznych tekstów naukowych lub tłumaczeń pisemnych tekstów naukowych z języka polskiego na język angielski z zakresu każdej z nauk wskazanych w rozdziale III pkt 7 ppkt 7.2 od a) do h) niniejszej specyfikacji, udokumentowanych w postaci publikacji w czasopiśmie

naukowych z listy JCR opublikowanych w formie wydrukowanej lub elektronicznej z czego co najmniej 2 teksty naukowe z każdej dziedziny uzyskały minimum 25 pkt wg listy Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego (aktualnej na dzień dokonywania tłumaczenia).

Natomiast, w rozdziale V ust. 2 SIWZ pkt 2.1 ppkt 2.1.5 w zakresie zadania nr 3 wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

2.1.5. minimum po 5 weryfikacji angielskojęzycznych tekstów naukowych lub tłumaczeń pisemnych tekstów naukowych z języka polskiego na język angielski z zakresu każdej z nauk wskazanych w rozdziale III pkt. 7 ppkt. 7.3. od a) do h) niniejszej specyfikacji, udokumentowanych w postaci publikacji w czasopismach naukowych z listy JCR opublikowanych w formie wydrukowanej lub elektronicznej z czego co najmniej 2 teksty naukowe z każdej dziedziny uzyskały minimum 25 pkt wg listy Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego (aktualnej na dzień dokonywania tłumaczenia).

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerzego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest opisywanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp2004 zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie warunków w postępowaniu powinno być sformułowane w sposób obiektywny, nienadmierny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Określenie warunków powinno być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenie faktyczne oraz prawne, za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiające dokonanie oceny jego spełniania w sposób obiektywny oraz zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania należy uznać żądanie Zamawiającego w treści warunku określonego w rozdziale V ust. 2 pkt 2 ppkt 2.1.3 oraz ppkt 2.1.5, aby co najmniej 2 teksty naukowe z każdej dziedziny uzyskały minimum 25 pkt wg listy Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego (aktualnej na dzień dokonywania tłumaczenia). Punktowanie czasopism oraz artykułów naukowych ma na celu ewaluację jakości działalności naukowej. Przedmiotem niniejszego zamówienia są natomiast usługi tłumaczeniowe. Jakkolwiek za uzasadnioną i związaną z przedmiotem zamówienia należy uznać potrzebę, aby wykonawca oferujący te usługi posiadał doświadczenie w dokonywaniu tłumaczeń tekstów o charakterze naukowym, nie zaś jakichkolwiek tekstów, to jednak wymóg, aby tłumaczone teksty otrzymały określoną liczbę punktów w ramach systemu ewaluacji jakości działalności naukowej należy uznać za zbyt daleko idący i nie związany z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie sprecyzował bowiem, w jaki sposób punktacja przyznawana tłumaczonym artykułom naukowym miałyby przekładać się na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia polegającego na tłumaczeniu lub weryfikacji tłumaczenia tych tekstów.

W szczególności liczba punktów przyznawanych artykułom naukowym w ramach systemu ewaluacji jakości działalności naukowej nie ma żadnego związku z poziomem trudności językowej tych artykułów.

Reasumując, należy stwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający dokonanie oceny jego spełnienia w sposób obiektywny oraz zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

4.4. Obligatoryjność przeprowadzenia wizji lokalnej.

Przepisy ustawy Pzp zobowiązują zamawiającego do dokonania opisu 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. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez zamawiającego w SWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach. Jedną z nich jest informacja o możliwości i warunkach odbycia wizji lokalnej. Zamawiający może wymagać odbycia wizji lokalnej przez wykonawców, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Zauważenia wymaga, iż wizja lokalna nie może zastępować opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że zobowiązanie wykonawców do uczestnictwa w wizji lokalnej nie zwalnia zamawiającego z dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Wizja lokalna ma służyć niejako dopełnieniu zapisów przedmiotu zamówienia (niemożliwych do precyzyjnego opisanie w SWZ), a nie naprawieniu błędów popełnionych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, czy uzupełnieniu braków w zakresie istotnych warunków realizacji zamówienia publicznego. Tak więc, zaplanowanie wizji lokalnej jako obligatoryjnej lub fakultatywnej czynności, którą musi lub może odbyć wykonawca, nie konwaliduje wadliwie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia wizji lokalnej. Ogólnie przyjmuje się, że wizja lokalna to oględziny miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia. W podstawowym zakresie oznacza bezpośredni sposób poznania specyfiki przedmiotu zamówienia lub jego poszczególnych części (elementów). Odbycie wizji lokalnej ma stanowić źródło pozyskania dodatkowych informacji, stanowiących dopełnienie wiedzy o warunkach zamówienia, pomocnych lub niezbędnych do złożenia oferty⁷⁰.

Zatem, wizja lokalna ma pomóc wykonawcy w zapoznaniu się ze specyfiką danego przedmiotu zamówienia, której odzwierciedlenie w dokumentach zamówienia było utrudnione lub niemożliwe, z uwarunkowaniami jego realizacji, np. cechami charakterystycznymi dla miejsca wykonywania zamówienia, czy też jego topografią. W szczególności zasadność przeprowadzenia wizji lokalnej dotyczy zamówień, których przedmiotem są roboty modernizacyjne, remontowe, adaptacyjne, roboty w budynkach czynnych w trakcie robót, czy też roboty w miejscach o specyficznym ukształtowaniu przestrzennym, np. w terenie górzystym, w pobliżu tras kolejowych, czy cieków wodnych.

Podkreślić należy, iż warunki odbycia wizji lokalnej, ze względu na przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, muszą być takie same dla wszystkich wykonawców. Wizja lokalna nie może utrudniać żadnemu wykonawcy ubiegania się o udzielenie zamówienia i obciążać wykonawcę nieuzasadnionymi kosztami jej odbycia.

