

# PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

## MATERIAŁ SZKOLENIOWY

### TEMATY:

- ⇒ **WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU** – str. 2;
- ⇒ **PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA** – str. 19.

**Opracował i zestawil<sup>®</sup>: Piotr Sparczyński**

*Tel. kom 602 69 33 15*

***UWAGA:** Osoba korzystająca z tego materiału szkoleniowego powinna sprawdzić aktualność materiału w dacie przygotowania czy też prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Autor niniejszego opracowania nie wyraża zgody na powielanie, kserowanie, wykorzystywanie czy przetwarzanie fragmentów czy całości niniejszego materiału. Wybrane fragmenty mogą zawierać treść, która na szkoleniu jest omawiana jako wymagająca zmian i poprawek.*

20011-11

**WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – opinie prawne UZP/ z dnia 2010.07.09.**  
<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/Dotyczace-nowelizacji/>

**Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku, do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy, zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 Pzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z kolei przepis art. 24 ust. 1 wskazuje podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zaistnienie jednej z okoliczności wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Sama istota okoliczności wskazywanych w art. 24 ust. 1 wskazuje na to, iż mamy do czynienia z warunkami, od których zależy dalszy udział wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne. Na powyższe wskazują wprost pozostałe przepisy ustawy, choćby art. 26 ust. 2a ustawy: „Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.” Od „warunków podmiotowych” określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy należy odróżnić „warunki przedmiotowe”, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu; ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne; ich nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można, zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych. Właściwości wykonawcy nie mogą być już brane pod uwagę przy ocenie ofert (z wyjątkiem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy).

**Rozszerzenie katalogu przestępstw.**

W istocie warunki udziału w postępowaniu w stosunku do poprzedniego stanu prawnego nie uległy istotnym zmianom. Zmianie uległy jedynie okoliczności skutkujące wykluczeniem wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4–8, które rozszerzyły typ przestępstw o przestępstwa przeciwko środowisku, za których popełnienie stosuje się sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe rozwiązanie ma na celu implementację postanowienia art. 45 ust. 2 lit. c i d i tezy 43 preambuły dyrektywy 2004/18/WE oraz uwzględnienie coraz większego znaczenia zagadnień związanych z ochroną środowiska. W świetle postanowień dyrektywy, nieprzestrzeganie ustawodawstwa z zakresu ochrony środowiska, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu, może zostać uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie, które może stanowić podstawę wykluczenia z uwagi na skazanie wykonawcy za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową albo ponoszenie przez wykonawcę winy poważnego wykroczenia zawodowego.

**Rozdzielenie warunków z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1.**

Na uwagę zasługuje nie uwzględnienie w obecnym brzmieniu dotychczasowej treści art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, a mianowicie warunku nie podlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotychczasowe brzmienie art. 22 ust. 1 pkt 4 miało charakter ogólny – „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.” Tym samym, przepis nie precyzował dokładnie okoliczności, w których następowało złożenie oświadczenia przez wykonawcę. Warto podkreślić, iż ustawa zawierała okoliczności wykluczenia wykonawcy w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy, przy czym

niektóre z nich (np. złożenie nieprawdziwych informacji) samo w sobie nie mogło być objęte oświadczeniem wykonawcy. Ponadto, następowało przemieszanie warunków z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 zgodnie, z którym z postępowania wykluczało się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3.” Niejednoznaczność składanego oświadczenia w tym zakresie stanowiła zagrożenie dla pewności, co do jego prawdziwości i w skutkach prowadzić do uchylania się wykonawców od odpowiedzialności z tego tytułu. Dlatego, by wzmocnić ochronę prawidłowości przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych zdecydowano o oddzieleniu warunków z art. 22 ust. 1 oraz warunków z art. 24 ust. 1 ustawy. Wykonawcy na podstawie nowych norm, co do zasady mogą być zobowiązani do składania dwojakiego rodzaju oświadczeń a więc oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Przyjęte ustawą rozwiązanie zapewnia ze względu na swą jednoznaczność pewność w zakresie treści składanych przez wykonawców oświadczeń i pozwala skutecznie zastosować sankcje przewidziane w odrębnych przepisach (art. Art. 297 i 305 Kodeksu karnego) w okolicznościach, w których składane oświadczenie okazuje się nieprawdziwe.

### **Ciążar dowodzenia.**

Na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady to niezamawiający ma udowodniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy w brzmieniu nadanym nowelą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy „nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.” Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy: „wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.” Tym samym, sam fakt nie wykazania spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie spełnienie warunku wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełniania warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 26 ust. 2a). Ze względu na znaczenie dla potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zakres warunków, których potwierdzenia spełnienia żądamy od wykonawców wskazywany jest już w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno wymieniać warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inaczej mówiąc, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odstępstwo od powyższej zasady dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b uPzp) lub rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 3 rozp.) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty.

### **Potencjał podmiotów trzecich**

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy w brzmieniu nadanym nowelą, „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.” Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warto zwrócić uwagę na kilka kwestii związanych z praktycznym stosowaniem przepisu art. 26 ust. 2b. Po pierwsze, uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków dotyczy jedynie niektórych spośród wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy warunków. Jak wynika z art. 26 ust. 2b ustawy, uprawnienie to nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz

warunku potencjału ekonomicznego. W tym zakresie zamawiający może wymagać wykazania spełnienia powyżej wskazanych dwóch warunków bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. W zakresie dotyczącym uprawnień warto podkreślić, iż za wystarczające do uznania spełnienia warunku w postępowaniu dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień. Jeżeli chodzi o potencjał ekonomiczny, wykonawca nie może się opierać na potencjale podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wymagania te ze względu na bezpieczeństwo realizacji inwestycji przypisane są wykonawcy. Przykładowo powszechnie stosowane w praktyce wymagania ekonomiczne takie jak posiadanie odpowiedniej płynności bieżącej czy też posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ze swej istoty przypisane są bezpośrednio wykonawcy. Po drugie, gdy wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu odwołuje się do potencjału podmiotów trzecich zobowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z ustawy i nie jest wymagane w tym zakresie wyrażenie woli zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. Warte jednak podkreślenia jest, iż ustawowy obowiązek wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem podmiotów trzecich dotyczy tylko tych warunków, których wykazanie spełnienia jest wymagane od wykonawców, a więc co do zasady warunków, które są opisane przez zamawiającego i dla których żąda on złożenia stosownych dokumentów. Po trzecie, to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Sposób wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zależy od specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju warunku w zakresie, którego wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego. Za oczywistą należy uznać sytuację, w których wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku, nawet, jeżeli wykonawca zamierza skorzystać z potencjału podmiotów trzecich nie jest zobowiązany do udowadniania, iż zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy też osób zdolnych do realizacji zamówienia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. Konieczność udowodnienia dysponowaniem tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. pożyczki, wdzierzawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające. W stosownych sytuacjach dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami konieczne może okazać się uczestnictwo podmiotów trzecich przy realizacji części zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how. Tak, więc w skład przedsiębiorstwa wchodzi również takie elementy jak np. renowa przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia. Powyższe wiąże się z zagadnieniem podwykonawstwa w zamówieniach publicznych definiowanego jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy. Ograniczenie podwykonawstwa ogranicza możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, gdyż ogranicza możliwości wykazania, iż zasobami podwykonawcy będzie można się posługiwać przy realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie w jakim udział w wykonaniu części zamówienia jest do tego niezbędny. Stąd też, ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy, a więc ze względu na specyfikę zamówienia. Orzecznictwo ETS wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Po czwarte, dostępność zasobów osób

trzecich może być starannie badana przez zamawiającego. Powyższe wynika z ustawy (art. 26 ust. 3 i 4) jak i orzecznictwa ETS. W jednym z orzeczeń ETS czytamy: Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może, więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia (patrz podobnie w odniesieniu do dyrektyw 71/304 i 71/305, Ballast Nedam Groep I, pkt 17). Po piąte, pod pewnymi warunkami za dopuszczalne należy uznać zmiany podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia na zasobach których wykonawca opierał się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kierując się jednak art. 7 ust. 1 ustawy oraz uznając istotność dokonywanych zmian w świetle art. 144 ust. 1 ustawy zmianę taką należy uznać za dopuszczalną pod warunkiem, gdy zmiana została dopuszczona na etapie przetargu oraz nowy podwykonawca wykaże spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy podwykonawca.

### **Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu**

Od warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych. Tymczasem, każde postępowanie o zamówienie publiczne różni się od siebie choćby pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności itd. W postępowaniu o zamówienie publiczne konieczna jest, zatem konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1. Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Innymi słowy, opis sposobu oceny spełniania warunków stanowi kryteria oceny, jakimi zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przeciwieństwie do warunków udziału, ich opis określony jest przez zamawiającego. Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków z jednej strony pomaga zamawiającemu w wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. Opis oceny spełniania warunków służy jednak również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków. Opis oceny spełniania warunków stanowi, bowiem dla zamawiającego wiążące przesłanki, jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (pomijając już to, iż stanowiłoby to naruszenie ustawy) prowadziłyby do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarzałyby możliwość podejmowania decyzji arbitralnych, naruszających interes poszczególnych wykonawców.

### **Sposób dokonywania opisu.**

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ten nowy przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać, zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający

kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: „Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich niespełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”

### **Zakres opisu.**

Opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Warunki określone w art. 24 ust. 1 są na tyle jednoznaczne, iż nie wymagają one dalszego opisu przez zamawiającego. Stąd też, w stosunku do tych warunków, zamawiający poprzestaje jedynie na ewentualnym żądaniu stosownego oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje nowy przepis art. 26 ust. 2a ustawy, który wskazuje, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Z kolei w myśl nowego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału.

### **Obowiązek zamieszczenia opisu w ogłoszeniu o zamówieniu.**

Ustawodawca jednoznacznie nałożył na zamawiającego obowiązek opisu oceny spełniania warunków, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7, art. 48 pkt 6) jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5), o ile oczywiście taki opis jest dokonywany przez zamawiającego.

### **Środki ochrony prawnej przysługujące na opis.**

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowi jedną z najważniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego, albowiem wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z tego względu, ustawodawca, tak jak w dotychczas obowiązującym stanie prawnym, przyznał wykonawcom uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej na tę czynność niezależnie od wartości udzielanego zamówienia. Środki ochrony prawnej w tym zakresie służą zapewnieniu realizacji zasady dostępu wykonawców do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych.

## **Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału**

Wykonawca zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy za pomocą dokumentów. Wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę dokonywane jest w oparciu o dokumenty, w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zakres niezbędnych dokumentów wymaganych od wykonawcy wskazany jest w zależności od trybu udzielanego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 ustawy). Nie złożenie dokumentu lub oświadczenia niewymaganego przez zamawiającego, co do zasady nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Wyjątek dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b uPzp) lub rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 3 rozp.) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty. Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem. Powyższa zasada nie ma zastosowania do sytuacji, w której wykonawca zobowiązany jest udowodnić dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b ustawy) oraz zamówień sektorowych, w stosunku, do których ustawodawca dopuścił możliwość żądania również innych dokumentów niż określone rozporządzeniem (art. 138c ust. 1 pkt 2). Warto zwrócić uwagę na systematykę nowego rozporządzenia, który odzwierciedla systematykę ustawy, a zatem w § 1 ust. 1 dokumenty odnoszą się do warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 natomiast § 2 ust. 1 dokumenty odnoszą się do warunków wskazanych w

art. 24 ust. 1 ustawy. Również systematyka wymienionych dokumentów wskazywanych w poszczególnych paragrafach rozporządzenia odpowiada systematyce poszczególnych warunków określonych ustawą. Uprawnienia (art. 22 ust. 1 pkt 1) – weryfikacja tego warunku następuje poprzez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, które wskazują na obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Wykazaniu spełnienia warunku posiadania uprawnień służy odpowiedni dokument koncesji, zezwolenia lub licencji (§ 1 ust. 1 pkt 1 rozp.). Należy odróżnić posiadanie uprawnień przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego od posiadania odpowiednich uprawnień przez osobę uczestniczącą w wykonywaniu zamówienia po stronie wykonawcy. O ile obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji przypisany jest wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne, a więc przysłej stronie umowy, o tyle to drugie, co do zasady przypisane jest osobie, którą wykonawca dysponuje np. architektowi. W pierwszym przypadku to wykonawca powinien posiadać uprawnienia w drugim, powinien dysponować osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia. Wiedza i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o dotychczas realizowane zamówienia. Istotniejszym czynnikiem jest tutaj wiedza. Nabyte doświadczenie, co do zasady wskazuje na posiadanie wiedzy niezbędnej do wykonywania danego zamówienia publicznego. Weryfikacji spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia służą odpowiednio wykazy robót budowlanych (§ 1 ust. 1 pkt 2 rozp.) dostaw lub usług (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozp.) Potencjał techniczny (art. 22 ust. 1 pkt 3) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (§ 1 ust. 1 pkt 4 rozp.), stan zatrudnienia i liczebność personelu kierowniczego (§ 1 ust. 1 pkt 5 rozp.). Osoby zdolne do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie (§ 1 ust. 1 pkt 6 rozp.) oraz uprawnienia (§ 1 ust. 1 pkt 7 rozp.). Sytuacja ekonomiczna i finansowa (art. 22 ust. 1 pkt 4) weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o sprawozdanie finansowe lub inne dokumenty finansowe, informację z banku o wysokości środków lub zdolności kredytowej, opłaconą polisę (§ 1 ust. 1 pkt 8–10 rozp.). Rozporządzenie nie wymienia oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 albowiem obowiązek jego żądania i złożenia przez wykonawcę wynika bezpośrednio z ustawy (art. 44 ustawy).

Zakres żądanych dokumentów. Nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom. Z tego względu ustawodawca wskazuje, iż zamawiający może żądać dokumentów i oświadczeń dla niego niezbędnych (art. 25 ust. 1). O tym, jaki dokument jest niezbędny, co do zasady decyduje zamawiający. Nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów daje w tym zakresie jednoznaczne wytyczne uzależniając zakres żądanych dokumentów w pierwszej kolejności od wartości udzielanego zamówienia, a więc od tego czy wartość przekracza lub nie „progi unijne”. Istotne jest również to, czy mamy do czynienia z dokumentami odnoszącymi się do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 czy też warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy. Powyżej „progów unijnych” zamawiający ma obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 w zakresie, w jakim dokonał ich opisu oraz wszystkich dokumentów wskazywanych w rozporządzeniu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z powodu istnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1. Poniżej „progów unijnych” zamawiający ma uprawnienie do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 w zakresie, w jakim dokonał ich opisu natomiast nie ma takiego obowiązku. Tym samym, zamawiający nie powinien żądać dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust., 1 jeżeli nie dokonał ich opisu. W zakresie dokumentów odnoszących się do wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu istnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 żądanie dokumentów stanowi uprawnienie zamawiającego.

