



I N F O R M A T O R

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 1 Lipiec 2009

Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP” informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP”, rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.

Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP” danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

SPIS TREŚCI

AKTUALNOŚCI.....	3
KONFERENCJA „XV- lecie sytemu zamówień publicznych w Polsce”	5
ZMIANY W PRAWIE	15
Zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych	15
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego	15
Dyrektywa zmieniająca dyrektywę Rady 92/75/EWG z dnia 22 września 1992 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie zużycia energii oraz innych zasobów przez urządzenia gospodarstwa domowego oraz uchylającej dyrektywę 79/530/EWG.....	17
OPINIE PRAWNE	18
Zamówienia dodatkowe.....	18
Opis przedmiotu zamówienia	20
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	25
Roboty dodatkowe i uzupełniające w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	25
Opis przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	33
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	49
Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	49
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 632/09.....	51
Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.....	67
ANALIZY SYSTEMOWE.....	69
Czas trwania postępowania, liczba składanych ofert oraz wartości zamówień w postępowaniach o wartości powyżej progów UE.....	69
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 30.06.2009	72

AKTUALNOŚCI

- Z **dniem 1 czerwca 2009 r.** nastąpiła zmiana siedziby Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej. Nowa siedziba mieści się przy **ul. Postępu 17a** (budynek Adgar Plaza), 02-676 Warszawa.
- Dnia 1 czerwca 2009r. Pani **Luiza Łamejko** została powołana na stanowisko **Wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej.**
- **Zakończenie projektu twinning light Phare 2006 HR/2006/IB/FI/04TL** „Dalszy rozwój Krajowej Komisji ds. Kontroli Zamówień Publicznych oraz systemu odwoławczego w Chorwacji”

W 2008 roku Urząd Zamówień Publicznych złożył ofertę dla projektu twinningowego w ramach programu Phare 2006 dotyczącego rozwoju Krajowej Komisji ds. Kontroli Zamówień Publicznych oraz systemu odwoławczego w Chorwacji. Obok Polski propozycje współpracy bliźniaczej przedstawiły m. in. Austria, Słowenia i Włochy. Polska oferta okazała się najlepsza pod względem merytorycznym i w rezultacie, w listopadzie 2008 roku między polskim Urzędem Zamówień Publicznych a chorwacką Państwową Komisją Kontroli Procedur Udzielania Zamówień Publicznych (niezależny organ odwoławczy II instancji orzekający w sprawach zamówień publicznych) została podpisana umowa o współpracy bliźniaczej.

Głównym celem współpracy realizowanej w ramach projektu twinningowego light Phare 2006 było **wzmocnienie systemu odwoławczego w zakresie zamówień publicznych poprzez dostosowanie chorwackiego prawa do wymogów UE oraz zwiększenie znajomości obowiązujących regulacji wśród uczestników systemu zamówień publicznych.**

Projekt składał się z dwóch komponentów:

- pierwszy - dotyczący zwiększenia zdolności administracyjnych i poprawy jakości działania Państwowej Komisji Kontroli Procedur Udzielania Zamówień Publicznych,

- drugi - skierowany do wszystkich uczestników systemu zamówień publicznych, których realizacja obejmowała m. in. organizację szkoleń, seminariów i wizyt studyjnych dla pracowników Komisji, przygotowanie analiz i publikacji (praktyczne podręczniki dotyczące procedur odwoławczych dla zamawiających i dla wykonawców; analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), a także aktualizację i udoskonalenie strony internetowej Komisji.