Wymaganie odbycia wizji lokalnej przed złożeniem oferty lub tylko wskazanie możliwości jej odbycia regulują przepisy dotyczące SWZ (art. 134 ust. 2 pkt 9 i art. 281 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp) oraz opisu potrzeb i wymagań (art. 156 ust. 2, art. 174 ust. 1, art. 282 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 9 i art. 281 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp SWZ zawiera informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów.

⁷⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3598/21, KIO 3627/21.

Zatem, wizję lokalną wymaganą przez zamawiającego wykonawca odbywa według warunków określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Zamawiający zamieszcza w dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informacje dotyczące warunków odbycia wizji lokalnej, w tym miejsce, czas i sposób przeprowadzania wizji lokalnej, zasady rejestru uczestników obowiązkowej wizji lokalnej. Następnie, oferta złożona przez wykonawcę podlega badaniu, czy wykonawca składający tę ofertę spełnił warunek odbycia wizji lokalnej, jeżeli była obowiązkowa.

Możliwość uzależnienia złożenia oferty od odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej przewidziana została w art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej - wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Podobnie w przypadku, gdy przewidziana jest tylko fakultatywna możliwość przeprowadzenia czy udziału w wizji, terminy składania ofert również powinny być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Należy przy tym podkreślić, iż wymóg złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej, uzależniony jest od wyjątkowych sytuacji (tj. jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia).

W tym miejscu należy wskazać, iż z przepisu art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że wizję lokalną przewidzianą przez zamawiającego odbywa wykonawca, a więc podmiot, który zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, złożył ofertę.

Nie można zapominać, że z obowiązkiem uczestnictwa w wizji powiązana jest sankcja w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia⁷¹. Zatem przesłanką odrzucenia oferty może się ziścić wyłącznie w okolicznościach, gdy odbycie wizji lokalnej było obowiązkiem nałożonym na wykonawcę, a nie możliwością, którą zamawiający przewidział dla wykonawców.

4.5. Klauzule społeczne.

Klauzule społeczne w opisie przedmiotu zamówienia.

Wymagania określone w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu – zamówienia zastrzeżone

Stosownie do treści art. 94 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii wskazanych w tym przepisie, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

⁷¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 2565/21.

Kategorie grup osób uznawanych za społecznie marginalizowane, których społecznej i zawodowej integracji musi dotyczyć główny cel działalności wykonawców, aby mogli zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu:

- osoby niepełnosprawne,
- osoby bezrobotne,
- osoby poszukujące pracy,
- osoby usamodzielniane,
- osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych,
- osoby z zaburzeniami psychicznymi,
- osoby bezdomne,
- uchodźcy,
- osoby bez zatrudnienia w wieku poniżej 30 lat lub powyżej 50 lat,
- mniejszości narodowe i etniczne.

Wskazać należy, że ww. przepis ustawy Pzp implementuje art. 20 dyrektywy 2014/24/UE, natomiast w motywie 36 dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny zwrócił uwagę na rolę, jaką w procesie integracji osób marginalizowanych odgrywa praca i zatrudnienie i to, jak szczególną funkcję w tym procesie wypełniają podmioty, których głównym celem działalności jest integracja społeczno-zawodowa tych osób.

Z racji tego, iż podejmowane przez podmioty wskazane w normie prawnej art. 94 ustawy Pzp działania mają za zadanie wypełnienie celu społecznego, co za tym idzie te podmioty nie będą miały możliwości ubiegać się o udzielenie zamówienia na równych zasadach z podmiotami prowadzącymi działalność w głównej mierze o charakterze komercyjnym.

Warto podkreślić, że zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu wyłącznie dla podmiotów realizujących cel integracyjny, zawęża krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe ma na celu zapewnienie, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi o określonym profilu działalności. Dlatego niezwykle istotna jest weryfikacja spełniania warunków określonych dla zamówień zastrzeżonych, aby uniemożliwić udzielenie zamówienia podmiotowi, który w rzeczywistości nie prowadzi działalności integracyjnej ani nie zatrudnia wymaganego odsetka osób marginalizowanych.

Należy pamiętać, że wprowadzenie do danego postępowania przez zamawiającego warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez podmioty wskazane w omawianej regulacji ustawy Pzp stanowi uprawnienie zamawiającego, w związku z tym od swobodnej decyzji gospodarza postępowania zależy, czy zamówienie będzie posiadało charakter zastrzeżony.

Jednakże, gdy zamawiający zdecyduje się na zastrzeżenie wskazanego warunku, w tej sytuacji powstaje obowiązek wyrażenia takiej woli w ogłoszeniu o zamówieniu.

Żądanie dokumentów potwierdzających prawo do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone jest uprawnieniem zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać. Opierając się na powyższym, w tym przypadku również zamawiający będzie mógł zdecydować, czy będzie żądał od wykonawców dokumentów lub oświadczeń wskazanych w art. 94 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający powinien mieć na względzie, że klauzula społeczna zawarta w normie prawnej art. 94 ustawy Pzp polega na udzieleniu zamówienia podmiotowi o określonym profilu działalności. Jednoznacznie należy wywnioskować, że wprowadzona do dokumentacji postępowania klauzula nie będzie stanowiła weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, w konsekwencji w żadnym wypadku nie może być traktowana przez zamawiającego jak i uczestników postępowania jako warunki udziału w postępowaniu.