### **Dokumenty podmiotu trzeciego.**

Zamawiający może żądać przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Zgodnie § 1 ust. 2 rozporządzenia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać złożenia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do dokumentów dotyczących bezpośrednio wykonawców. Obowiązek złożenia wymaganych dokumentów dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, w której wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich oraz gdy z okoliczności wynika, iż dla wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu

trzeciego. W sytuacji, w której wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego w zakresie sytuacji finansowej wykonawca zobowiązany jest złożyć informację z banku lub kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową podmiotu trzeciego, którego zasobami wykonawca będzie dysponował (§ 1 ust. 3 rozp.). Obowiązek złożenia dokumentu wynika wprost z rozporządzenia i w powyższym zakresie nie jest wymagane wyrażanie woli w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Obowiązek złożenia informacji z banku odnoszącą się do podmiotu trzeciego jest konsekwencją powołania się przez wykonawcę na jego potencjał przy wykazywaniu spełnienia warunku odpowiedniej sytuacji finansowej. Nie złożenie dokumentów przez wykonawcę odnoszących się do podmiotu trzeciego skutkuje obowiązkiem jego wykluczenia z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków (art. 24 ust. 2 pkt 4 uPzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Spełnianie warunków, powyższego których mowa w art. 24 ust. 1 uPzp stanowi wymóg, od którego uzależnione jest dopuszczenie podmiotu trzeciego do wykonywania części zamówienia publicznego. Brak wykazania spełnienia wymagań odnoszących się do podmiotu trzeciego stanowi podstawę do niedopuszczenia podmiotu trzeciego do wykonania części zamówienia. W takich też okolicznościach nie jest możliwe wykazanie zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

### **Brak podstaw do żądania zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej**

Zgodnie z definicją legalną art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten, wraz z normą wyrażoną w 23 ust. 1 ustawy, która dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, wyraża zasadę powszechnej dostępności podmiotów do zamówień publicznych, bez względu na ich status, formę organizacyjno-prawną, czy też narodowość. Do podstawowych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych należy, bowiem zaliczyć zasady równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji pomiędzy nimi (art. 7 ust. 1 ustawy). Zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji nie można jednak traktować w sposób absolutny, tj. nakazujący zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego każdemu wykonawcy, również i takiemu, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. W świetle przepisów ustawy Pzp wykonawcą zamówienia publicznego może być, bowiem tylko i wyłącznie podmiot, który spełnia warunki określone ustawą. Ustawa Prawo zamówień publicznych, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którym można udzielić zamówienia publicznego do takich, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 oraz co do których nie zachodzą podstawy wykluczenia z powodu nie spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców w stosunku, do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację upadłego. Zacytowana regulacja ma na celu zapobieganie udzielaniu zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie będą w stanie wykonać zamówienia lub wykonają je z nienależytą starannością. Celem przepisów art. 22 i 24 ustawy Pzp jest, zatem ochrona interesu publicznego, m.in. poprzez zapobieganie sytuacjom, w których umowa o zamówienie publiczne nie jest realizowana, co może narazić zamawiających na straty. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) przewidziano, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, zamawiający – w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1, natomiast w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość jest mniejsza niż te kwoty może żądać dokumentów niniejszych. Na podstawie § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy – zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy – zamawiający może żądać, aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ze względu na brak ujawnienia w treści wpisu do ewidencji gospodarczej informacji dotyczących upadłości podmiotu wpisanego, należy stwierdzić, że pojęcie „właściwy rejestr”, o którym mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia, nie obejmuje ewidencji działalności gospodarczej. Jednocześnie wskazać należy, że niedopuszczalne jest utożsamianie pojęcie przedsiębiorcy, którym ustawodawca



posługuje się w art. 4 ust. 1 i 2 z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.) z pojęciem wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp. Zgodnie, bowiem z art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Z kolei wykonawca zamówienia publicznego nie musi posiadać statusu przedsiębiorcy. Art. 2 ust. 11 ustawy Pzp, definiujący pojęcie „wykonawcy” na gruncie tej ustawy, przewiduje, iż jest nim osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca w tym przepisie, nie wymaga, aby wykonawca był przedsiębiorcą lub wykonywał działalność gospodarczą. W świetle wykazanego powyżej stanowiska, iż wykonawca nie musi być przedsiębiorcą, stwierdzić należy, iż może on działać nie tylko na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców, ale również na podstawie wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego. Na przykład, nie budzi wątpliwości, iż wykonawcą może być samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, który podlega wpisowi do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego. Na marginesie wskazać należy, że rejestrem w rozumieniu rozporządzenia nie są rejestry działalności regulowanej, których zasadniczym celem jest reglamentacja określonej działalności gospodarczej podejmowanej przez przedsiębiorców (np. rejestr przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie wyrobu i rozlewu wyrobów winiarskich; wyrobu i rozlewu napojów spirytusowych; wyrobu, oczyszczania, skażania, odwadniania alkoholu etylowego prowadzony przez ministra właściwego do spraw rynków rolnych). Analizując natomiast pojęcie „odrębnych przepisów wymagających wpisu do rejestru”, do których odsyła § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, wskazać należy w szczególności na: przepisy Kodeksu spółek handlowych, uzależniających powstanie spółek handlowych: osobowych i kapitałowych od wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego: art. 251 § 1 w przypadku spółki jawnej, oraz odpowiednio art. 79 w przypadku spółki partnerskiej, art. 109 § 1 – spółki komandytowej, art. 163 pkt 5 – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, art. 306 pkt 4 – spółki akcyjnej.

- art. 11 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze, który stanowi, iż spółdzielnia nabywa osobowość prawną z chwilą uzyskania wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego.
- art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, przewidujący, iż stowarzyszenie uzyskuje osobowość prawną i może rozpocząć działalność z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego.
- art. 16 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych – przedsiębiorstwo państwowe uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego.
- art. 39 ust. 2 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej odnośnie towarzystw ubezpieczeń wzajemnych, które uzyskują osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego.

Mając na względzie powyższe, wskazać należy na zasadniczy cel, w jakim wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zostaje zobowiązany do przedłożenia odpisu z właściwego rejestru, lub złożenia oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jakim jest wykazanie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z uwagi na jego upadłość lub likwidację. W szczególności badając aktualny odpis z właściwego rejestru lub analizując oświadczenie złożone przez wykonawcę będącego osobą fizyczną, zamawiający stwierdzić ma bowiem, czy w stosunku do określonego wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym, że z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie wynika, czy w stosunku do wykonawcy otwarto likwidację lub ogłoszono jego upadłość, dokument ten nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w konsekwencji, nie może on być dokumentem wymaganym na potwierdzenie tych okoliczności. Jednocześnie realizując naczelną zasadę równego traktowania wykonawców, która zobowiązuje zamawiającego do stawiania równych warunków i wymagań wobec wszystkich potencjalnych podmiotów mogących brać udział w postępowaniu, ustawodawca wprowadził możliwość żądania w stosunku do osób fizycznych złożenia oświadczenia w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przy czym pod pojęciem „osoby fizycznej” w rozumieniu niniejszego przepisu należy rozumieć zarówno:

- a) przedsiębiorców będących osobami fizycznymi i wspólnikami spółki cywilnej, którzy zgodnie z art. 14 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej podlegają wpisowi do ewidencji działalności gospodarczej, jak i
- b) osoby fizyczne nie prowadzące działalności gospodarczej, które w związku z wejściem w życie w dniu 31 marca 2009 r. ustawy nowelizującej ustawę z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.) uzyskały możliwość ogłoszenia upadłości.

## Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie

Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz nowymi rozporządzeniami wykonawczymi, tj. rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) a także rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69) dokonane zostały zmiany w zakresie m.in. warunków udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, służące uporządkowaniu **warunków udziału w postępowaniu**. W myśl zmienionego art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – dalej Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- (1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- (2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- (3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- (4) sytuacji ekonomicznej.

W przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1–9 wymienione zostały natomiast warunki, w związku z zaistnieniem, których wyklucza się wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O tych dwóch rodzajach warunków jest mowa w art. 26 ust. 2a Pzp, stosownie, do którego, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert:

- (1) **spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp** oraz
- (2) **brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.**

Z zacytowanych przepisów wynika, iż warunki udziału w postępowaniu to „warunki pozytywne” rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego a także brak „warunków negatywnych” tj. brak okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 Pzp, dotyczących m.in. nierzetelności, upadłości, zaległości publicznoprawnych albo karalności za określone przestępstwa itp. Za powyższym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „**warunki udziału w postępowaniu**”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia, których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Odpowiednio niespełnienie warunków pozytywnych (np. nie posiadanie określonego potencjału) albo spełnienie warunków negatywnych (np. znajdowanie się w stanie upadłości) stanowi przeszkodę uniemożliwiającą uzyskanie zamówienia publicznego. W Pzp sytuacja ta uregulowana została w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, stosownie do którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W kontekście powyższych wyjaśnień nie może budzić wątpliwości, iż na podstawie przywołanego przepisu wykluczeniu z postępowania będzie podlegał zarówno wykonawca, który nie wykazał warunku pozytywnego w postaci posiadania właściwych uprawnień, wystarczającego potencjału, znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak i wykonawca, który nie wykaże (pomimo żądania zamawiającego), iż w odniesieniu do niego nie zachodzą warunki negatywne dotyczące nierzetelności, zaległości w płatnościach należności publicznoprawnych, upadłości, czy też karalności za określone przestępstwa. Przepisy znowelizowanej ustawy Pzp odróżniają następujące pojęcia: (1) „warunki udziału w postępowaniu” (m.in. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25, art. 26 ust. 3 Pzp), (2) „warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy” oraz (3) „brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy” (art. 26 ust. 2a Pzp). Stosując, zatem podstawową zasadę językowej wykładni prawa zgodnie, z którą różnie brzmiącym sformułowaniom użytym w tym samym akcie prawnym należy przypisywać odmienne znaczenie, przyjęć należy, że pojęcie „**warunki udziału w postępowaniu**” nie może posiadać tożsamego znaczenia z określeniem „**warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1**

ustawy” ani „**brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy**”. W związku z tym konieczne jest ustalenie wzajemnych relacji zachodzących pomiędzy wymienionymi pojęciami. Biorąc pod uwagę, iż we wszystkich przepisach ustawy dotyczących warunków ustawodawca posługuje się określeniem „warunki udziału w postępowaniu”, natomiast w jednym z przepisów dodanym w wyniku nowelizacji dotyczącej przedmiotowej materii, tj. art. 26 ust. 2a nie posługuje się tym określeniem, lecz odwołaniem do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp oraz w art. 24 ust. 1 Pzp, to należy uznać, iż te dwie kategorie warunków łącznie stanowią właśnie „warunki udziału w postępowaniu”. Rozumienie sformułowania „**warunki udziału w postępowaniu**” jako jednocześnie warunków, o których mowa w art. 22 ustawy oraz warunków z art. 24 ust. 1 ustawy znajduje odzwierciedlenie również w innych przepisach Pzp, które w wyniku nowelizacji ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. nie zostały zmienione, a więc po nowelizacji ich znaczenie nie powinno ulec zmianie. W szczególności należy przywołać następujące przepisy Pzp:

1) art. 5 ust. 1 Pzp, zgodnie, z którym zamawiający może odstąpić przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe od obowiązku żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; w świetle tego przepisu chodzi, bowiem o dokumenty dotyczące zarówno pozytywnych, jak i negatywnych warunków udziału w postępowaniu, a tym samym tych, o których jest mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i warunku nie podlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 1 Pzp;

2) art. 20 ust. 1 Pzp zgodnie, z którym komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do oceny i badania ofert; nie może więc budzić wątpliwości, iż komisja przetargowa zajmuje się zarówno oceną warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, jak i braku podstaw do wykluczenia z postępowania z uwagi na wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż z postępowania o udzielenie zamówienia podlegają wykluczeniu wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc *lege non distigunte*, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, jak i warunku braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp;

4) art. 25 ust. 1 Pzp, z którego wynika w związku z przepisami wydanego na podstawie art. 11 ust. 6 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. Nr 12, poz. 69), iż obowiązkowe jest wskazanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a przywołane rozporządzenie wyraźnie precyzuje, że obowiązek ten dotyczy zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (wzór ogłoszenia o zamówieniu pkt III.4.1), jak i dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy (wzór ogłoszenia o zamówieniu 1 pkt III.4.2);

5) art. 25 ust. 2 zawierającego upoważnienie dla Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w którym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu można żądać zamiast dokumentu również oświadczenia złożonego przed właściwym organem, przy czym w przywołanym rozporządzeniu oświadczenia mogą służyć do potwierdzenia zarówno (1) spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 (np. 1. oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług lub robót budowlanych; 2. oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień itp), jak również (2) braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp (np. 1. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia; 2. oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego przez osoby mające miejsce zamieszkania w kraju, w którym nie wystawia się stosownych zaświadczeń);

6) art. 26 ust. 3 Pzp – zapewnienie zgodności Pzp z prawem unijnym w zakresie równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w przypadku uzupełniania przez nich oświadczeń i dokumentów wymaga, aby wszystkie złożone w tym trybie oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął jednakowy dla wszystkich uczestników danego postępowania termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert;

7) art. 51 ust. 1 Pzp (przetarg ograniczony), art. 57 ust. 2 Pzp (negocjacje z ogłoszeniem), art. 60d ust. 2 Pzp (dialog konkurencyjny), art. 76 ust. 2 Pzp (licytacja elektroniczna); przyjęcie, bowiem odmiennej interpretacji prowadziłyby do niedającego się zaakceptować na gruncie Pzp wniosku o obowiązku zapraszania do składania ofert lub do licytacji elektronicznej wykonawców, którzy wprawdzie spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, ale jednocześnie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp;