Zakończenie działań w ramach projektu nastąpi w **sierpniu 2009 r.**

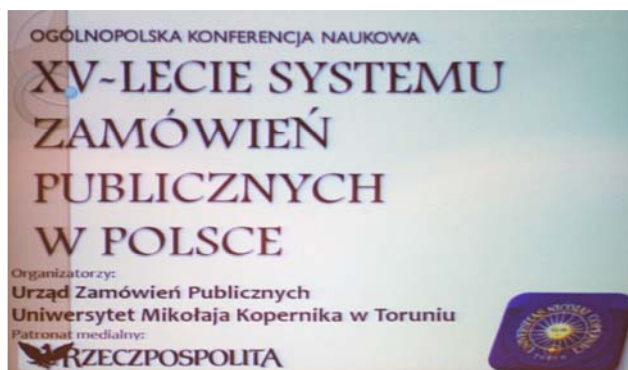
➤ **Interaktywne szkolenie z zakresu zamówień publicznych**

Uprzejmię informujemy, że w ciągu pięciu miesięcy działania interaktywnego szkolenia z zakresu zamówień publicznych, udostępnionego przez Urząd Zamówień Publicznych w technologii e-learning, w systemie zarejestrowało się ok. 3.200 użytkowników, a liczba uruchomień poszczególnych lekcji wyniosła ok. 33.000.

Jednocześnie przypominamy, że:

- System szkolenia dostępny jest pod adresem: <http://uzp.eduportal.pl/> (lub z poziomu zakładki Portal edukacyjny).
Korzystanie ze szkolenia jest całkowicie **bezpłatne**.
- Przed rozpoczęciem korzystania z systemu szkolenia należy zapoznać się z Pomocą oraz FAQ.
Aby móc korzystać ze szkolenia, w trakcie rejestracji należy zaakceptować Regulamin korzystania z portalu edukacyjnego.
- Pomoc techniczną w zakresie funkcjonowania szkolenia można uzyskać pod nr tel. 058 550-95-87 lub e-mail: uzp@eduportal.pl. Infolinia ta nie służy do uzyskania porad prawnych.

KONFERENCJA „XV- lecie sytemu zamówień publicznych w Polsce”



W dniach 22 - 23 czerwca 2009 r. w Toruniu, odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa *XV- lecie systemu zamówień publicznych w Polsce* zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych oraz Katedrę Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa

i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika objęta patronatem prasowym dziennika *Rzeczpospolita*. Przedsięwzięcie to stanowiło kolejne spotkanie naukowe rozpoczęte przez prof. dr hab. Ryszarda Szostaka w Krakowie w grudniu 2008 r., konferencją *Efektywność udzielania i wykonywania zamówień publicznych*. Podczas konferencji uczestnicy poruszyli wiele istotnych zagadnień, które zainicjowały pomysł następnego zjazdu środowiska zajmującego się problematyką zamówień publicznych. Konferencja w Toruniu była okazją nie tylko do świętowania jubileuszu XV - lecia obowiązywania regulacji prawnych w dziedzinie zamówień publicznych, ale wynikała także z potrzeby dalszej dyskusji nad rozwiązaniami mającymi na celu usprawnienie funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

W konferencji udział wzięło ponad 170 uczestników, w tym środowisko akademickie, reprezentowane przez 9 uniwersytetów. Ponadto w spotkaniu uczestniczyli reprezentanci organów kontroli, administracji rządowej, samorządowej oraz wykonawcy.





Konferencję rozpoczął Jacek Sadowy - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Zebranych gości powitał również dr Henryk Nowicki z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika. W trakcie uroczystego otwarcia dr Andrzej Bratkowski - Przewodniczący Rady Zamówień Publicznych podkreślił

kluczowe znaczenie tematyki dyskutowanej podczas konferencji dla zamówień publicznych. Następnie Józef Górny - Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli podziękował w imieniu Jacka Jezierskiego - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, za zaproszenie do udziału w tym jubileuszowym przedsięwzięciu. Prezes wskazał, że organizacja tego typu spotkań jest niezwykle istotna ze względu na możliwość wymiany poglądów i doświadczeń oraz podejmowania wspólnych działań na rzecz usprawnienia systemu zamówień publicznych, m. in. poprzez wymianę informacji o najczęściej wykrywanych nieprawidłowościach w procedurach zamówieniowych. Przedstawiciele władzy ustawodawczej:



Posel na Sejm RP Teresa Piotowska, Senator RP Jan Wyrowiński, Posel na Sejm RP prof. dr hab. Marian Filar, podkreślili, że dla zrealizowania celu zamówień publicznych, jakim jest racjonalne i efektywne wydatkowanie środków publicznych, niezbędna jest jasność i przejrzystość regulacji prawnej w zakresie procedur przetargowych.