Ustawodawca nie zawarł omawianej klauzuli społecznej w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji należy to odczytywać w ten sposób, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w którym zamówienie posiada charakter zastrzeżony są zobowiązani do wykazania, że samodzielnie spełniają warunki wprost wskazane w normie prawnej art. 94 ustawy Pzp, czyli: posiadać status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnej lub być innym wykonawcą, którego głównym celem działalności jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych wskazanych przez zamawiającego, oraz zatrudniać te osoby na poziomie nie niższym niż 30% ogółu zatrudnionych. Powyższe warunki winny być spełnione samodzielnie przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, stąd niedopuszczalne jest spełnienie warunku łącznie przez wykonawców występujących w konsorcjum w danym postępowaniu. W tym wypadku wykonawca również nie może polegać na potencjale podmiotu trzeciego celem spełnienia warunku. Korzystanie przez wykonawcę z podwykonawstwa w zamówieniu zastrzeżonym nie może prowadzić do obejścia przez niego warunków uprawniających do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Tym samym zastosowanie tejże klauzuli społecznej pozwala ubiegać się o udzielenie zamówienia podmiotowi, którego głównym celem działalności jest wspieranie osób defaworyzowanych, ich społeczną integrację i aktywizację zawodową. Oznacza to, że nie musi to być jedyny cel działalności wykonawcy, ale działalność ukierunkowana na realizację celu integracyjnego musi być głównym obszarem jego działania. Jednocześnie dla spełnienia tego warunku nie będzie wystarczające samo zatrudnianie osób marginalizowanych, w szczególności, jeśli osoby te zostały zatrudnione jedynie na potrzeby ubiegania się o zamówienie. Bowiern, mimo że zatrudnienie jest jednym ze sposobów służących integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, sam fakt ich zatrudniania nie świadczy jeszcze, że głównym celem działalności danego wykonawcy są działania integracyjne prowadzone na rzecz takich osób. Oznacza to, że działalność wykonawcy polegać ma nie tylko na samym zatrudnieniu osób z grup marginalizowanych, ale również na ich społeczno-zawodowej integracji. Odmienne podejście do weryfikacji spełnienia warunków określonych dla zamówień zastrzeżonych umożliwiłoby udzielenie zamówienia podmiotowi, który w rzeczywistości nie prowadzi działalności integracyjnej ani nie zatrudnia wymaganego odsetka osób marginalizowanych, tym samym byłoby sprzeczne z celem tej regulacji.

Należy wskazać, iż zamówienie zastrzeżone o którym mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp powinien uzyskać wykonawca o określonym profilu działalności, ubiegający się o jego udzielenie i spełniający warunki wskazane w ww. przepisie. Celem przedmiotowego przepisu jest bowiem wspomaganie społecznej i zawodowej integracji osób z grup marginalizowanych.

Praktyka kontroli

➤ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 czerwca 2022 r., znak: KND/196/21/DKZP.

W stanie faktycznym, który był przedmiotem kontroli doraźnej instytucja zamawiająca w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych postanowiła, że o zamówienie mogły ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz wykonawcy, których działalność, lub działalność ich organizacyjnie wyodrębnionych jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na odbiorze, transporcie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie zamawiającego (Gminy).

Zamawiający określił minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 (aktualnie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp), nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki w wysokości 100%. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli złożyć następującą dokumentację celem potwierdzenia spełnienia zatrudnienia osób bezrobotnych, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt ustawy Pzp2004 (aktualnie art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp):

1) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy, lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych,

2) dokumentu potwierdzającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy (aktualnie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp), zatrudnionych przez wykonawcę który będzie realizował zamówienie. Warto podkreślić, że Zamawiający postawił wymóg, aby procentowy wskaźnik zatrudnienia osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku wynosił 100%.

Jednocześnie w SIWZ Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy łącznie spełniają następujące warunki:

a) ich działalność (albo działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizować zamówienie) obejmą społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 (aktualnie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp),

b) posiadają procentowy wskaźnik osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 (obecnie obowiązująca norma prawna art. 94 ust. 1 ustawy Pzp) wynoszący 100% osób zatrudnionych przez wykonawcę (albo przez ww. jednostki, które będą realizować zamówienie) przy czym osoby te powinny należeć do następującej grupy społecznie marginalizowanej w rozumieniu ww. przepisów: bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucji rynku pracy (Dz. U. 2020 r. poz. 1409 i 2023 z późn. zm.).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z tych wykonawców musiał spełniać warunki wskazane w lit. a i b powyżej. Ponadto, Zamawiający wprowadził zakaz polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wymogów wskazanych w lit. a i b powyżej. Zamawiający poinformował, że osoba zatrudniona przez wykonawcę należy do grupy bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jeżeli osoba ta w chwili bezpośrednio poprzedzającej zatrudnienie u wykonawcy (albo w ww. jednostce, która będzie realizowała zamówienie) była bezrobotna w rozumieniu ww. ustawy. (...)

W niniejszej kontroli doraźnej ustalono, że „w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wbrew treści art. 22 ust. 2a ustawy Pzp2004 (aktualnie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp) nie wskazał minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób bezrobotnych przez wykonawców albo ich jednostki, bowiem ustalił procentowy wskaźnik zatrudnienia osób bezrobotnych na maksymalnym poziomie to jest w wysokości 100% wszystkich osób zatrudnionych przez wykonawcę. (...)