8) art. 51 ust. 1a (przetarg ograniczony), art. 57 ust. 1 (negocjacje z ogłoszeniem), art. 60d ust. 1 (dialog konkurencyjny); jako że przyjęcie, iż obowiązek informowania wykonawców wyłącznie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczy wyłącznie warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp

prowadziłyby do nieuzasadnionej w świetle ustawy sytuacji, w której zamawiający nie miałby podstaw do poinformowania o fakcie wykluczenia wykonawców, w stosunku, do których zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 Pzp, pomimo, iż z powodu niespełnienia obydwu rodzajów warunków wykonawcy podlegają obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania. **Reasumując należy stwierdzić, iż obie kategorie normatywne wskazane w przepisie art. 26 ust. 2a Pzp – tj. „warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1” oraz „brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”, należy uznać za „warunki udziału w postępowaniu”, albowiem stanowią one przesłanki pozytywne i negatywne ubiegania się przez wykonawcę o zamówienie publiczne.** W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść przepisu art. 44 Pzp, zgodnie z którym wykonawca składa wraz z ofertą **oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu**, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Oświadczenie odnosi się jedynie do treści art. 22 ust. 1 Pzp, bowiem w celu potwierdzenia, braku warunków negatywnych należy złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Należy, bowiem zauważyć, że złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, rozumianego jako oświadczenie o spełnianiu zarówno „pozytywnych” jak i „negatywnych” warunków udziału w postępowaniu, mogłaby w rzeczywistości budzić istotne wątpliwości, co do rzeczywistej treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Trudności może powodować przede wszystkim ustalenie znaczenia oświadczenia o „spełnianiu warunków udziału w postępowaniu” w zakresie warunków „negatywnych”. Pojęcie „negatywny warunek udziału w postępowaniu” oznacza, bowiem okoliczność, której zaistnienie stoi na przeszkodzie możliwości uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym spełnienie warunku „negatywnego” w rzeczywistości powoduje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu zapobieżenia ewentualnym trudnościom w interpretacji oświadczenia o spełnianiu warunków prawodawca zdecydował się na **wyraźnie rozdzielenie oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na warunki z art. 22 ust. 1 Pzp oraz brak podstaw do wykluczenia powodu nie spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.** Świadczą o tym przepisy wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 Pzp, rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Stosownie, bowiem do § 2 ust. 1 pkt 1 przywołanego rozporządzenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, w postępowaniach, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 Pzp może żądać m.in. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Przy czym, zarówno dokumenty wskazane w § 1 rozporządzenia o dokumentach (np. informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową, opłacona polisa), jak i te wymienione w § 2 (np. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego), należy uznać za dokumenty służące do potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do wzoru ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego załącznik nr 1 do wydanego na podstawie art. 11 ust. 6 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69), zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp żąda oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (pkt III.4.1 wzoru ogłoszenia o zamówieniu). Fakultatywne w postępowaniach o wartości mniejszej niż „progi unijne” jest natomiast żądanie przez zamawiającego, w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Analiza powyższych przepisów w odniesieniu do art. 44 Pzp (oraz odpowiednich przepisów właściwych dla innych trybów niż przetarg nieograniczony, m.in. art. 50 ust. 1 Pzp) prowadzi do wniosku, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **funkcjonują de facto dwa rodzaje oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:**

(1) **oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu**, o którym mowa w art. 44 Pzp oraz w pkt III.4.1 wzoru ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego w BZP a także

(2) **oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia**, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a także w pkt III.4.2 wzoru ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego w BZP. W świetle powyższego należy przyjąć, iż przepisy: § 2 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach wraz z art. 25 ust. 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 2a Pzp, stanowią quasi regulację szczególną, (lex specialis) w stosunku do art. 44 Pzp. Oznacza to, że oświadczenie, o którym mowa w tym przepisie, które wykonawca jest zobowiązany przedłożyć zamawiającemu w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od tego, czy jego wartość lokuje się powyżej czy poniżej tzw. „progów unijnych”, jest oświadczeniem wydawanym wyłącznie w zakresie potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Skoro, bowiem prawodawca w

przepisie rozporządzenia o dokumentach przewidział możliwość żądania odrębnego, autonomicznego oświadczenia wykonawcy, potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1, tj. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, należy przyjąć, że zakres obydwu ww. oświadczeń jest rozłączny. **Przedłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wynikającym z art. 22 ust. 1 Pzp jest – stosownie do art. 44 Pzp – obowiązkowe we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, żądanie przez zamawiającego oświadczenia wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu jest fakultatywne w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień o wartości niższej niż tzw. „progi unijne”, zaś obowiązkowe w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówień o wartości większej niż progi unijne** (stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach).

Opisane powyżej rozwiązanie polegające na wprowadzeniu fakultatywności żądania oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia w postępowaniach o mniejszej wartości udzielanego zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu obligatoryjności żądania oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp jest uzasadnione charakterem warunków, na potwierdzenie istnienia lub nieistnienia, których przedmiotowe oświadczenia są żądane. Należy, bowiem zauważyć, że podstawy wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 24 ust. 1 Pzp są zasadniczo okolicznościami:

- (1) o charakterze negatywnym
- (2) mającymi takie samo zastosowanie w każdym postępowaniu niezależnie od udzielanego w nim przedmiotu zamówienia oraz jego wartości,
- (3) wynikającymi wprost z Pzp oraz
- (4) w odniesieniu, do których nie zachodzi konieczność sprecyzowania sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Ryzyko ubiegania się o zamówienie przez wykonawcę, w odniesieniu, do którego zachodzi podstawa do wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp jest znikome w porównaniu z nie spełnianiem przez wykonawcę warunku z art. 22 ust. 1 Pzp oraz całkowicie oderwane od okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odmiennie cechy wykazują natomiast warunki z art. 22 ust. 1 Pzp, które odnoszą się do pozytywnych kwalifikacji wykonawcy opisanych przez wykonawcę z uwzględnieniem konieczności zapewnienia ich proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia udzielanym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tak więc, z punktu widzenia zapewnienia zamawiającemu należytego wykonania zamówienia o wiele większe znaczenie mają warunki z art. 22 ust. 1 Pzp i z tego powodu oświadczenie w przedmiocie potwierdzenia spełniania tych warunków ma charakter obligatoryjny niezależnie od wartości udzielanego zamówienia. Natomiast prawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w zakresie decyzji, czy w prowadzonym postępowaniu będzie żądał od wykonawców wykazania braku podstaw do wykluczenia, czy też oprze się na domniemaniu dobrej wiary uczestników postępowania i skorzysta z możliwości odstąpienie od żądania od wykonawców przedłożenia przez nich takich oświadczeń. Należy również podkreślić, iż sytuacja pod względem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp wygląda analogicznie niezależnie od tego, czy zamawiający zażąda oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż w każdym przypadku gdy zamawiający stwierdzi wystąpienie w odniesieniu do konkretnego wykonawcy przesłanki z art. 24 ust. 1 Pzp jest zobowiązany takiego wykonawcę wykluczyć.

**Reasumując należy stwierdzić, iż:**

**(1) w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp Pzp zamawiający żąda na podstawie art. 44 Pzp w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp oraz**

**(2) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, w postępowaniach, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach, o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp zamawiający może żądać, na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach oświadczenia do braku podstaw do wykluczenia.**

**Opinia w sprawie obowiązku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp**

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy – prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu (...).

Powyższe wskazuje, że obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania – nie spełnianie warunków „negatywnych”, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Na marginesie należy zauważyć, że w art. 25 ust. 1 jest mowa o „oświadczeniach lub dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”, jakich może żądać zamawiający od wykonawców. Kategoria ta została doprecyzowana w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym przyjęć należy, że obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – prawo zamówień publicznych dotyczy wszystkich oświadczeń lub dokumentów, które zostały wymienione w ww. rozporządzeniu.

**Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych).**

Stosownie do postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) – zwanej dalej „ustawą PZP” – wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przywołany przepis ustawy PZP stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.). W świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy PZP dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu (z wyłączeniem sytuacji ekonomicznej) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 ustawy PZP). Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Przy czym odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia (arg. z art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy PZP).

W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy PZP. Tak więc należy stwierdzić, iż w świetle postanowień art. 26 ust. 2b ustawy PZP, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe stanowisko odpowiada istocie omawianej regulacji, której celem jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez stworzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy sami nie posiadają wystarczającego potencjału do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mają możliwość wykorzystania przy realizacji zamówienia potencjału gospodarczego swoich partnerów gospodarczych. Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć, bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi, bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c.).

Nie jest, zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia. Odnosząc się z kolei do pojawiającego się na tym tle zagadnienia dotyczącego określenia dokumentów służących potwierdzeniu dysponowania (oddania do dyspozycji) wiedzy i doświadczenia, należy wskazać, iż ustawa PZP nie zawiera enumeratywnego wykazu takich dokumentów. Jedynie przykładowo w art. 26 ust. 2b ustawy PZP wskazuje się ogólnie na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. To przykładowe wyliczenie wyznacza jednak właściwy kierunek wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy PZP przy ustalaniu, jakimi dokumentami wykonawca powinien się posługiwać w celu udowodnienia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. W świetle powyższego należy wskazać, iż dokumentem takim może być każdy dokument, z którego wynika jednoznacznie zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia takiego zasobu. Wskazując na powyższe należy uznać, iż dokumentem potwierdzającym dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego będzie każdy dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie takiego podmiotu do udziału w wykonaniu zamówienia (np. pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego, umowa przedwstępna, umowa generalna o współpracy itd.). Przy czym należy w tym miejscu wskazać, iż w tym zakresie nie będzie wystarczające samo wskazanie przez wykonawcę podmiotu trzeciego w wykazie podwykonawców, którym powierzy określone części zamówienia (art. 36 ust. 4 ustawy PZP). Taki dokument ma, bowiem jedynie walor informacyjny dla zamawiającego i w żadnym stopniu nie wynika z niego zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy własnych zasobów.

**Dopuszczalność żądania od wykonawców aktualnego wpisu do rejestru instytucji szkoleniowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług szkoleniowych w ramach usług rynku pracy prowadzonych przez Powiatowe Urzędy Pracy.**

Stosownie do postanowienia art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) – zwanej dalej „ustawą – Prawo zamówień publicznych” – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jednocześnie stosownie do postanowienia art. 25 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych Prezes Rady Ministrów został upoważniony do określenia rodzajów oraz formy dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W wykonaniu powyższego upoważnienia wydane zostało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – zwane dalej „rozporządzeniem”. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż zamawiający może żądać od wykonawcy wyłącznie dokumentów określonych w przepisach rozporządzenia, jeżeli są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. A contrario zamawiający nie może żądać od wykonawcy dokumentów, które nie zostały wymienione w przepisach tego rozporządzenia. W myśl postanowienia § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych zamawiający może żądać koncesji, zezwolenia lub licencji. W przepisie tym nie wymienia się zaświadczeń o wpisie wykonawcy do właściwego rejestru. Oznacza to, iż w przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie określonego zamówienia podlega obowiązkowi wpisu do odpowiedniego rejestru prowadzonego na podstawie przepisów prawa, zamawiający nie może żądać od wykonawcy przedstawienia zaświadczenia o wpisie do takiego rejestru. Powyższe stwierdzenie dotyczy także wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne na świadczenie usług szkoleniowych w ramach usług rynku pracy, którzy podlegają w myśl art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy

(Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415, z późn. zm.) obowiązkowi wpisu do rejestru instytucji szkoleniowych. Przyjęcie powyższego stanowiska nie oznacza oczywiście, iż kwestia wpisu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług szkoleniowych w ramach usług rynku pracy do rejestru instytucji szkoleniowych, nie może być badana przez zamawiającego w toku postępowania. Z wyraźnego brzmienia przepisu art. 20 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, wynika, bowiem że instytucja szkoleniowa oferująca szkolenia dla bezrobotnych i poszukujących pracy może uzyskać zamówienie ze środków publicznych na prowadzenie tych szkoleń po wpisie do rejestru instytucji szkoleniowych prowadzonego przez wojewódzki urząd pracy właściwy ze względu na siedzibę instytucji szkoleniowej. Powyższe stanowi warunek udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Ocena spełniania tego warunku będzie jednak dokonywana przez zamawiającego nie na podstawie zaświadczenia o wpisie do rejestru wystawionego przez właściwy organ rejestrowy, lecz na podstawie oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (zob. art. 44, art. 50 ust. 1, art. 56 ust. 2, art. 60c ust. 2, art. 68 ust. 2 i art. 73 ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Przy czym brak jest przeszkód formalnoprawnych do określenia przez zamawiającego wymogu złożenia przez wykonawcę wyraźnego oświadczenia o wpisie do takiego rejestru (arg. z art. 25 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych). Na marginesie powyższego należy wskazać, iż zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości, co do zgodności oświadczenia wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy, ma możliwość weryfikacji prawdziwości takiego oświadczenia w trybie określonym w art. 26 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie należy wskazać, iż stosownie do postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Rekapitułując powyższe należy stwierdzić, iż Powiatowe Urzędy Pracy w celu weryfikacji spełniania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług szkoleniowych w



ramach usług rynku pracy warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wpisie wykonawcy do właściwego rejestru instytucji szkoleniowych, o którym mowa w przepisach art. 20 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, nie mogą żądać od wykonawców zaświadczeń o wpisie do właściwego rejestru. Ocena spełniania tego warunku dokonywana jest przez zamawiających w oparciu o oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

**Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach, którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia**

Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach, którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Stosownie do postanowienia § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – zwanego dalej „rozporządzeniem”, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b tej ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia.

W świetle przywołanego brzmienia § 1 ust. 2 rozporządzenia przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się dwóch następujących warunków. Po pierwsze wymagane jest, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych. Po drugie wymagane jest, aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia. Przy czym warunki te muszą być spełnione łącznie.

Z literalnego brzmienia przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia wynika, zatem iż znajduje on zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych. W myśl tego przepisu ustawy wykonawca może polegać m.in. na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował osobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia (zasobami osobowymi podmiotu trzeciego), w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów (osób zdolnych do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Biorąc pod uwagę przywołane brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, iż § 1 ust. 2 rozporządzenia znajduje zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni (dysponowanie pośrednie). A contrario należy uznać, iż przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie).

W tym miejscu należy wskazać, iż w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przy czym ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. Istotnym jest, zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Tak, więc o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą). W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie, której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim.

Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, Lex nr 509671, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09, Lex nr 508627). O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych, co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak, więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nieposiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych.

W świetle przywołanego brzmienia przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia, poza stwierdzeniem powoływania się przez wykonawcę na pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, istotne jest także stwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego zasoby osobowe powołuje się wykonawca, będzie brał udział w realizacji części zamówienia, przy której zasoby te będą wykorzystywane. Co do zasady będzie to dotyczyło przypadków podwykonawstwa.

Powyższe nie będzie jednak dotyczyć przypadków zaangażowania przez wykonawcę na podstawie różnych stosunków prawnych osoby fizycznej, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa (zakładu pracy), czy też świadczącej usługę na podstawie m.in. umowy zlecenia, jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego, np. pełniła funkcję kierownika budowy. W takim, bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. O tej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a taką osobą. Tak, więc przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia w takich sytuacjach nie znajduje zastosowania.