Dodatkowo prof. dr hab. Marian Filar wskazał na dodatkową korzyść konferencji, jakim jest spotkanie praktyków z osobami zajmującymi się zamówieniami publicznymi jako dziedziną nauki. Podkreślił on, iż spotkania tego typu są bardzo ważne, ale niestety z uwagi na brak



możliwości organizacyjnych rzadko odbywają się w tak szerokim gronie.



Na duże znaczenie zagadnień przewidzianych do omówienia podczas konferencji, zwrócił uwagę Witold Perka - Członek Gabinetu Politycznego Wicepremiera Waldemara Pawlaka, który w imieniu Ministra Gospodarki podkreślił cel ustawy Prawo zamówień publicznych dla gospodarki, jakim oprócz racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi jest również zapobieganie zjawiskom patologicznym. Ponadto, Witold Perka zwrócił uwagę na konieczność dokonywania prawidłowej interpretacji przepisów ustawy, zwłaszcza w aspekcie ekonomicznym. Zdaniem Marszałka Województwa Kujawsko - Pomorskiego Piotra Całbeckiego, funkcjonowanie administracji publicznej bez Prawa zamówień publicznych jest niemożliwe.



Do wygłoszenia referatów zaproszeni zostali wysokiej klasy specjaliści ze środowisk akademickich oraz wybitni eksperci zajmujący się dziedziną zamówień publicznych. Moderatorem pierwszego panelu był dr Henryk Nowicki. Jako pierwszy referat zatytułowany: *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle*

sprawozdań Prezesa Urzędu wygłosił Jacek Sadowy. W wystąpieniu podkreślił, że przeprowadzenie analizy funkcjonowania systemu w okresie 15 lat pozwoliło na zdefiniowanie zasadniczych celów funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a także na wskazanie sposobów ich realizacji. Następnie prof. nadzw. dr hab. Andrzej

Panasiuk z Uniwersytetu w Białymstoku w wystąpieniu nt: *Konsensualnych form realizacji zadań publicznych w świetle najnowszych uregulowań prawnych* omówił najnowsze rozwiązania prawne w zakresie partnerstwa publiczno -



prywatnego, koncesji i klasycznego zamówienia publicznego na tle prawnych form realizacji zadań publicznych przez podmioty państwowe. Równocześnie wskazał, że zamówienia publiczne służą sprawnemu realizowaniu zadań publicznych.



W obszarze aktualnych rozważań związanych bezpośrednio zamówień tematyką zamówień publicznych, prof. dr hab. Andrzej Borowicz z Uniwersytetu Łódzkiego wygłosił referat zatytułowany: *Zamówienia publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym a kryzys gospodarczy*. Wystąpienie to wzbudziło bardzo duże zainteresowanie. Profesor zwrócił uwagę na fakt, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie jest onnipotentną w stosunku do innych aktów prawnych. W kolejnym wystąpieniu, prawnik Jerzy Pieróg omówił zagadnienie *Elastyczności procedur* w kontekście *efektywności*. Dokonał analizy procedur przetargowych przez pryzmat ich wpływu na efektywność udzielanych zamówień. Podkreślił również, iż najważniejszy jest efekt postępowania powinien zamówienie publiczne w postaci wyboru najlepszej oferty z racjonalną ceną, nie zaś sama procedura.



Po przerwie, przewodnictwo w obradach objął prof. dr hab. Andrzej Borowicz. Drugi panel rozpoczął płk Mikołaj Przybył z Naczelnej Prokuratury Wojskowej referatem *Przestępczość zorganizowana o*



charakterze gospodarczym. W wystąpieniu Pułkownik Przybył omówił przestępczość gospodarczą w sferze zamówień publicznych w resorcie obrony narodowej, w Marynarce Wojennej RP, gdzie zamówienia publiczne wykorzystywane były przez zorganizowane grupy



przestępcze do ukrywania działalności przestępczej. Następnie dr Piotr Wiatrowski

z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie w referacie *Ochrona interesu publicznego w zakresie odpowiedzialności karnej za złą ofertę przetargową* wskazał na sankcje z tytułu przestępstw związanych z szeroko rozumianym udziałem w postępowaniu o zamówienie

publicznego.