Należy jednoznacznie stwierdzić, że określona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu klauzula społeczna, o której mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 (aktualnie: art. 94 ust. 1 ustawy Pzp) wypełnia założony przez Ustawodawcę cel, jakim jest integracja społeczna i zawodowa osób bezrobotnych i będzie miała zastosowanie do przedmiotu zamówienia, czyli odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ze względu na charakter zamówienia, jego zakres, jak i stopień złożoności oraz warunki jego realizacji przedmiotowego zamówienia, a ponadto sytuację rynkową. Jednocześnie należy stwierdzić, że omawiana klauzula została określona w sposób nadmierny oraz nieodpowiedni, gdyż wskazanie przez Zamawiającego "minimalnego" procentowego wskaźnika zatrudnienia osób bezrobotnych w wysokości 100% konsekwentnie wyeliminowało z udziału w przedmiotowym postępowaniu Wykonawców, którzy posiadają wszelkie zasoby do wykonania przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie Zamawiający uchybił naczelnej zasadzie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadzie proporcjonalności.

Opierając się na powyższych rozważaniach, wskazanie przez zamawiającego nierealnego „minimalnego” wskaźnika procentowego zatrudnienia osób bezrobotnych miał wpływ na krąg wykonawców, którzy mieli zamiar wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po wyczerpującej analizie stanu faktycznego sprawy oraz dokumentacji przekazanej celem podjęcia czynności kontrolnych Kontrolujący stwierdził uchybienie art. 22 ust. 2 pkt 2 i ust. 2a w związku z art. 7 ust.

1 ustawy Pzp2004, co stanowiło na gruncie przedmiotowego zamówienia warunek ograniczający konkurencję i niezgodny z zasadą proporcjonalności.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp2004 (aktualnie: art. 94 ust. 1 ustawy Pzp) mogło skutkować wyborem jako najkorzystniejszej innej oferty.

Zamawiający nie złożył zastrzeżeń do naruszenia wskazanego w informacji o wyniku kontroli, stąd sprawa nie podlegała rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

W wyroku z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1398/20, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że cel art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 (aktualnie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp), *jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, nie może zostać osiągnięty kosztem naruszenia zasady proporcjonalności*. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej: *w odniesieniu do warunku, który wprowadza tzw. zamówienie zastrzeżone, możliwość jego weryfikacji z punktu widzenia kryterium proporcjonalności jest istotna z tego powodu, że jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Izby, art. 22 ust. 2 ustawy pzp (obecnie obowiązujący przepis prawny: art. 94 ust. 1 ustawy Pzp) należy interpretować w ten sposób, że ogranicza on dostępność zamówienia do wykonawców prowadzących tzw. przedsiębiorstwo społeczne, czyli takie, którego celem (a nie ubocznym czy ad hoc przyjętym na potrzeby danego zamówienia) jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych*. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła w tym wyroku, że *sposób opisu kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 pzp (obecnie obowiązujący przepis prawny: art. 94 ust. 1 ustawy Pzp) wskazuje, że mają się one odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. W konsekwencji wymogu tego nie można traktować jedynie jako formalnego narzędzia do ograniczania konkurencji przez uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż wprost narusza to nadrzędną w stosunku do wszystkich warunków udziału w postępowaniu zasadę proporcjonalności, o której mowa zarówno w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie: art. 16 pkt 3 ustawy Pzp) oraz dodatkowo w art. 22 ust. 1a pzp (aktualnie: art. 112 ust. 1 ustawy Pzp) w odniesieniu do relacji warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia*.

Wymagania dotyczące zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę pracowników na umowę o pracę

Wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2023 r. poz. 1465), dalej: „Kodeks pracy”. Powyższy obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku.

Tym samym, w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

W tym miejscu należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego

na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy:

- a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy,
- b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy,
- c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę i
- d) w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę.

W drugiej kolejności podnieść należy, że w zamówieniach na usługi i roboty budowlane, do których wprost odwołuje się art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, taki obowiązek będzie dotyczył tylko tych zamówień publicznych, w których wykonywanie czynności w ramach jego realizacji będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

W tym miejscu należy przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. akt III AUa 490/16, w którym zawarto stanowisko o następującej treści: *umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania.*

Zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Należy pamiętać, że wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie będzie dotyczył postępowania, którego przedmiotem są dostawy. W tym przypadku zamawiający nie jest obowiązany do stosowania omawianej klauzuli społecznej.

Praktyka kontroli

➤ Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 25 kwietnia 2024 r., znak: KU/86/23/DKZP.

Jak wynikało z treści zapisu projektu umowy w sprawie udzielenia zamówienia: *zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, osób oddelegowanych do realizacji zamówienia, które będą wykonywały czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w § 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U.2022.1510 t.j. z dnia 19.07.2022 r.). Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia ww. osób na podstawie umów o pracę przez cały okres realizacji zamówienia.* Zamawiający określił następujące czynności jako polegające na świadczeniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy:

1. Kierownik budowy i kierownicy robót,
2. Prace montażowe, budowlane i rozbiórkowe,
3. Prace instalacyjne,
4. Prace na obiektach.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2023 r. poz. 682), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują.

Opierając się na powyższym, Zamawiający poprzez wskazanie wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób pełniących funkcję Kierowników robót, bądź Kierownika budowy uchybił normie prawnej art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący stwierdził, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

➤ Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 23 września 2019 r., znak: KU/126/19/DKZP.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 23 września 2019 r., zamawiający wskazał jako przedmiot zamówienia: przebudowę układu drogowo – torowego (przebudowę torowiska tramwajowego oraz jezdni), budowę nowych peronów tramwajowych, przebudowę chodników oraz ścieżek rowerowych, przebudowanie trakcji tramwajowej, oświetlenia, odwodnienia torów i jezdni, budowę kanalizacji dla światłowodów, usunięcie kolizji telekomunikacyjnych, elektroenergetycznych, gazowych oraz wodociągowych.

Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty w zakresie następujących branż: branża drogowo-torowa, branża sanitarna, branża elektryczna, branża teletechniczna, branża konstrukcyjna.