**Rekapituluje powyższe ustalenia należy stwierdzić, iż możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy – na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia – przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie), a podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku, jak też w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami podmiotów trzecich (dysponowanie pośrednie), które to podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia.**

**PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA – opinie prawne UZP/ z dnia 09/07/2010**

<http://www.uzp.gov.pl:80/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/opinie-prawne/aktualne/>

<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/kontrola/opinie-kio-w-sprawie-zastrzezen-od-wynikow-kontroli/uchwa142y-kio-z-2010-r-ws-zastrzezen-do-wynikow-kontroli/>

**OPINIA DOTYCZĄCA OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA**

## Opis przedmiotu zamówienia

Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym "Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył" (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 35). Podobnie KIO w wyroku z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08 „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 3, Warszawa 2009, s. 40). „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższony parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami” (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s.40).

Mając powyższe na uwadze, w opinii Urzędu Zamówień Publicznych treść przepisów ustawy Pzp, w tym art. 29, nie stoi na przeszkodzie zakupu towarów wysokiej jakości. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie musi się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie kryterium ceny. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5 ustawy, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powołanej wyżej definicji a także z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy kryteria oceny ofert mogą jednak dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy) i obejmować np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia. Zgodnie z uchwałą

Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. termin płatności ceny może być również przyjęty jako jedno z kryteriów oceny oferty.

Art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków niezwiązanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.). Podobnie KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08, „ (...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi – strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznała, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 2, Warszawa 2008, s. 45). Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert. Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, iż „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuści ofertę do oceny, bądź ją odrzuci jako niezgodną z treścią SIWZ” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 40). Jak wynika z cytowanych wyżej orzeczeń nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia "lub równoważne" albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty. Jeżeli zamawiający nie wskaże, iż zamawiany produkt musi być: "nie cięższy niż ...", „do wysokości ...", " o wymiarach nie mniejszych niż... i nie większych niż ...."

itp. nie będzie w stanie ocenić czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań, co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

Zamawiający narusza ustawę Prawo zamówień publicznych także wówczas, jeżeli, mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt. 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania.

## Opis przedmiotu zamówienia

Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00, który głosi, iż "wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 17 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych." (UZP, Ustawa o zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa, Warszawa 2000, s. 65). Zasady tej nie narusza również jak w przypadku postępowania na dostawę komputerów np. wymóg określony w specyfikacji, by płyta główna była zaprojektowana i wykonana przez producenta zestawu komputerowego, gdyż wymóg ten stanowi lepszą gwarancję niezawodności sprzętu i jego jakości oraz nie

ogranicza składania ofert przez sprzedawców komputerów, którzy spełniają ten wymóg (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 sierpnia 2003 r.).

Mając powyższe na uwadze, w opinii Urzędu Zamówień Publicznych treść przepisów ustawy, w tym art. 17, nie stoi na przeszkodzie zakupu sprzętu wysokiej jakości. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie musi się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie kryterium ceny. Zgodnie, bowiem z art. 2 pkt 5 ustawy, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powołanej wyżej definicji a także z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy kryteria oceny ofert mogą jednak dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy) i obejmować np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. termin płatności ceny może być również przyjęty jako jedno z kryteriów oceny oferty.

Art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków nie związanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.).

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 23 kwietnia 2003 r. wskazał, iż dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie przez zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Bez takiego określenia nie istnieje możliwość ich porównania. Zespołu Arbitrów w wyroku z dnia 12 grudnia 2003 r. potwierdził, iż nie można uznać, iż dana oferta nie spełnia wymogu równoważności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać czy dana oferta jest równoważna. Zamawiający powinien w taki sposób przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności

oferty. Dopiero w takim przypadku będzie on uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty jako równoważnej bądź jej odrzuceniu.

Jak wynika z cytowanych wyżej orzeczeń nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia "lub równoważne" albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty. Jeżeli zamawiający nie wskaże, iż zamawiany produkt musi być: "nie cięższy niż ...", "do wysokości ...", "o wymiarach nie mniejszych niż... i nie większych niż ...." itp. nie będzie w stanie ocenić czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań, co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek. Zamawiający narusza ustawę – Prawo zamówień publicznych także wówczas jeżeli, mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej w sprawie dotyczącej naruszeń prawa wspólnotowego w zakresie dostaw komputerów, odwołanie się do konkretnej marki stanowi naruszenie postanowień dyrektywy 93/36/EWG w sprawie zamówień publicznych na dostawy (Art. 8 pkt. 6), a wskazanie konkretnego mnożnika częstotliwości – niewystarczające dla przeprowadzenia oceny działania komputera – jest sprzeczne z Artykułem 28 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który zabrania ustanawiania barier w handlu wewnątrz-wspólnotowym.

Stosownie do informacji z dnia 13 października 2004 r. podanej na stronach internetowych Unii Europejskiej: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market), Komisja Europejska zdecydowała się wystąpić z formalnym wnioskiem do kilku państw europejskich o udzielenie informacji dotyczących zaproszeń do składania ofert przygotowanych przez niektórych zamawiających z tych krajów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę komputerów. Komisja bada czy wskazany w nich wymóg zakupu mikroprocesorów konkretnej marki albo równoważnych mikroprocesorów o określonej częstotliwości jest zgodny z dyrektywami regulującymi kwestie udzielania zamówień publicznych. Wnioski Komisji stanowią pierwszy etap procedury naruszenia przeprowadzanej na podstawie Artykułu 226 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. W przypadku stwierdzenia, że doszło do faktycznego naruszenia prawa europejskiego, państwa członkowskie powinny naprawić nieprawidłowości w udzielaniu tych zamówień. Jeśli państwa członkowskie nie usuną nieprawidłowości, Komisja może wnieść sprawę do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt. 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji wybór taki nie może prowadzić do zawarcia ważnej umowy. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania.

## **Formułowanie wymagań zamawiającego dla parametrów technicznych sprzętu komputerowego**

Komitet Europejski Rady Ministrów na posiedzeniu w dniu 12 stycznia 2007 r. przyjął Rekomendacje Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczące zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego.

### REKOMENDACJE MINISTERSTWA SPRAW WEWNĘTRZNYCH I ADMINISTRACJI DOTYCZĄCE ZASAD FORMUŁOWANIA WYMAGAN ZAMAWIAJĄCEGO DLA WYBRANYCH PARAMETRÓW TECHNICZNYCH SPRZETU KOMPUTEROWEGO

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia należy kierować się przepisem art. 29 i 30 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177. z późn. zm.). Ponadto wskazać należy, że:

1. Opis wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim pozwalać na dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego, gwarantować uczciwa konkurencje pomiędzy dostawcami, co nie musi być równoznaczne ze sformułowaniem wymagań w sposób pozwalający na spełnienie wymagań technicznych wszystkim podmiotom działającym w danej branży.
2. Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swych wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, często specyficznym potrzebom. Nie musi to wcale oznaczać, że wybrana przez jednego zamawiającego oferta będzie równie korzystna dla innych zamawiających.
3. Określenie wymagań na sprzęt komputerowy przez określenie minimalnych parametrów technicznych takich jak wielkość pamięci RAM, wielkość pamięci podręcznej, szybkość dysków itp. – nie stoi w sprzeczności z wymaganiami wynikającymi z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie może być, zatem traktowane jako ograniczenie konkurencji, o ile zamawiający potrafi uzasadnić, że właśnie takie minimalne parametry są niezbędne, by sprostać jego obiektywnym potrzebom.
4. W pewnych sytuacjach, może być uzasadnione określenie wydajności zamawianych komputerów przez podanie wyników testów (benchmarks). Decydując się na wykorzystanie testów, należy stosować testy ogólnie dostępne i dobrze zdefiniowane. Należy przy tym jednak zawsze brać pod uwagę techniczna możliwość przeprowadzenia takich testów, ich właściwy wybór, jak również koszt przeprowadzenia badań.

Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji uwzględniając sugestie Komisji Europejskiej oraz własne doświadczenia rekomenduje następujący zapis specyfikacji komputera:

1. Opis typu:
  - przenośny,
  - w obudowie leżącej,
  - w obudowie stojącej,



- w obudowie stojąco-leżącej,
  - w obudowie mini;
2. Opis zastosowania:
- standardowe aplikacje biurowe,
  - na potrzeby edukacyjne,
  - serwer aplikacji,
  - dostęp do Internetu,
  - stacja przetwarzania graficznego;
  - terminal sieciowy.
3. Opis typu mikroprocesora:
- x86,
  - inny niż x86,
  - dowolny;
4. Opis wydajności w oparciu o testy wydajnościowe (benchmarks):
- wskazanie liczby punktów w wybranym teście z podaniem nazwy testu.

Przyjmując koncepcje zastosowania wyników benchmarks do wyboru grupy komputerów, spośród których mogą być wybrane komputery według kryterium najniższej ceny, MSWiA rekomenduje następujące wymagania:

- w każdym z SIWZ-ów powinno się umieszczać co najmniej dwa różne benchmarks z kryterium wartości „nie mniej niż” oraz traktować je jako alternatywne w selekcji przedmiotu zamówienia.
- w stosunku do komputerów typu PC zaleca się stosowanie benchmarks aplikacyjnych w większym stopniu niż syntetycznych.

W określeniu dodatkowych wymagań dopuszczalne jest umieszczenie następujących wymagań:

- Wymagania na elementy składowe:
  - RAM, HDD, sloty, rodzaj szyny,
  - wymagania graficzne (karty graficzne),
  - we/wy, urządzenia we/wy, FDD, DVD, CD-ROM,
  - mikrofon, głośniki, karty video, tuner TV, etc.
- Wymagania funkcjonalne:
  - głośność, temperatura,
  - czas życia baterii,
  - rodzaj obudowy;
- Wymagania eksploatacyjne:
  - okres gwarancji,
  - czas reakcji serwisu.

Podczas przygotowania opisu parametrów technicznych sprzętu komputerowego nie jest, co do zasady, możliwe:

- odniesienie tylko do konkretnego producenta lub konkretnych producentów,
- odniesienie do mikroprocesorów konkretnej marki,
- wskazanie określonej lub minimalnej częstotliwości zegara,
- wymaganie, aby jednostka centralna komputera, płyta główna komputera, monitor, klawiatura, mysz lub jakiegokolwiek inne niezależnie pracujące peryferia pochodziły od producenta jednostki centralnej komputera i były oznaczone jego logiem lub też żeby były wyprodukowane i zaprojektowane przez producenta jednostki centralnej komputera,
- wymaganie konkretnych rozmiarów obudów,
- wymagania, aby obudowa oraz jej elementy były demontowane oraz serwisowane bez konieczności odkręcania jakichkolwiek śrub,
- wymaganie, aby komputer musiał posiadać lampki kontrolne (diody) służące do sygnalizowania problemów z komputerem,
- wymaganie, aby płyta główna oraz obudowa wykonana była w standardzie BTX,

- wymaganie, aby komputer posiadał dedykowane złącze na płycie głównej służące do zdalnego sterowania zamkiem elektromagnetycznym,
- wymaganie, aby komputer posiadał czytnik kart mikroprocesorowych zintegrowany z BIOSem komputera.

Takie wskazania dopuszczalne są jedynie w sytuacji szczególnej, gdy jest to uzasadnione specyfika przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą odwołania do norm i standardów technicznych lub poprzez odwołanie do jego wymagań funkcjonalnych, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W każdym takim przypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia odstąpienia od ogólnych zasad opisu przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt KIO/KD 8/10

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**PRZY PREZESIE URZĘDU ZAMOWIEŃ PUBLICZNYCH**  
**z dnia 2 lutego 2010 roku.**

w sprawie zastrzeżeń do informacji o wynikach kontroli doraźnej przeprowadzonej przez **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**, z dnia 23.12.2009 r. zgłoszonych w dniu 5 stycznia 2010 r. przez Zamawiającego, którym jest:

**Gmina Konopnica**  
**Kozubszczyzna 127A**  
**21-030 Motycz**

w przedmiocie zamówienia publicznego na:  
**„Budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Motyczu”**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący – Barbara Bettman  
Członkowie: Dagmara Gańczewska – Romek  
Magdalena Grabarczyk

wyraża następującą opinię:

**Nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń Gminy Konopnica z dnia 5 stycznia 2010 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z Nr 223, poz. 1655 ze zm.), wymienionych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2009 r. znak: UZP/DKD/KN/117/09 r.**

**Uzasadnienie**

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2009 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Gminę Konopnica na „Budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Motyczu” zostały sformułowane na tle następującego stanu faktycznego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w okresie od 27 sierpnia 2009 r. do 23 grudnia 2009 r. przeprowadził kontrolę doraźną wymienionego postępowania.

W piśmie z dnia 23 grudnia 2009 r. (znak: UZP/DKD/KN/117/09 r.) – Informacja o wyniku kontroli doraznej, Prezes Urzędu stwierdził między innymi następujące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W kontrolowanym postępowaniu, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia –przedmiarze robót dotyczącym robót budowlanych zamieścił szczegółowy opis prac, jak również materiałów, które winny być wykorzystane przez wykonawcę, posługując się przy tym nazwami konkretnych produktów, w szczególności wymieniając: stropy gęstożebrowe żelbetowe na belkach prefabrykowanych Teriva I, (oraz Teriva III), okładzina belek stalowych płytami Promatec H, pokrycie dachu płytą Atlantis z rdzeniem styropianowym. Zamawiający udzielił wyjaśnień pismem z dnia 10 listopada 2009 r., iż przez fakt zawarcia w przedmiarze nazw handlowych, nie ograniczał się tylko i wyłącznie do tych znaków towarowych. Zamawiający wskazał, „iż w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w poszczególnych branżach dopuścił stosowanie wyrobów równoważnych, niepowodujących pogorszenia właściwości użytkowania i trwałości urządzenia.” Kontrolujący ustalił, iż z treści specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych wynika, że w zakresie branży budowlanej, Zamawiający nie zawarł zapisu, dopuszczającego stosowanie wyrobów równoważnych. Kontrolujący przytoczył treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nakładający na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie, zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Wyjątek dopuszczający opis przedmiotu zamówienia, przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, został określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże stanowi odstępstwo od reguły i może być stosowany tylko w ściśle określonych sytuacjach, to znaczy: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ponadto w przypadku opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, konieczne jest dopuszczenie składania ofert równoważnych, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Kontrolujący zaznaczył, iż nawet w przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych, zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań, dotyczących takich ofert (precyzyjne określenie parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych). W opisie przedmiotu zamówienia, wówczas powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty. Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do branży budowlanej, Zamawiający w ogóle nie przewidział możliwości składania ofert równoważnych. Kontrolujący argumentował, iż wskazując w SIWZ na konkretny produkt lub producenta przez podanie znaku towarowego, mimo istnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, Zamawiający nie tylko naruszył zasadę określoną w art. 29 ustawy Pzp, ale także zasadę uczciwej konkurencji, zniechęcając do udziału w postępowaniu, wykonawców oferujących porównywalne produkty, innych marek/producentów. Wobec powyższego, przez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie znaków towarowych i brak dopuszczenia ofert równoważnych, Zamawiający w ocenie Kontrolującego, naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający częściowo nie zgodził się ze się ze stwierdzonymi naruszeniami przepisów wymienionych w wyniku kontroli, tj. w zakresie zarzutu wyżej opisanego i pismem z dnia 5 stycznia 2010 r. wniósł do nich umotywowane zastrzeżenia, w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 1 ustawy Pzp w części dotyczącej nie zawarcia w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych zapisu dopuszczającego stosowanie wyrobów równoważnych w odniesieniu do branży budowlanej. Zamawiający przyznał, iż w opisie przedmiotu zamówienia, posłużył się nazwami handlowymi, tzn.: „Teriva I”, (oraz „Teriva III”, „Promatec H” oraz „Atlantis.” W ocenie Zamawiającego, nie świadczy to jednak o tym, że nie dopuszczał w branży budowlanej stosowania materiałów i urządzeń o równoważnych parametrach technicznych. Wskazał, iż w przekazanych Kontrolującemu dokumentach, znajduje się zapytanie Zakładu Remontowo – Budowlanego „Hen-Bud” z dnia 10 lipca 2006 r. Z treści zapytania

(odnoszącego się m.in. do obudowy stropodachów płytami Atlantis grub. 20 cm) wymieniona firma zwróciła uwagę Zamawiającemu, iż posługuje się w przedmiarze robot nazwą producenta, który zawiesił swoją działalność na rynku budowlanym. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz regulacje zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, które nakazują opisywać przedmiot zamówienia posługując się danymi technicznymi, prosiła o zgodę na wycenę z zastosowaniem materiałów i urządzeń o równoważnych parametrach technicznych.