Również Iwona Bendorf- Bundorf Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie w referacie zatytułowanym *Zadania regionalnych izb obrachunkowych w procesie umacniania polskiego systemu zamówień publicznych* przedstawiła nieprawidłowości w zakresie udzielania zamówień publicznych stwierdzone w wyniku kontroli prowadzonych przez izby. Ostatni referat pierwszego dnia konferencji nt: *Środków ochrony prawnej - wczoraj, dziś i jutro* wygłosiła Małgorzata Stręciwilk, członek Krajowej Izby Odwoławczej. Prelegentka omówiła zbliżającą się nowelizację systemu odwoławczego w zamówieniach publicznych oraz podkreśliła konieczność utrzymywania jednolitej linii orzeczniczej przez Krajową Izbę Odwoławczą.



Po zakończeniu obrad, podczas dyskusji głos zabrała Małgorzata Sobolewska z Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy. Zwróciła uwagę, że z perspektywy 15 lat obowiązywania regulacji prawnych w zakresie zamówień, system zamówień publicznych rozwijał się we właściwym kierunku, na co olbrzymi wpływ miały działania podejmowane przez UZP. Podkreśliła również dużą rolę Urzędu Zamówień Publicznych w procesie kształtowania tego systemu.

Prof. dr hab. Maria Królikowska-Olczak podniosła problem zmowy przetargowej i jej uregulowania w prawie europejskim, jak również wyraziła zaniepokojenie o formę postępowania odwoławczego w świetle zbliżającej się nowelizacji.



Rozpoczęcie obrad drugiego dnia konferencji poprzedziło wystąpienie pani Minister Julii Pitera - Pełnomocnika Rządu ds. opracowania programu zwalczania nadużyć w instytucjach publicznych.



Pani Minister podziękowała za zaproszenie do udziału w konferencji, podkreślając wielkie znaczenie jakie ma jej współpraca z Urzędem Zamówień Publicznych na system

wydatkowania środków publicznych. Pani Minister Pitera zwróciła uwagę na przypadki nieprawidłowości związanych ze stosowaniem przepisów Prawo zamówień publicznych, podając jako przykłady budowę mostu Świętokrzyskiego oraz budowę parkingów płatnych w Warszawie. Ponadto, przedstawiła ona również główne założenia programu *Zero tolerancji* oraz zaznaczyła, iż dyskusja podczas konferencji oraz wnioski z niej płynące będą ważne dla podejmowania działań usprawniających funkcjonowanie systemu zamówień publicznych w Polsce.



Drugiego dnia panel przedpołudniowy moderowany przez Jacka Sadowego Prezesa UZP otworzył referat doktora Henryka Nowickiego z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu *Prawo zamówień publicznych - pojęcie i zakres regulacji*. Autor podjął próbę zdefiniowania prawa zamówień

publicznych oraz jego klasyfikacji. Ponadto dr Nowicki zwrócił uwagę na fakt, że Prawo zamówień publicznych to regulacja, która ma charakter interdyscyplinarny.

Następnie ks. prof. dr hab. Sławomir Fundowicz z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego wygłosił referat nt: *Miejsca prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym*.



Podkreślił, że na Prawo zamówień publicznych składają się elementy nie tylko prawa administracyjnego, ale również prawa cywilnego. W wystąpieniu *O potrzebie dalszych usprawnień w prawie zamówień publicznych* prof. dr hab. Ryszard Szostak z Uniwersytetu



Ekonomicznego w Krakowie zwrócił uwagę na konieczność dalszych zmian w systemie zamówień publicznych.