Analiza zakresu robót składających się na ww. branże wskazuje, iż część z nich polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: demontaż torów, nawierzchni, krawężników, murków, wykonanie wykopów i nasypów, oczyszczanie warstw konstrukcyjnych, wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej, ręczne układanie kabli i rur, ręczne kopanie i zasypywanie rowów, roboty ręczne ziemne z transportem urobku, prace rozbiórkowe i porządkowe, itd. Powyższe prowadzi do wniosku, iż wymienione przykładowo powyżej czynności stanowią wykonywanie pracy, o której mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Należy także podkreślić, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający nie powinien określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę (podwykonawcę) będzie brała udział w realizacji zamówienia. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający ograniczył się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę min. 20 osób wykonujących czynności w zakresie prac budowlanych, co za tym idzie nie wskazał czynności, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp i jednocześnie narzucił wykonawcom (podwykonawcom) zarówno obowiązek zatrudnienia na podstawie

umowy o pracę co najmniej 20 osób jak i określił sposób realizacji świadczenia (abstrahując od przykładowo stopnia mechanizacji wykonawcy). W rezultacie należy uznać, że Zamawiający dokonał wadliwej oceny, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp (obecnie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp).

Opierając się na powyższym, w informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W art. 5 ust. 14 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do siwz - Wzór Umowy o Kompleksową Realizację Inwestycji) zamawiający zapisał, że: *Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę. Podwykonawcę oraz dalszego Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji inwestycji: f) czynności administracyjno - biurowe związane bezpośrednio z realizacją Umowy.*

Przedmiot zamówienia stanowił m.in.: budowę węzła rozdzielczo-pomiarowego, budowę gazociągu łączącego zaprojektowany węzeł z istniejącym węzłem rozdzielczo-pomiarowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą, w tym połączenie światłowodowe nowego i starego, połączenie nowego węzła z projektowanymi gazociągami wysokiego ciśnienia, budowę przyłącza wodociągowego, kanalizacyjnego, sieci azotu, przebudowy wodociągu, przebudowy rowu melioracyjnego, ogrodzenia terenu oraz wjazdu. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółowiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in.: roboty w zakresie następujących branż: branża konstrukcyjna, branża gazowa, branża elektryczna, branża teletechniczna, branża sanitarna, branża rozbiórkowa.

Analiza zakresu robót składających się na ww. branże wskazuje, iż część z nich polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Powyższe prowadzi do wniosku, iż czynności wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia wchodzące w zakres prac budowlanych objętych realizacją umowy przedmiotowego zamówienia stanowią wykonywanie pracy, o której mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. (...)

W niniejszym postępowaniu, ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności „administracyjno-biurowe związane bezpośrednio z realizacją Umowy”, zamawiający dokonał wadliwie oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 35 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy PZP (aktualnie: 95 ustawy Pzp).

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

W wyroku z dnia 5 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 154/24, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrzyła m.in. następujące zarzuty:

1) art. 95 ustawy Pzp poprzez określenie i zastosowanie wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy: Odwołujący nie zatrudnia żadnych pracowników, Odwołujący zamierzał realizować zamówienie za pośrednictwem zasobów osobowych wykonawcy, wykonującego czynności w zakresie realizacji zamówienia osobiście lub za pośrednictwem umów o pracę.

2) art. 95 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewskazanie, który rodzaj czynności miałby być wykonywany przez osoby/osobę w oparciu o umowę o pracę.

3) art. 95 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający wymagał, aby usługi były wykonywane przez osobę posiadającą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych).

Krajowa Izba zajęła w niniejszej sprawie następujące stanowisko, wyjaśniając zastosowanie klauzuli społecznej określonej w art. 95 ustawy Pzp: *Nie budzi wątpliwości, że klauzule społeczne, w tym klauzule zobowiązujące wykonawców do zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę mają istotne znaczenie w systemie prawa zamówień publicznych. Ustawodawca m.in. poprzez art. 95 ustawy Pzp dąży do ochrony pracowników, zakładając, że mają oni słabszą pozycję w relacji z pracodawcą, który kierując się czynnikami ekonomicznymi czy zakresem uprawnień pracowniczych wynikających z przepisów kodeksu prawa pracy, może unikać zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę. Zauważyć należy jednakże, że art. 95 ustawy Pzp nie statuuje bezwzględnego obowiązku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonawców na podstawie umowy o pracę. Ustawodawca wskazał, że taki obowiązek istnieje tylko w sytuacji, gdy czynności składające się na realizację zamówienia polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy kodeks pracy. Zatem, Zamawiający wprowadzając wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zobowiązany jest, na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia, dokonać analizy pod kątem tego, czy dane świadczenie może być spełnione przez osoby skierowane przez wykonawcę lub podwykonawcę do realizacji zamówienia, którymi dysponują na podstawie umów o charakterze cywilnoprawnym, w szczególności umowy o dzieło lub zlecenia, czy jednak charakter stosunku prawnego łączącego te osoby z wykonawcą lub podwykonawcą spełnia przesłanki uznania go za stosunek pracy. Jeśli zatem Zamawiający decyduje się wprowadzenie takiej klauzuli społecznej do SWZ, to również Zamawiający musi uzasadnić jej zastosowanie. (...)*

Uzupełniająco Izba wskazuje, że po pierwsze, z postanowień SWZ nie wynika co do jakich konkretnych czynności (rodzaju czynności) należy odnieść wymóg zatrudnienia na podstawie umowy/umów o pracę. Przepis art. 95 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający powinien wskazać czynności w zakresie realizacji zamówienia. Odwołanie się do całego opisu przedmiotu zamówienia nie czyni zadość wymaganiu wskazanemu w art. 95 ustawy Pzp.