W odpowiedzi na ww. zapytanie, udzielonej pismem z dnia 18 lipca 2006 r. przesłanej do 17 zainteresowanych udzieleniem zamówienia firm, Zamawiający zgodził się ze stanowiskiem Zakładu Remontowo – Budowlanego „Hen-Bud.” Zgodę tą w odniesieniu do płyt Atlantis, w opinii Zamawiającego, należy także odnieść do innych materiałów budowlanych, co do których autorzy dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robot budowlanych, stosowali nazwy handlowe (a nie jak mowa w pytaniu wymienionego wyżej wykonawcy – nazwy producenta). Zamawiający argumentował, iż tym samym dopuścił, w odniesieniu do tych trzech nazw handlowych, stosowanie materiałów o równoważnych parametrach technicznych. Pomimo dopuszczenia stosowania innych materiałów o równoważnych parametrach technicznych, wykonawcy mając na uwadze to, iż wymienione materiały, zaproponowane przez autora dokumentacji technicznej są zgodne z aprobatami technicznymi, jak i z punktu widzenia technologii wykonawstwa (elementy prefabrykowane), które są rozwiązaniem o najniższych kosztach i pracochłonności to też rozwiązanie powyższe przyjęli za najbardziej ekonomiczne. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w świetle art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, naruszeniem przepisów tej ustawy, jest stosowanie do opisu przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Zdaniem Zamawiającego, stosowanie w opisie przedmiotu zamówienia nazwy handlowej materiałów nie jest tożsame ze stosowaniem znaku towarowego. Znak towarowy jest pojęciem prawnym. Znak towarowy lub marka to nazwa, termin, symbol wykorzystywane w celu odróżnienia danego produktu od produktów konkurencyjnych. Znak towarowy wpływa na pozycję rynkową przedsiębiorstwa, jest zatem traktowany jako podlegający ochronie składnik majątku. W przypadku znaku towarowego, zwykle jest to nazwa lub skrót nazwy przedsiębiorstwa, wytwarzającego lub sprzedającego produkt. W przypadku płyt Atlantis nie istnieje przedsiębiorstwo pod tą nazwą i wytwarzające płyty pod tą nazwą, jak i przedsiębiorstwo o tej samej nazwie, sprzedające płyty o tej samej nazwie. Nazwa handlowa płyt Atlantis, nie oznacza nic innego, niż materiał budowlany służący do pokrycia dachu o określonych właściwościach i parametrach technicznych.

W odpowiedzi na wniesione zastrzeżenia do wyniku kontroli, Prezes Urzędu mając na uwadze ustalony stan faktyczny i prawny nie uwzględnił złożonych zastrzeżeń. W szczególności Kontrolujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, iż jednostkową zgodę na stosowanie wyrobu równoważnego do wskazanej w przedmiarze pozycji – płyt Atlantis, ze względu na zawieszenie działalności producenta, należy odnosić także do innych materiałów budowlanych co, do których w dokumentacji projektowej zastosowano nazwy handlowe. Za warne podkreślenia, Kontrolujący uznał, iż pytanie wykonawcy związane było tylko i wyłącznie z konkretną pozycją przedmiaru robot i dotyczyło jedynie płyt Atlantis. Zamawiający w treści odpowiedzi odniósł się wyłącznie do tej pozycji, tym samym nie rozszerzając możliwości dopuszczenia rozwiązań równoważnych na inne materiały budowlane, w odniesieniu, do których podane zostały nazwy konkretnych producentów. Jak również dopuścił zmiany oznaczonego materiału budowlanego, wyłącznie w okolicznościach zawieszenia działalności producenta. Dodatkowo Kontrolujący podnosił, iż Dyrektor Departamentu Kontroli Doraźnej pismem z dnia 30 października 2009 r. prosił Zamawiającego o wyjaśnienie, czy zawarte w przedmiarze robot nazwy handlowe, jak np. oprawa kompaktowa Philips, płyty Promatec H, belki Teriva, głowice firmy HEIMEIER zawór antyskażeniowy f. Danfoss itp. Są znakami towarowymi wskazującymi na konkretny produkt lub producenta? W przypadku odpowiedzi pozytywnej, proszę o wyjaśnienie, czym było uzasadnione wskazanie nazw handlowych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w piśmie z dnia 10 listopada 2009 r. podał, iż przez fakt zawarcia w przedmiarze robot nazw handlowych, nie ograniczył się tylko do tych znaków towarowych, ponieważ w specyfikacji technicznej dopuścił stosowanie wyrobów równoważnych, niepowodujących pogorszenia właściwości użytkowania i trwałości urządzenia. Treść specyfikacji technicznej potwierdza dopuszczenie wyrobów równoważnych w branży elektrycznej i sanitarnej. W przypadku branży budowlanej, zamawiający nie zawarł analogicznego zapisu. W tych okolicznościach, Kontrolujący

podtrzymał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za niezasadny uznał Kontrolujący pogląd, iż nazwa handlowa Atlantis oznacza jedynie materiał budowlany, służący do pokrycia dachu o określonych właściwościach, co również odnosi się do pozostałych użytych nazw handlowych.

Reasumując Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń.

Izba uznała za zasadne stwierdzenie w wyniku kontroli, iż opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia, przez podanie nazw konkretnych produktów, narusza dyspozycję art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający poprzez zaniechanie dopuszczenia zastosowania przez wykonawców robot rozwiązań równoważnych w kwestionowanych wynikiem kontroli pozycjach przedmiaru robot, nie zagwarantował potencjalnym wykonawcom, że mogą złożyć ofertę, nawet, jeżeli stosowane przez nich materiały wprost nie spełniają zapisów specyfikacji technicznej, pod warunkiem, iż wykażą spełnienie kryteriów równoważności.

Nie może znaleźć aprobaty Izby tłumaczenie Zamawiającego, iż przez odpowiedź na pytanie wykonawcy, że w sytuacji zawieszenia działalności przez producenta określonego z nazwy materiału – płyty Atlantis, dopuścił tym samym stosowanie materiałów równoważnych w zakresie całej branży budowlanej, ujętej przedmiarem i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robot budowlanych. Wymienione nazwy materiałów budowlanych, objęte są prawem ochronnym na znak towarowy, z dopuszczalnością posługiwania się przez podmioty uprawnione, stosownie do uregulowań ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. prawo własności przemysłowej. (DZ. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.)

Izba miała na uwadze, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, obrazujące spektrum przypadków, mogących stanowić potencjalne utrudnienie uczciwej konkurencji, np. KIO/UZP 30/09, KIO/UZP 285,300,303/09, KIO/UZP 28/07, KIO/UZP 100/07 oraz wyroki sądowe np. Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r., sygn. akt IICa 693/05. Z orzecznictwa tego wynika, iż użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących na konkretnego producenta narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia. Zamawiający winien, zatem unikać tego rodzaju sformułowań lub oznaczeń parametrów, które wskazują na konkretny produkt. Wyjątek określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp – dopuszczający opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ma charakter szczególny i może być stosowany w sytuacjach ściśle oznaczonych, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważnych,” co nadaje konkretnym wymienionym produktom charakter przykładowy. Należy mieć na uwadze ustrojowy zasięg zasad chroniących swobodny obrót gospodarczy, którego emanacją stanowi ochrona uczciwej konkurencji wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp oraz doprecyzowana w art. 29 ust. 2 Pzp. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia bez uzasadnionej przyczyny, przeczy powołanym zasadom. Opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt wyczerpuje normę określoną w przepisie art. 15 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), z mocy którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku przez działanie zmuszające do zakupu określonego towaru lub u określonego dostawcy. Formułowanie postanowień specyfikacji technicznych, skutkujących uprzywilejowaniem lub eliminacją pewnych produktów, jak też dostawców, nie jest dopuszczalne. Art. 23 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. stanowi wprost, iż specyfikacja techniczna powinna umożliwić oferentom jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Ochrona rozciąga się na produkty i producentów bezpośrednio nieubiegających się o zamówienie, będących wytwórcami elementów lub technologii zawartych w nabywanym produkcie finalnym. Do takich należą producenci różnorodnych materiałów

budowlanych. Zastosowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia spowodował, iż wykonawcy robot zostali pozbawieni możliwości zaoferowania wykonania robot przy użyciu materiałów odpowiadających przepisom ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881 ze zm.) innych niż „Teriva I”, (oraz „Teriva III”, „Promatec H” oraz „Atlantis. Bez znaczenia jest, zatem tłumaczenie Zamawiającego, że na rynku funkcjonuje wiele podmiotów, które są w stanie spełnić określone wymagania, tj. zastosować taki materiał, jak podany w przedmiarze, który stanowi jedynie materiał budowlany o konkretnym przeznaczeniu.

Ponadto należy dodać, iż dopuszczenie w opisie przedmiotu zamówienia możliwości składania ofert równoważnych prawidłowo spełnia swą funkcję, gdy równoważność odnosi się do określonych z nazwy produktów lub wyrobów, zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp, jako przykładowych. Poprzestanie jedynie na dodaniu słów „lub równoważnych” jest w ocenie Izby niewystarczające, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest szczegółowe opisanie warunków owej równoważności, w sposób umożliwiający późniejszą ocenę ofert proponujących inne materiały. Biorąc pod uwagę, że na rynku dostawców materiałów budowlanych i wykonawców robot budowlanych istnieje nasilona konkurencja, postawione warunki techniczne użycia ściśle oznaczonych z nazwy materiałów budowlanych, mogły stwarzać barierę dostępu do ubiegania się o uzyskanie tego zamówienia.

Uwzględniając zasadny charakter stwierdzonych naruszeń, podanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania z dnia 23 grudnia 2009 r. znak: UZP/DKD/KN/117/09 r., ustalonych w protokole kontroli doraźnej w oparciu o dokumentację postępowania w danej sprawie, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 13 maja 2010 r.**

w sprawie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 12 kwietnia 2010 r. przez Zamawiającego:

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej**  
**Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 6**  
**Instytut Stomatologii Uniwersytetu Medycznego w Łodzi**  
ul. Pomorska 251  
92-213 Łódź

od wyniku kontroli doraźnej w zakresie części 805-816, 819-855, 857-882, 886-905, 907-914, przedmiotu zamówienia – **dostawy materiałów stomatologicznych i drobnego sprzętu stomatologicznego**, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą Pzp, o wartości zamówienia 2 443 527,50 zł, co stanowi 630 246,18 euro,

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek, Honorata Łopianowska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 6 Instytut Stomatologii Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, nie zostają uwzględnione w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp i przepisów wykonawczych do ustawy, opisanego w pkt 1, 2, 3, 4, 6 informacji o wyniku kontroli doraźnej, w zakresie części 805–816, 819–855, 857–882, 886–905, 907–914.**

**Uzasadnienie**

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 marca 2010 r. kontrolujący stwierdził naruszenia przepisów ustawy Pzp i przepisów wykonawczych do ustawy, które zostały przedstawione w sześciu (6) punktach. Prezes UZP uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie pkt 5, nie uwzględnił zastrzeżeń dotyczących naruszeń opisanych w pozostałych punktach – 1, 2, 3, 4, 6, stąd przedmiotem

opiniowania KIO są zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie tych punktów. W pkt 1 informacji stwierdzono: w załączniku nr 1 – formularz cenowy – do SIWZ zamawiający wymagał:

- 1) w pozycji 805 – zamki ortodontyczne DISCOVERY na górny łuk zębowy,
- 2) w pozycji 806 – zamki ortodontyczne DISCOVERY na dolny łuk zębowy,
- 3) w pozycji 808 – 816 – zamki DISCOVERY Roth 22 z griselem.

Zamki ortodontyczne DISCOVERY są produktem firmy Dentaaurum, zajmującej się produkcją specjalistycznego sprzętu dentystycznego i ortodontycznego. Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia) wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Z tego powodu, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt, naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasady: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

Kontrolujący zauważył, iż w przypadku zamówień na materiały stomatologiczne istnieje możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności odwoływania się do znaków towarowych, nazw handlowych i marek produktów. Zatem, wskazywanie w SIWZ nazwy zamawianego sprzętu jest zbędne i narusza art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem nie zachodzą przesłanki niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń wynikającej ze specyfiki przedmiotu zamówienia.

Opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie marki, pomimo, że nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, ani niemożnością opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, stanowi także naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. W pkt 2 informacji stwierdzono: w dokumentacji, w protokole postępowań dotyczących zamówienia (druki ZP-1/PN), brakuje podpisów kierownika zamawiającego lub osoby upoważnionej, zatwierdzającego prace komisji przetargowej (pkt 15 str. 6 protokołu –zatwierdzenie wyniku postępowania). Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z § 2 pkt 18 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 października 2007 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 202, poz. 1463), protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera termin zakończenia prac komisji przetargowej oraz zatwierdzenie wyniku postępowania. Zgodnie z wzorem protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (druk ZP-1/PN), stanowiącym załącznik nr 1 do rozporządzenia, wynik postępowania powinien być zatwierdzony w poz. 15 przez członków komisji przetargowej oraz kierownika zamawiającego. Zatwierdzenie powinno być dokonane przez złożenie podpisu wraz z datą. W protokole postępowania jego wynik powinien zatwierdzić kierownik zamawiającego, lub osoba upoważniona. W toku kontroli ustalono, że protokół postępowania ZP-1 nie był prowadzony rzetelnie przez Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający w protokole błędnie wskazał daty przekazania: ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zakończenia prac komisji przetargowej. Zamawiający nie wskazał w protokole kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą zobowiązany był podać bezpośrednio przed otwarciem ofert. Nie prowadząc protokołu postępowania rzetelnie, Zamawiający uchybił treści art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 2 pkt 5, 14 i 18 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pkt. 3 informacji stwierdzono: w rozdziale XIV SIWZ, Zamawiający przedstawił katalog form, w jakich może zostać wniesione wadium, tj. w pieniądzu, poręczeniach bankowych, gwarancjach bankowych, gwarancjach



ubezpieczeniowych lub poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 3 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Formy wnoszenia wadium, uregulowane zostały w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, który przewiduje, iż wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach wskazanych w tym artykule, według wyboru wykonawcy, w tym w poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z zastrzeżeniem, że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym.

Zamawiający powinien uwzględnić obowiązującą treść przepisu art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, przez wskazanie wśród dopuszczalnych form wnoszenia wadium – poręczenia udzielanego przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Pomijając w katalogu form wnoszenia wadium poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, Zamawiający naruszył art. 45 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, zamawiający wskazał jako sposób wniesienia wadium poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 3 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, przewiduje, iż wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach tam wskazanych, w tym w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158 oraz z 2002 r. Nr 25, poz. 253, Nr 66, poz. 596 i Nr 216, poz. 1824). Art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp został zmieniony ustawą z dnia 28 maja 2004 r. o zmianie ustawy o utworzeniu PARP oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 145, poz. 1537), która weszła w życie w dniu 10 lipca 2004 r. Z uwagi na wszczęcie kontrolowanego postępowania w dniu 25 czerwca 2008 r., Zamawiający powinien był uwzględnić obowiązującą od dnia 10 lipca 2004 r. treść przepisu art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp przez wskazanie jednej z dopuszczalnych form wadium – poręczenie udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o PARP, a nie jak ujęto w SIWZ – w art. 6 ust. 3 pkt 4 lit. b ustawy o PARP. Formułując przywołane postanowienia SIWZ, Zamawiający naruszył art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp. W pkt 4 informacji stwierdzono, że Zamawiający przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dniu 2 października 2008 r. Zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Zawarcie umowy w przedmiotowej sprawie nastąpiło w dniu 28 sierpnia 2008 r., Zamawiający przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dnia 2 października 2008 r. Chociaż przepis ten określając termin przekazania ogłoszenia posługuje się zwrotem – niezwłocznie po zawarciu umowy – nie można przyjąć, iż dochowano termin zamieszczenia ogłoszenia o zawarciu umowy, po upływie 35 dni od jej zawarcia.

Przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w terminie 35 dni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Pzp. W pkt 6 informacji podano: w pkt XVI ppkt 10 SIWZ, Zamawiający żądał, w przypadku wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przedłożenia wraz z ofertą, zamiast dokumentu wymienionego w pkt 8 ppkt E) SIWZ (tj. upoważnienia do reprezentowania wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w postaci oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii), dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzających, że nie otwarto ich likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 10 SIWZ zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przez notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Z § 2 ust. 1 rozporządzenia wynika, iż wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

- 1) aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej,

- 2) aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 3) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, składa dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:
  - a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
  - b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
  - c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Zamawiający żądając w SIWZ upoważnienia do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu, zamiast zagranicznego odpowiednika dokumentu wskazanego w § 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, naruszył treść § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2010 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, składając następujące wyjaśnienia.

Ad 1. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez stomatologów i w ich ocenie nie było możliwości innego opisu, tym bardziej, że konieczność zakupu wspomnianych zamków ortodontycznych typu DISCOVERY stanowi kontynuację leczenia pacjentów ortodontycznych z wcześniej założonymi aparatami stałymi przy użyciu w/w zamków. Mając na uwadze informację otrzymaną od Kierownika Zakładu Ortodoncji Katedry Stomatologii Wieku Rozwojowego UM w Łodzi Pani Prof. dr hab. n. med. Grażyny Śmiech – Słomkowskiej (załącznik nr 1), nie można się zgodzić z poglądem, że istnieje możliwość opisu przedmiotu zamówienia bez konieczności odwoływania się do znaków towarowych, nazw handlowych i marek produktów.

Poza tym, na poszczególne części przedmiotu zamówienia wpłynęły oferty w ilościach zapewniających konkurencję, więc mimo przedstawionego opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający nie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty, jako jedynej oferty złożonej w postępowaniu, wykonawcy w tych konkretnych częściach zamówienia konkurowali ceną.

Ad 2. Brak podpisów w protokole z postępowania nie znajduje pokrycia w rzeczywistości, dlatego zamawiający przesłał ponownie kopię protokołu z postępowania (załącznik nr 2). Kwestia błędnego podania daty: przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zakończeniu prac komisji – możliwa jest do wyjaśnienia przez powołanie się na treść art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi: oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

Przez inne dokumenty należy między innymi rozumieć, dokumenty, z których wynikają daty (np. wydruk ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający nie mógł wskazać kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż celem postępowania były umowy na ceny jednostkowe, co było ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ad 3. Pomimo zawężenia katalogu form wnoszenia wadium, Zamawiający stwierdził, że żaden z wykonawców nie wniósł wadium w poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, a więc nie został wykluczony, co wskazuje, że naruszenie nie miało wpływu na przebieg, a tym samym na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad 4. W art. 95 ust. 2 ustawy Pzp jako termin przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zawarto określenie niezwłocznie. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w art. 35 ust. 4 tę kwestię uregulowała w ten sposób, że Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia lub zawarły umowę ramową, przesyłają ogłoszenie o wynikach procedury udzielania zamówienia, nie później niż czterdzieści osiem dni po udzieleniu takiego zamówienia lub zawarciu umowy ramowej. Przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w terminie 35 dni od zawarcia umowy, nie można uznać jako naruszenia art. 95 ust. 2 ustawy Pzp.

Ad 6. Zamawiający nie zawarł postanowień do końca zgodnych z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ale w postępowaniu nie brali udziału wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, więc naruszenie nie miało wpływu na przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**KIO nie uwzględniła zastrzeżeń, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie podważył skutecznie ustaleń i naruszeń omówionych w informacji o wyniku kontroli doraźnej, wobec tego zważyła, co następuje.**

Ad 1. Naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 oraz w konsekwencji, przez wskazanie marki zamków ortodontycznych DISCOVERY, będących produktem firmy Dentaurum, art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, jest niewątpliwe. KIO podziela stanowisko Prezesa UZP, co do możliwości opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności wskazania marki zamków ortodontycznych. Wyjaśnienia pani prof. dr hab. n. med. Grażyny Śmiech-Słomkowskiej, stanowiące załącznik nr 1 do zastrzeżeń, o treści, że sugerowanie zakupu zamków ortodontycznych i ewentualnie elementów współpracujących wytwarzanych przez konkretnego producenta ma miejsce wyłącznie w celu zastosowania w leczeniu pacjentów, u których zamki danej firmy są już stosowane, w szczególności w sytuacji, gdy konieczna jest modyfikacja na drodze uzupełnienia aparatów ortodontycznych przez dodanie nowych zamków, są z pewnością zasadne z punktu oceny medycznej, jednak potrzeba taka powinna być uzewnętrzniona przy dokonywaniu opisu zamówienia. Kontrola prowadzonych postępowań ma na celu ocenę czynności Zamawiającego pod kątem ich zgodności z ustawą, mając na względzie zasadę legalizmu. Do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy stwierdzenie faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, nawet w sytuacji, gdy jedynie zaistnieje możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, bez konieczności realnego uniemożliwiania takiej konkurencji.

Wyjątek określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczający opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ma charakter szczególny i może być stosowany w sytuacjach ściśle oznaczonych, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważnych,” co nadaje konkretnym wymienionym produktom charakter przykładowy. Jak wykazała kontrola, zamawiający ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ nie dopuścił składania ofert równoważnych.

KIO podziela stanowisko Prezesa UZP, że specyfika sprzętu stomatologicznego sprawia, iż szczególnie przydatny jest opis funkcjonalny przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 1 w zw. Z art. 30 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający mógł, zatem, za pomocą cech technicznych i jakościowych, ze względu na przewidywane zastosowanie, opisać w taki sposób przedmiot zamówienia.

Ad 2. Przedłożenie wraz z zastrzeżeniami protokołu postępowania zawierającego brakujący uprzednio podpis, nie zmienia faktu, że podczas prowadzonego postępowania czynności odzwierciedlone w protokole nie były akceptowane na bieżąco.

Zamawiający na etapie postępowania wyjaśniającego przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, pismem z dnia 30 grudnia 2008 r., kopię protokołu postępowania, w którym stwierdzono brak podpisów

kierownika zamawiającego lub osoby upoważnionej, zatwierdzających prace komisji przetargowej. Sporządzanie protokołu stanowi obowiązek zamawiającego przy udzielaniu zamówienia w każdym trybie i niezależnie od wartości zamówienia. Brak jest również podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń w przedmiocie naruszenia spowodowanego błędnym wskazaniem w protokole daty przekazania: ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zakończenia prac komisji przetargowej. Nie można zaakceptować toku rozumowania zamawiającego, iż błędne podanie dat „można wyjaśnić powołując się na art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż wówczas należałoby stwierdzić, że prowadzenie protokołu w ogóle nie jest zasadne, bowiem wszelkie informacje niezbędne do wypełnienia protokołu są dostępne w postaci dokumentów stanowiących załączniki do niego. Zamawiający nie wskazał w protokole kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą zobowiązany był podać bezpośrednio przed otwarciem ofert. Możliwość składania ofert częściowych i wskazania cen jednostkowych, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wskazania w protokole postępowania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Ad 3. Zamawiający potwierdził w zastrzeżeniach naruszenie wskazane w tym punkcie informacji o wyniku kontroli doraźnej. Naruszenie przepisów nastąpiło mimo faktu, że żaden z wykonawców nie wniósł wadium w poręczeniu spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, a więc nie został wykluczony z postępowania. Zamieszczenie w rozdziale XIV SIWZ postanowienia dotyczącego katalogu form wnoszenia wadium, nie w pełni zgodnego z obowiązującymi przepisami prawnymi, jest niezgodne z art. 45 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad 4. Brak jest podstaw do stosowania prawa unijnego przed prawem krajowym, w sytuacji, gdy regulacje krajowe zostały wprowadzone zgodnie z obowiązującymi zasadami legislacji. Powoływanie się na art. 35 ust. 4 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie znajduje uzasadnienia, bowiem regulacje krajowe nie są sprzeczne z unijnymi. Zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, zamawiający przekazuje niezwłocznie ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Zawarcie umowy nastąpiło w dniu 28 sierpnia 2008 r., zamawiający przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dniu 2 października 2008 r. Nie można uznać, że termin niezwłocznego przekazania został zachowany w sytuacji upływu 35 dni.

Ad 6. Zamawiający przyznał w całości naruszenie wskazane w tym punkcie – § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez stwierdzenie, że w postępowaniu nie brali udziału w wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Pomimo tego, jak wyżej już wskazywano, KIO uznała, że nie zmienia to faktu, iż podane w pkt 6 informacji o wyniku kontroli doraźnej postanowienie SIWZ, było niezgodne z treścią § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia. Zamawiający zgłaszając zastrzeżenia, nie przedstawił wyjaśnień i dowodów, które mogłyby podważyć naruszenia stwierdzone w pkt 1, 2, 3, 4, 6 informacji o wyniku kontroli doraźnej. Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, nie miała podstaw, w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym, uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego i na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Uchwała KIO/KD 36/10**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
**z dnia 25 maja 2010 r.**

**Nieuwzględniająca zastrzeżeń Miejskiego Zakładu Komunikacji w Koninie od wyniku kontroli doraźnej postępowania na „Sprzedaż i dostawa olejów do autobusów komunikacji miejskiej”, zawartego w informacji z dnia 13 kwietnia 2010 r. o wyniku kontroli doraźnej.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń wobec następujących naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zapisów aktów wykonawczych do niniejszej ustawy, tj. wobec naruszenia przepisów:

- art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu utrudniającego uczciwą konkurencję oraz dyskryminację potencjalnego wykonawcę z powodu okresu prowadzenia działalności;
- art. 25 ust. 2 ustawy w związku z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zobowiązanie wykonawców do składania dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego;
- art. 38 ust. 2 ustawy poprzez wskazanie w treści wyjaśnień nazwy wykonawcy, który zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy;
- art. 29 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez takie określenie parametrów fizykochemicznych, które uniemożliwiło złożenie poprawnej oferty bowiem olej o parametrach wskazanych przez Zamawiającego nie istnieje;
- art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez opis przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących na konkretny produkt.

Sygn. akt KIO/KD 36/10

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**PRZY PREZESIE URZĘDU ZAMOWIEŃ PUBLICZNYCH**  
**z dnia 25 maja 2010 roku**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 29 kwietnia 2010 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Miejski Zakład Komunikacji w Koninie**  
**Ul. M. Dąbrowskiej 8,**  
**62-500 Konin,**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej (znak UZP/DKD/MJ/23390/7856/10), postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie: „**sprzedaż i dostawa olejów do autobusów komunikacji miejskiej**”

#### **Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

|                 |                             |
|-----------------|-----------------------------|
| Przewodniczący: | Katarzyna Prowadzisz        |
| Członkowie:     | Katarzyna Ronikier-Dolańska |
|                 | Ewa Rzońca                  |

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o sygn. UZP/DKD/KN/130/08 nie zasługują na uwzględnienie.**

#### **Uzasadnienie**

Zamawiający – **Miejski Zakład Komunikacji w Koninie** zwany dalej „Zamawiającym”, przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „**sprzedaż i dostawa olejów do autobusów komunikacji miejskiej**”.

W wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia (wyniki kontroli przekazane z pismem z 13 kwietnia 2010 r. znak: UZP/DKD/MJ/23390/7856/10):

1) naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz.1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” poprzez sformułowanie w sposób następujący warunku udziału w postępowaniu: o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności w zakresie objętym zamówieniem oraz prowadzą działalność przez okres nie krótszy niż 2 lata odpowiadającą wartością i rodzajowi prowadzonego postępowania”. Zamawiający w punkcie 6.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) sformułował warunek udziału w postępowaniu, jaki ma spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający sprecyzował ogólnie ukształtowany w art. 22 ust 1 warunek udziału w postępowaniu w sposób, który narusza regulację art. 7 ust 1 w związku z art. 22 ust 1 i 2 ponieważ skonstruowany warunek utrudnia uczciwą konkurencję oraz dyskryminuje potencjalnego wykonawcę z powodu okresu prowadzenia działalności;

2) naruszenie art. 25 ust 2 ustawy w związku z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.), dalej określanego jako rozporządzenie, poprzez zobowiązanie wykonawców do składania dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego. Zgodnie z rozporządzeniem dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę;

3) naruszenie art. 38 ust. 2 ustawy poprzez wskazanie w treści wyjaśnień z 6 sierpnia 2008 roku nazwy wykonawcy, który zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienia. Zgodnie z treścią Sygn. akt KIO/KD 36/10 3 art. 38 ust 2 ustawy Zamawiający przekazuje treść wyjaśnień wykonawcom, którym przekazał SIWZ bez ujawniania źródła zapytania;

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy tj.: Wielkopolska Energia Sp. z o.o. z rażącym naruszeniem ustawy, ponieważ wybrany wykonawca zaferował wielosezonowy mineralny olej przekładniowy BP Energear GL-1-5 80W90, którego parametry fizykochemiczne nie odpowiadają wymaganiom przez zamawiającego:

- „Lepkość kinematyczna” w temp. 40o C wymagana przez Zamawiającego powinna być nie wyższa niż 153 mm<sup>2</sup> /s natomiast w ofercie ww. wykonawcy w Karcie Charakterystyki i Świadectwie Jakości oferowanego oleju wartość ta wynosi 168 mm<sup>2</sup> /s,

- „Temperatura zapłonu” wymagana przez Zamawiającego powyżej 220o C, dla zaferowanego oleju temperatura zapłonu wynosi 214o C. Na podstawie opinii biegłego – wskazane w SIWZ dla wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego o wymaganiach MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0 nie spełnia żaden z 32 marek olejów przekładniowych.

Oferta wykonawcy Wielkopolska Energia Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy a postępowanie (z uwagi na odrzucenie drugiej z dwóch ofert tj. oferty wykonawcy ESPOL Ewa Sauer na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy) powinno zostać było unieważnione na podstawie art. 93. ust 1 pkt 1 ustawy ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które miały wpływ na wyniki postępowania;

5) naruszenie art. 29 ust 1 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia – wielosezonowy mineralny olej przekładniowy, poprzez takie określenie parametrów fizykochemicznych, które uniemożliwiło złożenie poprawnie oferty, bowiem olej o parametrach wskazanych przez Zamawiającego nie istnieje (opinia biegłego – żaden z przebadanych 32 marek olejów przekładniowych nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego);

6) naruszenie art. 29 ust 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, odpowiednio:

- wielosezonowy olej mineralny do silników wysokoprężnych wolnossących i doładowanych EURO – 0, EURO – 1, EURO – 2, EURO – 3,
- wielosezonowy, syntetyczny, energooszczędny olej do silników wysokoprężnych wolnossących i doładowanych EURO – 4,
- wielosezonowy mineralny olej przekładniowy spełniający wymagania MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0,
- wielosezonowy, mineralny olej do automatycznych skrzyń biegów spełniający wymagania MAN 339 D, Voith G 607,
- syntetyczny olej przekładniowy spełniający wymagania MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0.

Z uwagi na to, iż opis przedmiotu zamówienia budził wątpliwości, co do użycia parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnych olejów, a także, co do zasadności wymogu przedstawienia przez wykonawców aprobat konkretnych producentów pojazdów dla oferowanych olejów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zasięgnął opinii biegłego. Biegły stwierdził, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów wskazujących na wybór konkretnych produktów oraz:

- parametry dla: wielosezonowy olej mineralny do silników wysokoprężnych wolnossących i doładowanych EURO – 0, EURO – 1, EURO – 2, EURO – 3 oraz normy producentów następujących pojazdów MAN, MERCEDES – BENZ, VOLVO i RENAULT wskazane w SIWZ ze zbadanych 32 marek olejów samochodowych spełnił tylko olej firmy BP Vanellus E6 15W/40; olej taki został zaferowanych w wybranej przez Zamawiającego ofercie,

- parametry dla: wielosezonowy, syntetyczny, energooszczędny olej do silników wysokoprężnych wolnossących i doładowanych EURO – 4 oraz normy producentów następujących pojazdów MAN, MERCEDES – BENZ, VOLVO i RENAULT wskazane w SIWZ ze zbadanych 32 marek olejów samochodowych spełnił tylko olej firmy BP Vanellus E8 5W-30; natomiast w wybranej przez Zamawiającego ofercie wykonawca zaferował olej Vanellus E8 Ultra,

- parametry dla: wielosezonowy, mineralny olej do automatycznych skrzyń biegów spełniający wymagania MAN 339 D, Voith G 607, wskazane w SIWZ ze zbadanych 32 marek olejów samochodowych spełnił tylko olej firmy BP AUTRAN MBX; olej taki został zaferowanych w wybranej przez Zamawiającego ofercie,

– parametry dla: syntetyczny olej przekładniowy spełniający wymagania MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0 wskazane w SIWZ ze zbadanych 32 marek olejów samochodowych spełnił tylko olej firmy BP ENERGEAR SHX – M 75 W/90; natomiast w wybranej przez Zamawiającego ofercie wykonawca zaoferował olej BP ENERGEAR SHX – M,

– parametry dla: wielosezonowy mineralny olej przekładniowy spełniający wymagania MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0 nie spełnia żaden z 32 badanych olejów przekładniowych; w wybranej przez Zamawiającego ofercie wykonawca zaoferował olej ENERGEAR – HT.

Wskazanie przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarcza jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w Specyfikacji, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie konkurencji. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Zamawiający opisując przedmiot w SIWZ poprzez wskazanie na konkretny produkt tj. oleje, których producentem jest BP pomimo istnienia możliwości opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia istnienia możliwości składania ofert równoważnych naruszył regulację art. 29 ust 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, oferujących produkty innych marek.

7) naruszenie art. 26 ust 3 ustawy poprzez nie wezwanie do uzupełnienia tłumaczeń na język polski dokumentów sporządzonych w języku obcym a także aktualnych aprobat producentów. W ofercie Wielkopolska Energia Sp. z o.o. brak jest tłumaczeń dla sporządzonych w języku obcym dokumentów tj. aprobat wymaganych przez Zamawiającego. Załączona do oferty aprobata dotycząca spełnienia przez oferowany olej wymagań normy MAN 3275 wynika, iż utracił ona ważność 29 listopada 2007 roku, natomiast z aprobaty dotyczącej spełnienia przez oferowany olej normy MAN 3277 wynika, iż utraciła ona ważność 17 października 2007 roku. Zamawiający zobowiązany był do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, bowiem Zamawiający wzywa wykonawców, – którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 tj. m. In. Dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego lub, którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust 1, zawierające błędy – do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie chyba, że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania;

8) naruszenie art. 7 ust 1 ustawy poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu w wyniku zastosowania obok kryterium ceny (75 %) i kryterium termin dostawy (5 %) kryterium: „zaoferowanie produktu tożsamego z obecnie używanym przez zamawiającego (waga 20 %)”. Mając na uwadze, że lista kryteriów oceny ofert, o których mowa w art. 91 ust 2 ustawy nie jest wyczerpująca i Zamawiający może dodatkowo określić własny ich zestaw, należy podkreślić, że swoboda zakresie formułowania kryteriów oceny ofert nie jest nieograniczona. Kryteria, jak i inne czynności w postępowaniu, muszą być określone zgodnie z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, w tym m. in. Zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Kryteria oceny ofert powinny być tak określone, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego.

Pismem z 23 kwietnia 2010 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 29 kwietnia 2010 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (dalej: „zastrzeżenia”).

Zamawiający podnosi, iż:



Ad 1) Zamawiający określając w punkcie 6.1.SIWZ warunek udziału w postępowaniu – prowadzenie działalności przez okres nie krótszy niż 2 lata i odpowiadającej wartości i rodzajowi prowadzonego postępowania nie miał na celu utrudniania konkurencji.

Zamawiający chciała zapewnić sobie wybór jak najlepszego produktu od wykonawcy, który posiada doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem. Żaden z potencjalnych wykonawców nie wniósł zapytania, wniosku o zmianę Specyfikacji, nie wniesiona również protestu w zakresie warunku. Zamawiający przyznaje, iż w świetle dosłownego zapisu art. 22 ustawy warunek nie powinien być postawiony, lecz w momencie prowadzonego postępowania Zamawiający miał na uwadze zabezpieczenie własnych potrzeb, co jest celem i ideą ustawy Prawo zamówień publicznych;

Ad 2) Zamawiający przyznaje, iż zapis w Specyfikacji (punkt 11.11) dotyczący składana dokumentów w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski sporządzonym przez tłumacza przysięgłego był omyłką (zbytnik rozszerzeniem zapisu) i nie ma uzasadnienia w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* a Zamawiający na pewno odstąpiłby od tego wymóg, gdyby którykolwiek z Wykonawców wystąpił z taką prośbą lub gdyby zwrócił na to zamawiającemu uwagę.

Ad 3) Zamawiający przestrzega przepisu art. 38 ust.2 ustawy i nie ujawnia źródła zapytania. Znalezienie się w treści odpowiedzi nazwy firmy zadającej pytanie było zwykłym przeoczeniem pracownika przygotowującego odpowiedź niewychwyconym w chwili podpisywania. Przypadkowe ujawnienie źródła zapytania miało związek ze sposobem, w jaki Zamawiający przekazuje treść odpowiedzi innym oferentom – czyni to przekazując całość odpowiedzi skierowanej do zadającego pytanie.

Ad 4 i Ad 5) zamawiający opisują przedmiot zamówienia miał na uwadze zapewnienie dostaw olei do autobusów komunikacji miejskiej (specyfika pracy autobusów) o najwyższej jakości, zapewniających długotrwałą eksploatację posiadanego taboru, który w większości jest taborom nowej generacji w wielu przypadkach na gwarancji. Oleje muszą być sprawdzone przez Zamawiającego np.: wcześniej używane i pozytywnie ocenione, bądź mieszalne z obecnie używanymi przez Zamawiającego – mieszalność z olejami używanymi istotnie obniża koszty eksploatacji, gdyż nie powoduje konieczności całkowitej wymiany oleju znajdującego się w autobusie. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia bazował głównie na stronach internetowych producentów olei. Zamawiający w zastrzeżeniach podnosi, iż wskazanie w SIWZ jako wymaganych przez Zamawiającego parametrów dotyczących lepkości kinematycznej oraz temperatury zapłonu wynikły z oczywistej omyłki, a potwierdza to fakt, iż oleju spełniającego zakwestionowane parametry nie ma na rynku. Niemożliwe, zatem jest, aby taki olej chciała nabyć Zamawiający. Zamawiający podnosi dodatkowo, iż żaden z potencjalnych wykonawców omyłki nie zauważył. Podanie w SIWZ nazw olejów, który Zamawiający w chwili prowadzenia postępowania używał, pośrednio wskazywał parametry oleju i to zapewne było przyczyną, iż wskazane błędne parametry nie zostały dostrzeżone przez Wykonawców w SIWZ.

Ad 6) Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał parametry produktów, jakie zamierzał nabyć, a opis sporządzał na podstawie informacji zawartych na stronach internetowych np.: BP, Castrol, Texaco, Fuchs, Stell, Selenia. Zamawiający podnosi, iż nie zostały podane nazwy produktów, lecz wskazane zostały ich parametry oraz aprobaty podawane na stronach producentów olei były dodatkową wskazówką dla Zamawiającego. Zamawiający podał w zastrzeżeniach informację, według własnej wiedzy, jakie oleje sprzedają, którzy producenci. Jednocześnie podnosi Zamawiający, iż Zamawiający nie wymagał, aby wszystkie produkty pochodziły od jednego producenta; Zamawiający uważa, iż zakaz ograniczenia uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży mogły zrealizować zamówienie. Zamawiający, powołując się na swoją wiedzę, wskazuje, iż Wykonawcy często

są dystrybutorami olei różnych producentów. Zamawiający wskazuje, iż to doświadczenie Zamawiającego przesądziło o takim opisie przedmiotu zamówienia a Zamawiający ma prawo zamówić taki produkt, jaki jest mu potrzebny.

Ad 7) Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentów – przedłożenia tłumaczeń określonych dokumentów sporządzonym w języku obcym, gdy znane mu były właściwości i aprobaty oferowanych produktów a żądanie tłumaczeń niepotrzebnie zwiększyłoby koszty postępowania po stronie Wykonawcy.

W zakresie załączonych do oferty aprobat potwierdzających spełnienie przez oferowany olej wymagań normy MAN 3275 oraz MAN, 3277 które, utraciły ważność Zamawiający wskazuje, iż faktycznie te, które zostały dołączone do oferty utraciły swą ważność, natomiast Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia tychże aprobat, bowiem był w ich posiadaniu z uwagi na realizację wcześniej zawartej umowy. Zamawiający uznał, iż skoro posiada ważny dokument to niecelowym będzie wzywanie wykonawcy, aby taki sam dokument dodatkowo Wykonawca przedkładał.