W tej części konferencji, prof. dr hab. Michał Waligórski z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu omówił *Szczególne*

tryby przetargowe w prawie polskim, poruszając w referacie problematykę zakwalifikowania Prawa zamówień publicznych do odpowiedniego typu prawa publicznego lub prywatnego. Dr inż. Janusz Dolecki w wystąpieniu *Zamówienia publiczne - efektywny instrument prawny czy biurokratyczna procedura?* zwrócił uwagę na fakt, że celem zamówień publicznych jest racjonalne wydatkowanie środków publicznych, a elementy proceduralne nie powinny przesłaniać tego celu. Następnie Mateusz Winiarz Wiceprezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie wygłosił referat nt: *Uczciwej konkurencji w świetle orzecznictwa komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, podkreślając, podobnie jak Iwona Bendorf-Bundorf, znaczenie zamówień publicznych dla zgodnego z prawem



wydatkowania środków publicznych.

Podczas dyskusji głos zabrała prof. dr hab. Wacława Starzyńska. Wskazała na potrzebę przeprowadzania kompleksowych badań statystycznych ściśle związanych z problematyką zamówień publicznych.

Ponadto, profesor Starzyńska zaproponowała, żeby wprowadzić obowiązkowe sprawozdania sporządzane przez zamawiających i wykonawców w zakresie postępowań o zamówienie publiczne, w których wskazywane byłyby niedoskonałości procedury wymagające korekty.

Moderatorem ostatniego panelu konferencji był prof. dr hab. Ryszard Szostak. Przed wystąpieniami prelegentów głos zabrała Prezes Krajowej Izby Odwoławczej Renata Tubisz, która podkreśliła znaczenie orzecznictwa Izby w kształtowaniu systemu zamówień publicznych.



Pierwszy w tej części referat nt: *Oceny narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne w Polsce przez podmioty zamawiające na podstawie badań ankietowych* wygłosiła prof. dr hab.

Wacława Starzyńska z Uniwersytet Łódzkiego.

W wystąpieniu profesor Starzyńska zwróciła uwagę, że zamówienia publiczne wpisują się jako istotny instrument w szeroko rozumianą strategię innowacyjności. Następnie

dr Aleksandra Sołtysińska z Uniwersytetu Jagiellońskiego



w Krakowie przedstawiła problem *Stosowania prawa wspólnotowego z urzędu przez Krajową Izbę Odwoławczą*. Główną tezą była dopuszczalność podnoszenia z urzędu przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu opartego na prawie wspólnotowym.



Następnie dr Janusz Kaspryszyn z Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu wygłosił referat nt: *Funkcji sądowej kontroli orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej*. Ostatnim prelegentem była dr Aldona Piotrowska z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Wystąpienie dotyczyło *Nieważności umowy o zamówienie publiczne*, w którym omówiono zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego do umów w sprawie zamówień publicznych.

Po wygłoszeniu wszystkich referatów, uczestnicy podziękowali Jackowi Sadowemu Prezesowi UZP oraz doktorowi Henrykowi Nowickiemu za organizację przedsięwzięcia, mającego na celu propagowanie wiedzy publicznych zakresu zamówień publicznych oraz integrację środowiska zajmującego się zagadnieniami przetargowymi.



Jako pierwszy głos zabrał prof. dr hab. Andrzej Borowicz. Podkreślił on potrzebę prowadzenia dyskusji w zakresie zagadnień poruszonych w trakcie konferencji. Wskazał również na wagę tematów, których nie udało

się omówić oraz potrzebę kolejnego spotkania specjalistów w dziedzinie zamówień publicznych. Profesor zaprosił wszystkich uczestników na konferencję naukową do Łodzi.