Tym bardziej, że w swoim stanowisku Zamawiający nie wyjaśnił podstaw swojej decyzji. Po drugie, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, wymóg, o którym mowa w Dziale III pkt 4 SWZ nie powinien w ogóle zostać sformułowany i zawarty w SWZ ze względu na wymagania Zamawiającego, aby zamówienie było realizowane przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – tak Rozdział C – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 4 SWZ, zgodnie z którym: Przy wykonywaniu zamówienia od strony Wykonawcy musi uczestniczyć min. 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Czynności wykonywane przez te osoby z reguły nie są wykonywane w ramach umów o pracę ze względu na samodzielność tych osób. Wynika to z niezależnego charakteru ich działania, które realizują samodzielnie, bez bezpośredniego kierownictwa zlecającego lub pracodawcy. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji.

Izba zgadza się również z Odwołującym, że zastosowanie art. 95 ustawy Pzp nie może prowadzić do niezasadnego ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwienie złożenia oferty wykonawcom wykonujące usługi osobiście lub poprzez podwykonawców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. A taki skutek miałaby czynność Zamawiającego, gdyby uznać ją za zasadną. Takie działanie wypacza idei konkurencji. Zastosowanie art. 95 musi mieć uzasadnienia w warunkach danego postępowania przetargowego, zaś przełożenie tego przepisu na konkretne postępowanie nie może odbywać w sposób blankietowy poprzez powtórzenie treści regulacji. Zadaniem Zamawiającego jest dokonanie analizy przedmiotu zamówienia, czynności jakie składają się na jego wykonanie i dopiero po dokonaniu takiej analizy ewentualne zadecydowanie o zastosowaniu art. 95 ustawy Pzp. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób swojej decyzji.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w sposób nieprawidłowy. Stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w istocie była konsekwencją błędów samego Zamawiającego, który w sposób nieuzasadniony narzucił wykonawcom obowiązek zatrudnienia pracowników wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia na podstawie umowy o pracę, nie wykazując podstaw do zastosowania takiego wymogu.

Wymagania związane z realizacją zamówienia – aspekty gospodarcze, społeczne, środowiskowe

W normach prawnych ustawodawca zawarł regulacje, które dają możliwość zamawiającemu wskazania w opisie przedmiotu zamówienia specjalnych wymogów w zakresie sposobu wykonania zamówienia odnoszący się do aspektów gospodarczych, związanych z innowacyjnością, środowiskowych, społecznych, bądź związanych z zatrudnieniem.

Ustawodawca dał zamawiającemu pełną swobodę do określenia wymogów w myśl dyspozycji art. 96 ustawy Pzp. Tym samym, do decyzji zamawiającego należy, czy w danym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia zastosuje normę prawną art. 96 ustawy Pzp, w odróżnieniu do przepisu prawnego art. 95 ustawy Pzp. W tym przypadku gospodarz postępowania, gdy udziela zamówienia, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane, jest zobowiązany do zawarcia wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę bądź podwykonawcę.

Zamawiający posiada pełen wachlarz możliwości w zakresie, jakie wymogi zgodnie z art. 96 ustawy Pzp będą zobowiązani wypełnić wykonawcy, aby wziąć udział w postępowaniu.

Opierając się na powyższym, wymogi odnoszące się do wykonania zamówienia mogą mieć na celu rozpowszechnianie równouprawnienia płci w pracy, równowagi pomiędzy życiem zawodowym, a prywatnym, a nawet rozwoju zawodowego kobiet na rynku pracy. Zamawiający może postawić również odmienny warunek polegający na dostarczaniu produktów wytworzonych z materiałów pozyskanych na bazie recyklingu, bądź bez zastosowania niezdrowych substancji, które to będą dostarczane w ramach zamówienia. Omawiane warunki mogą również służyć wspieraniu działań na rzecz integracji społecznej i zawodowej osób należących do grup marginalizowanych.

Warto pamiętać, że omawiane warunki powinny mieć ścisły związek z przedmiotem zamówienia.

W Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócono uwagę na fakt, iż przy wprowadzaniu klauzul społecznych zawartych w art. 96 ustawy Pzp do zapisów dokumentacji zamówienia, zamawiający powinien opierać się na zasadach, które dotyczą również sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. *Prawo zamówień publicznych nie tylko daje możliwości uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, ale także formułuje pewne obowiązki w tym zakresie. W każdym przypadku, niezależnie od określonych wymogów, zamawiający obowiązany jest do ich szczegółowego opisanie, zgodnie z naczelną zasadą zawartą w art. 99 ust. 1 PZP. Przede wszystkim przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo zamawiający, przewidując wymagania, o których mowa w komentowanym przepisie, musi określić w dokumentach zamówienia w szczególności sposób dokumentowania spełniania przez wykonawcę tych wymagań, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania tych wymagań oraz sankcje z tytułu ich niespełnienia. Powyższe ma na celu zapewnienie efektywnej weryfikacji spełniania przez wykonawcę określonych przez zamawiającego wymogów. Biorąc pod uwagę ich charakter, stosowne postanowienia powinny znaleźć się w opisie przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowieniach umowy.⁷²*

⁷² Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 5, art. 96 ustawy Pzp.

Poniżej znajdują się przykłady klauzul społecznych, które zostały określone w ramach wymagań związanych z wykonaniem danego zamówienia publicznego.