Ad 8) Zamawiający określając kryteria oceny ofert cenie przyznał największe znaczenie, natomiast kryterium zaoferowanie produktu tożsamego z obecnie używanym przez Zamawiającego miało zapewnić Zamawiającemu produkt o jakości z punktu widzenia Zamawiającego najwyższej. Zamawiający podnosi, iż z uwagi na dużą liczbę potencjalnych wykonawców wprowadzenie kryterium produktu tożsamego z obecnie używanym przez Zamawiającego z pewnością nie ograniczyło uczciwej konkurencji, a z pewnością w większym stopniu przyczyniło się do zabezpieczenia interesu Zamawiającego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 12 maja 2010 roku (znak: UZP/DKD /MJ/23390 /9931/10) nie uwzględnił zastrzeżeń do wyników kontroli jednocześnie odniósł się do przedmiotowych zastrzeżeń:

– w zakresie pkt. 1 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: Zamawiający przyznał, iż warunek taki nie powinien zostać określony w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu, w sposób, który zapewni wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc do nieuzasadnionego, z punktu widzenia uczciwej konkurencji, kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadza się z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy), z zasady tej wynika zakaz dyskryminacji wykonawców z jakichkolwiek powodów tj. np. okres prowadzenia działalności,

– w zakresie pkt. 2 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: Zamawiający wskazał, iż naruszenie to było omyłką (zbytним rozszerzeniem zapisu), której Zamawiający nie dostrzegł oraz Zamawiający przyznał, iż wymóg ten nie znajduje uzasadnienia w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* oraz, że odstąpiłby od tego wymogu, gdyby zwrócono Zamawiającemu na to uwagę. Zamawiający nie kwestionował przedmiotowego naruszenia, – w zakresie pkt. 3 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: zamawiający wskazał, iż naruszenie to zostało spowodowane przeoczeniem pracownika przygotowującego odpowiedź na zapytanie wykonawcy dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ a samo naruszenie spowodowane było sposobem, w jaki przekazywana jest przez Zamawiającego treść odpowiedzi na zapytanie. Zamawiający nie kwestionował przedmiotowego naruszenia,

– w zakresie pkt. 4 i 5 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: z ustaleń kontroli wynika, że nie zostały spełnione wymagania fizykochemiczne oferowanego przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą tj. Wielkopolską Energię Sp. z o.o. wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego BP Energear HT GL-1-5 80W90 oraz, zgodnie z opinią biegłego, parametry wskazane w SIWZ dla wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego o wymaganiach MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0 nie spełnia żaden z badanych 32 marek olejów przekładniowych. Zamawiający podniósł również, że wskazanie w SIWZ jako wymaganych parametrów dotyczących lepkości kinematycznej oraz temperatury zapłonu wynikły z oczywistej omyłki, o czym świadczy fakt, że na rynku

nie istnieje olej spełniający warunek określony w SIWZ. To na Zamawiającym, zgodnie z regulacją art. 29 ust 1 ustawy, ciąży obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia winny uwzględniać możliwość zaoferowania istniejącego na rynku produktu, co ma wpływ na sporządzenie oferty. Podniesiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach argumentacja nie zmienia faktu, że Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, iż nie jest możliwe złożenie oferty obejmującej wymagany olej o ustalonych w SIWZ parametrach, bowiem produkt taki nie istnieje. Wymaga podkreślenia faktu, że to Zamawiający a nie Wykonawca przygotowuje postępowanie o udzielenie zamówienia i to na nim spoczywa obowiązek zachowania należytej staranności oraz by postępowanie było przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,

– w zakresie pkt. 6 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: Zamawiający dokonał w celu określenia parametrów (wymagań) analizy stron internetowych producentów olejów oraz opierał się na aprobaty producentów pojazdów zakładając, że skoro dany produkt posiada wymagane aprobaty, to produkt ten spełnia również wymagania techniczne. Zamawiający podaje również w Zastrzeżeniach produkty, które spełniają wymagania zawarte w pkt. 7.4 SIWZ. Z ustaleń kontroli wynika, że użyte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametry spełniły jedynie oleje wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, co zostało ustalone przez powołanego przez Prezesa UZP biegłego. Nie ma znaczenia dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy fakt, iż Zamawiający nie wymagał, aby wszystkie produkty pochodziły od jednego wykonawcy. Zasada uczciwej konkurencji jest naruszona, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie,

– w zakresie pkt. 7 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia tłumaczeń określonych dokumentów sporządzonych w języku obcym oraz przyznał, że aprobaty dotyczące spełnienia przez oferowany olej wymagań normy MAN 3275 oraz MAN 3277 utraciły ważność, a także, że nie wzywał do ich uzupełnienia, ponieważ aprobaty te były już w jego posiadaniu, gdyż zostały mu dostarczone w trakcie obowiązywania poprzedniej umowy, Zamawiający jest zobowiązany do żądania od Wykonawcy dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdy żądał ich od wykonawców – nie można zostać uznane za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu dokumenty złożone w innym postępowaniu,

– w zakresie pkt. 8 z Informacji o wynikach kontroli doraźnej: Zamawiający określił kryterium oceny ofert poprzez „zaoferowanie produktu tożsamego z obecnie używanym przez zamawiającego (waga 20 %)”. Kryteria oceny ofert muszą być określone zgodnie z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może określać kryteriów oceny ofert w sposób preferujący określonych wykonawców, w tym wypadku wykonawców, którzy oferują produkty (oleje) używane przez Zamawiającego. Preferowanie w ramach kryteriów oceny ofert wykonawców, którzy zaoferują produkt określonej marki godzi w wyrażoną w art. 7 ust 1 ustawy zasadę równego traktowania wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust 1 w zw. 22 ust 1, art. 25 ust 2 w zw. § 4 ust. 3 rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, art. 38 ust. 2, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 29 ust. 1, art. 29 ust 2 i 3 w zw. art. 7 ust 1, art. 26 ust 3, art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z przedstawionymi poniżej uwagami.

W zakresie zarzutu sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności lub czynności w zakresie objętym zamówieniem poprzez określenie, iż „prowadzą działalność przez okres nie krótszy niż 2 lata odpowiadającą wartością i rodzajowi prowadzonego postępowania”, w ocenie Izby Zamawiający naruszył dyspozycje art. 7 ust 1 w związku z art. 22 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma zapewnić dokonanie wyboru wykonawcy dającego gwarancje należytej realizacji zamówienia natomiast nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w pozyskaniu zamówienia. Zamawiający w Zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej przyznał, „iż warunek nie powinien być postawiony” tak, więc świadomy był naruszenia, które miało wpływ na prowadzone postępowanie. Przestrzeganie przez Zamawiającego zasad określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych stanowi gwarancję dla wykonawców, że w czasie przygotowywana i prowadzenia postępowania ich prawa nie zostaną naruszone.

Zamawiający dookreślając w sposób nieuprawniony warunek udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie do złożenia oferty jedynie podmioty prowadzące działalności gospodarczą przez okres nie krótszy niż 2 lata wprowadził do SIWZ warunek, który eliminuje szeroki krąg wykonawców z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Prowadzący nie ograniczył w żaden sposób formy organizacyjnej oraz czasu funkcjonowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, tak więc takiego ograniczenia nie może wprowadzać Zamawiający.

W zakresie zarzutu zobowiązania wykonawców do składania dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego, w ocenie Izby Zamawiający naruszył dyspozycje art. 25 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2006 nr 87 poz 605 ze zm.). Dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę – stanowi to zasadę, natomiast wykonawca może złożyć tłumaczenia na język polski sporządzone przez tłumacza przysięgłego jednakże stanowi to uprawnienie wykonawcy i w żadnym wypadku nie może być obowiązkiem nałożonym przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie stanowi omyłki zawężenie regulacji rozporządzenia, a tym bardziej nie stanowi „zbytniego rozszerzenia zapisu” – jak podnosi w Zastrzeżeniach Zamawiający, lecz narusza obowiązujące w trakcie prowadzenia postępowania przepisy poprzez nieuprawnione ograniczenie przez Zamawiającego wykazania się dokumentami, co prowadzi również do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu wskazania przez Zamawiającego w treści wyjaśnień z 6 sierpnia 2008 roku nazwy wykonawcy, który zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienia, w ocenie Izby Zamawiającej naruszył dyspozycje art. 38 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca jednoznacznie określił, w jakich terminach oraz o jakiej treści i komu mają być przekazywane wyjaśnienia do SIWZ. *Expressis verbis* zostało to wyrażone w art. 38 ust. 2 ustawy – „bez ujawniania źródła zapytania”. Zamawiający niestosując się do w/w regulacji w związku z wykonaniem nałożonych na niego obowiązków (czynność Zamawiającego) narusz również zasady Prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutów: opisanie przedmiotu zamówienia – wielosezonowy mineralny olej przekładniowy, przy wskazaniu parametrów fizykochemicznych, które uniemożliwiło złożenie poprawnie oferty z uwagi na to, że olej o parametrach wskazanych przez Zamawiającego nie istnieje a także w zakresie zarzutu dokonania wyboru oferty wykonawcy tj.: Wielkopolska Energia Sp. z o.o. z rażącym naruszeniem ustawy, z uwagi na to, iż wybrany wykonawca zaoferował wielosezonowy mineralny olej przekładniowy BP

Energear GL-1-5 80W90, którego parametry fizykochemiczne nie odpowiadają wymaganiom przez zamawiającego:

- „Lepkość kinematyczna” w temp. 40o C wymagana przez Zamawiającego powinna być nie wyższa niż 153 mm<sup>2</sup> /s natomiast w ofercie ww. wykonawcy w Karcie Charakterystyki i Świadectwie Jakości oferowanego oleju wartość ta wynosi 168 mm<sup>2</sup> /s,
- „Temperatura zapłonu” wymagana przez Zamawiającego powyżej 220o C, dla zaoferowanego oleju temperatura zapłonu wynosi 214o C, w ocenie Izby Zamawiającej naruszył dyspozycje art. 29 ust 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o opinie biegłych wskazanych w SIWZ parametrów dla wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego o wymaganiach MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0 nie spełnia żaden z 32 marek olejów przekładniowych podgalających ocenie. Zamawiający potwierdził również, iż wskazanie w SIWZ jako wymaganych przez Zamawiającego parametrów dotyczących lepkości kinematycznej oraz temperatury zapłonu wynikały z oczywistej omyłki oraz w ocenie Zamawiającego potwierdza to fakt, iż oleju spełniającego zakwestionowane parametry nie ma na rynku.

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w tym sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest czynnością bardzo istotna jak i znamienna w skutkach. Zamawiający ma obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący a więc niepozostawiający wykonawcom wątpliwości, co do identyfikacji zamawianego przedmiotu. Przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia musi być wyczerpujący, wszechstronny oraz dostatecznie dokładny tak, aby nie pozostawiać wątpliwości i potrzeby interpretacji przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien być rzeczywisty, czyli taki, aby wykonawcy mogli go spełnić; a więc opis przedmiotu zamówienia niedający się spełnić, czyli niemożliwy do realizacji jest niewłaściwy a Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób naruszył art. 29 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Działanie Zamawiającego narusza również zasadę z katalogu zasad Prawa zamówień publicznych, choć nie ujętą w ustawie jednakże wynikającą z różnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych a mianowicie zasadę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu udzielenia tegoż zamówienia. Działanie Zamawiającego narusza również zasadę zgodnego z ustawą postępowania Zamawiającego w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie mógł dokonać wyboru wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ wykonawca nie mógł złożyć oferty odpowiadające przedmiotowi zamówienia opisanemu przez Zamawiającego w SIWZ.

Potwierdził również ten fakt sam Zamawiający podnosząc w Zastrzeżeniach do kontroli doraźnej, iż „wskazane w SIWZ jako wymagane przez Zamawiającego parametry dotyczące Sygn. akt KIO/KD 36/10 14 lepkości kinematycznej oraz temperatury zapłonu wynikały z oczywistej omyłki”. Należy wskazać, że nie jest możliwe dokonywanie interpretacji zapisów przez wykonawców oraz domyślanie się, jaki przedmiot zamówienia należy zaoferować a tym bardziej, wnioskowanie na podstawie dotychczas używanych przez Zamawiającego materiałów (olei). Działanie Zamawiającego, wynikające z braku staranności w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia spowodowało naruszenie zasady prawa

zamówień publicznych w tym zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Właściwą jest argumentacja, iż oferta wykonawcy Wielkopolska Energia Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt tj.:

- wielosezonowy olej mineralny do silników wysokoprężnych wolnossących i doładowanych EURO – 0, EURO – 1, EURO – 2, EURO – 3,
  - wielosezonowy, syntetyczny, energooszczędny olej do silników wysokoprężnych wolnossących i doładowanych EURO – 4,
  - wielosezonowy mineralny olej przekładniowy spełniający wymagania MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0,
  - wielosezonowy, mineralny olej do automatycznych skrzyń biegów spełniający wymagania MAN 339 D, Voith G 607,
  - syntetyczny olej przekładniowy spełniający wymagania MAN 3343 M, SCANIA STO 1:0.
- w ocenie Izby Zamawiający naruszył dyspozycje art. 29 ust 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie biegłego sporządzonej na potrzeby kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania (opis przedmiotu zamówienia budził wątpliwości, co do użycia parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnych olejów, a także, co do zasadności wymogu przedstawienia przez wykonawców aprobat konkretnych producentów pojazdów dla oferowanych olejów) Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów wskazujących na wybór konkretnych produktów.

Ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia, (o czym również mowa powyżej) poprzez pozytywne przesłanki, ale również wprowadza negatywne przesłanki wskazujące jak Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia, wskazując katalog takowych w art. 29 ust 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie może opisywać przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi takiemu będzie towarzyszyć określenie „lub równoważny”. Opisanie przedmiotu zamówienia, które stwarza możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji wykonawców między innymi dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie parametrów czy też użycie oznaczeń wskazujących na konkretny produkt, stanowi naruszenie obowiązujących regulacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady Prawa zamówień publicznych zawarte w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy podnieść również w tym miejscu, iż Zamawiający powinni dążyć do proeuropejskiego modelu, nie ograniczać konkurencji a wręcz przeciwnie powinni być przychylni rozwiązaniom równoważnym oferowanym przez wykonawców.

W zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia tłumaczeń na język polski dokumentów sporządzonych w języku obcym a także aktualnych aprobat producentów, w ocenie Izby Zamawiający naruszył dyspozycje art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dyspozycja art. 26 ust 3 ustawy stanowi o obowiązku Zamawiającego a nie jego uprawnieniu, tak więc Zamawiający nie może stosować jej fakultatywnie lecz obligatoryjnie. Brak wezwania do uzupełnienia dokumentów, w przypadku, gdy wykonawca w określonym terminie nie złożył oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 tj. m. in. dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego lub, który złożył dokumenty, o których mowa w art. 25 ust 1, zawierające błędy stanowi naruszenie zasady zgodności postępowania z przepisami ustawy, która w tym przypadku konkretyzuje się na podstawie art. 26 ust 3 ustawy.

W zakresie zarzutu dokonania przez Zamawiającego opisu sposobu oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu w wyniku zastosowania obok kryterium ceny (75 %) i kryterium termin dostawy (5 %)

kryterium: „zaoferowanie produktu tożsamego z obecnie używanym przez zamawiającego (waga 20 %)”, w ocenie Izby Zamawiający naruszył dyspozycje art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający kształtując kryteria oceny zobowiązany jest jedynie do ukształtowania kryterium ceny natomiast pozostałe kryteria dobiera samodzielnie, bowiem lista kryteriów oceny ofert, o których mowa w art. 91 ust 2 ustawy nie jest katalogiem zamkniętym. Niemniej kryteria oceny ofert muszą być tak skonstruowane, aby nie naruszały zasad Prawa zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ukształtowane przez Zamawiającego wyżej wskazanego kryterium, powoduje, iż nie zostanie zastosowany jednolity sposób oceny ofert, bowiem miara, jaką posłużył się Zamawiający uprzywilejowuje wykonawców dysponujących i oferujących produkty tożsamego z używanym przez zamawiającego. Ograniczona została przez Zamawiającego możliwość równego konkurowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia a tym samym stworzona niepotrzebna i naruszająca prawo bariera. W efekcie Zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust 1 oraz zasadę zgodności postępowania z przepisami ustawy, która konstytuuje się w tym przypadku na podstawie art. 91 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.