Następnie Agata Mikołajczyk - członek Krajowej Izby Odwoławczej, dokonała oceny 15 lat obowiązywania regulacji w zakresie zamówień publicznych, podkreślając

jednocześnie potrzebę pracy nad kolejnymi nowelizacjami ustawy, które doprowadziłyby do powstania regulacji doskonałej, zapewniającej racjonalne i efektywne wydatkowanie środków publicznych bez nadmiernego formalizmu. Ks. prof. dr hab. Sławomir Fundowicz zwrócił uwagę, że system odwoławczy powinien zostać usprawniony i ujednolicony w kierunku procedury administracyjnej lub cywilnej. Ksiądz profesor Fundowicz zaproponował przyjęcie modelu postępowania odwoławczego, jakie toczy się przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Anna Packo - członek Krajowej Izby Odwoławczej, ustosunkowując się do wypowiedzi księdza profesora wskazała na brzmienie art. 14 ustawy Pzp który wskazuje, że do czynności zamawiającego nie ma zastosowania, procedura administracyjna. Następnie Dariusz Koba podkreślił niedoskonałość definicji umowy o roboty budowlane w aspekcie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień dodatkowych Stanisław Srocki, Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Białymstoku, zwrócił uwagę na brak uregulowania w ustawie odpowiedzialności za wadliwe zawarcie umowy, wskazując jednakże na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Małgorzata Sobolewska wskazała na problem uregulowania zasad udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe. Następnie Ewa Wiktorowska poruszyła zagadnienie składania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawców z krajów Unii Europejskiej. Jako ostatni głos w dyskusji zabrał prof. dr hab. Ryszard Szostak, podkreślając znaczenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zwracając uwagę na brak określoności w ustawie czynu zabronionego, którego zdefiniowanie pozwoliłoby na zwiększenie skuteczności instrumentów zapobiegających ewentualnym przestępstwom w sferze zamówień publicznych.

Na koniec dr Henryk Nowicki podziękował wszystkim gościom za przybycie i udział w jubileuszowej konferencji. Ponadto, przekazał wyrazy wdzięczności dla prelegentów prezentujących najważniejsze zagadnienia z tematyki



zamówień publicznych, jak również dla osób, które zaangażowały się w przygotowanie spotkania.

Następnie Jacek Sadowy Prezes UZP podkreślił znaczenie dyskusji i wyrażonych podczas niej postulatów zmian konkretnych przepisów budzących najwięcej wątpliwości interpretacyjnych. Prezes odniósł się do uwag zgłoszonych podczas dyskusji w zakresie zastosowania trybu z wolnej ręki. Wskazał, że jest to tryb potrzebny, jednakże może być stosowany jedynie w okolicznościach wskazanych w ustawie. Prezes podziękował asystentom dr Nowickiego oraz pracownikom Urzędu Zamówień Publicznych za zaangażowanie w przygotowanie konferencji, prelegentom za interesujące wystąpienia oraz innym osobom, które przygotowały referaty do publikacji. Prezes wyraził podziękowania dla Pani Minister Pitery za udział w konferencji, podkreślając iż świadczy to o przywiązywaniu dużej wagi do prawidłowego funkcjonowania regulacji w zakresie zamówień publicznych. Podziękowania za wkład pracy w przygotowanie konferencji Prezes UZP przekazał dr Henrykowi Nowickiemu, zaznaczając, że takie konferencje mają doniosłe znaczenie dla doskonalenia i usprawnienia systemu zamówień publicznych w Polsce.

ZMIANY W PRAWIE

Zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych

- W dniu **17 czerwca 2009 r.** projekt ustawy o zmianie ustawy - **Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw** został skierowany na posiedzenie Komitetu Stałego Rady Ministrów.

- Projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych dotyczący wprowadzenia przepisów zapewniających uwzględnienie przez system zamówień publicznych potrzeb związanych z aktualną sytuacją gospodarczą (m. in. uregulowań w zakresie zwiększenia płynności finansowej wykonawców w wyniku wcześniejszego zwalniania wadiów, zniesienia konieczności zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie gwarancji, dopuszczenia zaliczkowania przez zamawiających realizacji zamówień publicznych) skierowano w dniu **2 lipca 2009 r.** do Komisji Gospodarki.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego

Dnia 15 maja br. w Dzienniku Urzędowym UE została opublikowana Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego. Celem dyrektywy jest pobudzenie rynku ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego poprzez zagwarantowanie popytu na tego rodzaju pojazdy m.in. w zamówieniach publicznych.