Przykład nr 1

Zamawiający może sporządzić klauzulę społeczną w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącą wsparcia włączenia społecznego w następujący sposób:

W ramach wymagań związanych z realizacją zamówienia zamawiający określa warunek dotyczący podjęcia działań mających na celu realizację włączenia społeczno-zawodowego osób z niepełnosprawnościami lub innych grup zagrożonych wykluczeniem społecznym poprzez ich zaangażowanie w wykonanie zamówienia. Warunek może zostać spełniony poprzez zaangażowanie do realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa podmiotów, o których mowa w art. 94 ust. 1 Pzp. Zamawiający jednocześnie określa minimalny odsetek wartości zamówienia, która będzie przeznaczona na spełnienie tego warunku. W takim przypadku wykonawca będzie zobowiązany udokumentować realizację ww. warunku poprzez złożenie oświadczenia oraz dokumentów/ dowodów potwierdzających zlecenie realizacji zadań w ramach określonej powyżej procentowej wartości zamówienia podmiotom, o których mowa w art. 94 ust. 1 Pzp.⁷³

Nie będzie zatem możliwe postawienie na podstawie art. 96 Pzp np. wymogu zobowiązującego wykonawcę do zatrudniania w firmie określonego odsetka osób marginalizowanych czy stosowania w swojej działalności określonych środków transportu charakteryzujących się niższą emisją szkodliwych gazów. Możliwe natomiast będzie wymaganie, aby do realizacji konkretnego zamówienia zatrudnione były osoby z grup marginalizowanych lub żeby zamówienie zostało zrealizowane z wykorzystaniem środków transportu bardziej przyjaznych środowisku.⁷⁴

Przykład nr 2

Wskazany przykład dotyczy aspektu sprawiedliwego handlu, zamawiający może w tym zakresie wymagać przedłożenia produktów, które zawierają szczególne oznakowanie:

Wykonawca zapewni, że dostarczana żywność będzie posiadała etykietę Fairtrade lub równoważną.⁷⁵

Przykład nr 3

Przykładowy zapis dokumentu zamówienia dotyczy wymagań odnoszących się do wykonania zamówienia przy pomocy osób wskazanych w katalogu ustawowym w regulacji art. 96 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp:

Zamawiający na podstawie art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, określa wymagania związane z realizacją zamówienia polegające na obowiązku zaangażowania do realizacji zamówienia dwóch osób z grup osób wskazanych

w art. 96 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Poprzez zaangażowanie do realizacji zamówienia zamawiający rozumie zarówno zatrudnienie nowych osób będących osobami, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jak i oddelegowanie do realizacji zamówienia zatrudnionych już osób będących osobami, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W przypadku osób bezrobotnych, osób poszukujących pracy niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej oraz osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, zamawiający wymaga, aby były to nowozatrudnione osoby lub osoby zatrudnione nie wcześniej niż ... dni przed zawarciem umowy.

⁷³ Katarzyna Ołdak-Bułańska, Monika Szczygielska, Marta Wosiecka „Zamówienia publiczne na rzecz włączenia społecznego”, redakcja Artur Kowalski, wydawca: Urząd Zamówień Publicznych, str. 31.

⁷⁴ Prawo zamówień publicznych. Komentarz: pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II, art. 96.

⁷⁵ Katarzyna Ołdak-Bułańska, Monika Szczygielska, Marta Wosiecka „Zamówienia publiczne na rzecz włączenia społecznego”, redakcja Artur Kowalski, wydawca: Urząd Zamówień Publicznych, str. 32.

W sytuacji rozwiązania lub wygaśnięcia zatrudnienia przed zakończeniem okresu realizacji zamówienia, wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia innej osoby ze wskazanych przez zamawiającego grup zagrożonych wykluczeniem społecznym.⁷⁶

Przykład nr 4

Zamawiający posiada również uprawnienie do nałożenia wymogu zatrudnienia konkretnej liczby osób przynależących do wybranej grupy:

Zamawiający wymaga zatrudnienia do realizacji zamówienia ... osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;

albo

Zamawiający wymaga zatrudnienia do realizacji zamówienia ... osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz ... osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy; albo Zamawiający wymaga zatrudnienia do realizacji zamówienia ... osób będących osobami bezrobotnymi w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy lub osobami poszukującymi pracy, niepozostającymi w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

albo

Zamawiający wymaga zatrudnienia do realizacji zamówienia ... osób będących osobami bezrobotnymi w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy lub osobami poszukującymi pracy, niepozostającymi w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.⁷⁷

Usługi społeczne i inne szczególne usługi

Zgodnie z art. 7 pkt 34 ustawy Pzp, zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi to zamówienia klasyczne lub zamówienia sektorowe, na usługi wymienione odpowiednio w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

Stanowią one katalog usług wyróżniony w art. 74-77 Dyrektywy klasycznej i transponowany do krajowych przepisów w zakresie zamówień publicznych w art. 359-361 ustawy Pzp.

Załącznik XVII do dyrektywy 2014/25/UE wprost określa takie usługi jak:

- 1) usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne,
- 2) usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury,
- 3) usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego,
- 4) świadczenia społeczne,
- 5) inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie,
- 6) usługi religijne,
- 7) usługi hotelowe i restauracyjne,
- 8) usługi prawne, niewyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
- 9) inne usługi administracyjne i rządowe,
- 10) świadczenie usług na rzecz społeczności,
- 11) usługi w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,

⁷⁶ Tamże, str. 38.

⁷⁷ Tamże, str. 39.

- 12) usługi detektywistyczne i ochroniarskie,
- 13) usługi międzynarodowe,
- 14) usługi pocztowe,
- 15) usługi różne (formowanie opon i usługi kowalskie).

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są usługi społeczne i inne szczególne usługi zamawiający zobowiązany jest do dokonywania czynności w postępowaniu na podstawie przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (równowartość kwoty 750 000 euro).

Natomiast, w zakresie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne (równowartość kwoty 750 000 euro), lecz równej lub powyżej 130 000 złotych, w całości stosuje się przepisy działu III ustawy, bez wyłączeń.