W związku z powyższym, dyrektywa **nakłada na instytucje zamawiające i podmioty zamawiające (o ile mają one obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień określonych w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE) oraz na niektórych operatorów**

świadczących usługi publiczne w zakresie drogowego transportu pasażerskiego obowiązek uwzględniania przy zakupie pojazdów transportu drogowego czynnika energetycznego i oddziaływania na środowisko podczas całego cyklu użytkowania pojazdu, w tym zużycia energii oraz emisji CO₂ i niektórych zanieczyszczeń.

Dyrektywa powinna zostać wdrożona w państwach członkowskich do **4 grudnia 2010 r.**

Bardziej szczegółowe informacje na temat dyrektywy dostępne są na stronie internetowej KE:

http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive_en.htm

Tekst dyrektywy w języku polskim: [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:120:0005:0012:PL:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:120:0005:0012:PL:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:120:0005:0012:PL:PDF)

**Dyrektywa zmieniająca dyrektywę Rady 92/75/EWG
z dnia 22 września 1992 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz
standardowe informacje o produkcji zużycia energii oraz innych zasobów
przez urządzenia gospodarstwa domowego oraz uchylającą dyrektywę
79/530/EWG**

Obecnie trwają prace nad projektem dyrektywy zmieniającej dyrektywę Rady 92/75/EWG z dnia 22 września 1992 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcji zużycia energii oraz innych zasobów przez urządzenia gospodarstwa domowego oraz uchylającą dyrektywę 79/530/EWG.

Celem nowego aktu prawnego jest **rozszerzenie zakresu dyrektywy**, ograniczonego obecnie do urządzeń gospodarstwa domowego, **aby umożliwić etykietowanie wszystkich produktów związanych z energią z uwzględnieniem sektora gospodarstw domowych, handlowego i przemysłowego, jak również niektórych produktów niewykorzystujących energii, których stosowanie lub instalacja oferuje znaczny potencjał oszczędności energii (z wyłączeniem środków transportu).**

W projekcie wprowadzony został również nowy zapis odnoszący się do zamówień publicznych zgodnie z którym, **zamawiający nie mogliby zamawiać produktów poniżej określonej klasy wydajności energetycznej, która zostanie określona w środkach wykonawczych do dyrektywy.**

Projekt dyrektywy przygotowany przez KE dostępny jest na stronie internetowej KE:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0778:FIN:PL:PDF>

OPINIE PRAWNE

Zamówienia dodatkowe

W myśl art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z powyższego wynika, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówień dodatkowych jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, tzn. bez uprzedniego zrealizowania zamówienia dodatkowego nie jest możliwe prawidłowe zrealizowanie (zakończenie) zamówienia podstawowego. Zamówienie dodatkowe może być więc zrealizowane tylko w trakcie wykonywania zamówienia podstawowego. Chodzi tu przede wszystkim o zależność organizacyjną, która powoduje, że późniejsze wykonanie zamówienia dodatkowego byłoby niemożliwe lub niecelowe¹. Nie będziemy więc mieli do czynienia z zamówieniem dodatkowym, jeżeli zamówienie podstawowe zostanie wcześniej zrealizowane.

Udzielenie zatem „dodatkowego” zamówienia po upływie terminu wykonania/zakończenia zamówienia podstawowego wskazuje, iż przedmiotowe zamówienie nie stanowi zamówienia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Tym samym w takich okolicznościach brak jest przesłanki uzasadniającej

¹ G. Wicik, P. Wiśniewski. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wydawnictwo C. H. Beck. Warszawa 2007 r., s. 385.