Zamawiający zobowiązany jest do przedstawienia w opisie przedmiotu zamówienia w sposób wyraźny, jaki rodzaj usługi będzie stanowić przedmiot zamówienia, aby wykonawcy przed przystąpieniem do udziału w postępowaniu dokonali oceny, czy spełniają wymogi o charakterze ustawowym oraz sporządzone przez gospodarza postępowania. Ponadto, należy podkreślić, że zamawiający powinien dokonać analizy poszczególnych kodów CPV celem powzięcia wiedzy, czy ma do czynienia z usługą społeczną, bądź inną szczególną usługą, gdyż to kody CPV wskazują na fakt, iż zamówienie dotyczy tego typu usług.

Warto pamiętać, że w przypadku, gdy zamawiający dokona stosownego zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, niektóre usługi społeczne i inne szczególne usługi mogą być zastrzeżone do wykonywania przez specjalne grono wykonawców. Jednakże, w sytuacji gdy, w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym nie zostanie zawarte zastrzeżenie, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte wskazanymi w przepisie kodami CPV mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający przesłanki określone w art. 361 ust. 1 pkt 1–4 Pzp, w konsekwencji zamówienie udzielane będzie na usługi społeczne i inne szczególne usługi przy zastosowaniu art. 359 i 360 ustawy Pzp.

Mając na uwadze treść art. 361 ustawy Pzp zamawiający może wymagać od wykonawców spełnienia szczególnych warunków określonych w omawianej regulacji, udzielając zamówienia na:

- 1) usługi administracyjne w zakresie administracji;
- 2) usługi administracyjne w zakresie opieki zdrowotnej;
- 3) usługi administrowania osiedlami mieszkalnymi;
- 4) usługi w zakresie pozyskiwania pracowników świadczących pomoc domową;
- 5) usługi w zakresie pozyskiwania personelu pielęgniarskiego;
- 6) usługi w zakresie pozyskiwania personelu medycznego;
- 7) usługi szkolnictwa przedszkolnego;
- 8) usługi szkolnictwa wyższego;
- 9) usługi e-learning;
- 10) usługi edukacji osób dorosłych na poziomie akademickim;
- 11) usługi szkolenia personelu;
- 12) usługi świadczone przez placówki szkoleniowe (w tym usługi opracowywania programów szkoleniowych i seminaria szkoleniowe);
- 13) usługi seminaryjne;
- 14) usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej;
- 15) usługi świadczone przez biblioteki, archiwa i inne usługi kulturalne;
- 16) usługi sportowe;
- 17) usługi świadczone przez organizacje społeczne;
- 18) usługi świadczone przez stowarzyszenia młodzieżowe.

Jak wskazuje regulacja art. 361 ustawy Pzp zamówienia, których przedmiotem są usługi społeczne i inne szczególne usługi będą udzielane jedynie wykonawcom, którzy spełniają łącznie wszelkie przesłanki wskazane w art. 361 ustawy Pzp. Opierając się na powyższym, gdy wykonawca nie wypełnił jednej z przesłanek, nie będzie miał możliwości ubiegania się o tego typu zamówienie.

Tym samym, obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, iż udziela zamówienia na usługi określone w art. 361 ustawy Pzp.

Mając na uwadze regulacje art. 361 ustawy Pzp celem działalności wykonawcy ubiegającego się o szczególne zamówienie jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 94 ustawy Pzp.

Kolejna przesłanka, którą jest zobowiązany spełnić wykonawca wprowadza zakaz działania w celu osiągnięcia zysku. Natomiast, wykonawca powinien przeznaczać całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczać zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników.

Przesłanka, o której mowa w art. 361 ust. 1 pkt 2 Pzp, powinna być rozpatrywana ściśle, co oznacza, że wykonawca łącznie: nie może działać w celu osiągnięcia zysku, przeznaczać musi całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznacza zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników. W praktyce podmioty niedziałające w celu osiągnięcia zysku występują w postaci fundacji, stowarzyszeń, spółdzielni, ale także tzw. spółek non profit. Wspólną cechą tych podmiotów jest to, że nie są one stworzone w celu prowadzenia działalności gospodarczej i osiągania zysku, co nie oznacza jednak, że jakikolwiek zysk z tytułu prowadzenia przez nich działalności nie może być osiągany. Całość dochodów wykonawcy ma być przeznaczona na realizację celów statutowych, a ewentualny zysk nie może być przeznaczony do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników (innymi słowy zysk także winien wspierać cele statutowe).⁷⁸

Trzecia z przesłanek odnosi się do struktury własnościowej podmiotu i wskazuje, że struktura zarządzania wykonawcą lub jego struktura własnościowa polega na:

- 1) współzarządzaniu (dotyczy spółdzielni),
- 2) akcjonariacie pracowniczym,
- 3) zasadach partycypacji pracowników.

Wskazaną strukturę wykonawca powinien wyszczególnić w zapisach statutu, bądź odmiennym dokumencie regulującym zadania, strukturę organizacyjną i sposób działania podmiotu.

Ostatnia z przesłanek oznacza, że zamawiający wprowadza pewne ograniczenie, z którego wynika, iż gospodarz postępowania nie powinien udzielić zamówienia podmiotowi, jeśli w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi udzielił mu zamówienia zastrzeżonego do wykonywania przez szczególne grono wykonawców, czyli na podstawie niniejszego przepisu lub art. 138p Pzp2004 (przepis prawny zawarty w uprzednio obowiązującej ustawie Pzp).

⁷⁸ Prawo zamówień publicznych. Komentarz: pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Wydanie II. Warszawa 2023, art. 361 ustawy Pzp.