udzielenie zamówienia dodatkowego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamówienie udzielane po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego, jest nowym zamówieniem, w odniesieniu do którego zamawiający powinien dokonać wyboru trybu udzielenia zamówienia z uwzględnieniem m. in. przepisu art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Jednocześnie należy podkreślić, iż konieczność wykonania zamówień dodatkowych jest podyktowana okolicznościami, których nie można było przewidzieć, a więc takimi okolicznościami, których zamawiający nawet przy dołożeniu należytej staranności nie mógł przewidzieć na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może znaleźć zastosowania wówczas, gdy potrzeba udzielenia zamówień dodatkowych jest wynikiem zaniedbań, czy też braku staranności zamawiającego popełnionych na etapie zamówienia podstawowego. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, które należy udzielić na skutek źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Z uwagi na to, iż zamówienia dodatkowego nie można wcześniej, tzn. przed udzieleniem zamówienia podstawowego przewidzieć, należy stwierdzić, iż ze swej natury zamówienia dodatkowe nie mogą być objęte zamówieniem podstawowym opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym nie mogą to być świadczenia, do których wykonania na rzecz zamawiającego wykonawca zobowiązał się w ramach zamówienia podstawowego. Nie ma natomiast żadnych przeszkód, aby przedmiot zamówienia dodatkowego stanowiły nieprzewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego, usługi lub roboty budowlane tego samego bądź innego rodzaju niż zamówienie podstawowe.

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 orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 35). Podobnie KIO orzekła 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 orzeczniczy nr 3, Warszawa 2009, s. 40). „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższonej 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 orzeczniczy 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 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 wskazywałyby 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 jednym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.). Podobnie KIO orzekła 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 orzeczniczy 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 wyroku 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 dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy 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 w 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 w 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 w 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.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Roboty dodatkowe i uzupełniające w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Zamówienia udzielane w trybach niekonkurencyjnych stanowią wg statystyk Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadzonych za okres od stycznia do maja 2009 roku ponad 30% wszystkich zamówień, których udzielenie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych i ponad 22 % wszystkich zamówień, których udzielenie ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Jest to istotny odsetek, tym bardziej, że jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada prymatu przetargowych, konkurencyjnych trybów postępowania. Możliwość zastosowania w postępowaniu innych trybów udzielenia zamówienia niż podstawowych (w tym w szczególności trybu zamówienia z wolnej ręki) uzależniona jest od spełnienia określonych dla tych trybów przesłanek. Z uwagi na fakt, że zastosowanie innego trybu postępowania niż trybu przetargowego jest wyjątkiem od generalnej zasady prymatu, wszelkie przesłanki dopuszczające zastosowanie trybów mniej konkurencyjnych, muszą być interpretowane ściśle. Podkreślał to wielokrotnie zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny, dodając, że lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Nie jest dopuszczalna więc interpretacja rozszerzająca takich przesłanek, ziszczenie się takiej przesłanki nie może być też przez zamawiającego dorozumiane. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, oraz orzeczeniem ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58 – mając na uwadze, że zastosowanie procedury negocjacyjnej (pozaprzetargowej) jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jej zastosowania należy interpretować ściśle a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Najbardziej niekonkurencyjnym trybem zamówienia w polskim systemie zamówień publicznych jest tryb zamówienia z wolnej ręki. Polega on na udzielaniu przez zamawiającego zamówienia po negocjacjach przeprowadzonych tylko z jednym wykonawcą. W okresie od stycznia 2009 roku do czerwca 2009 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych skontrolował łącznie 40 postępowań prowadzonych w tym trybie, z czego w 16 stwierdzono naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na niezasadnym

zastosowaniu trybu. Widoczny odsetek tych kontroli stanowiły postępowania na wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających, wszczynane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Poniżej zaprezentowane zostaną niedawno zakończone kontrole trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego: w dwóch z nich zostanie omówiony problem udzielania zamówień dodatkowych pomimo, iż wykonywane roboty nie są niezbędne do prawidłowego wykonania postępowania, a ich wykonanie można było wcześniej przewidzieć, w trzeciej zaś – udzielenie „zamówień uzupełniających”, które nie były przewidziane na etapie wszczynania postępowania podstawowego.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na udzielenie zamówień dodatkowych zależne jest od łącznego spełnienia kilku przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

- zamówienie dodatkowe należy udzielić temu samemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, który realizuje zamówienie podstawowe,
- roboty lub usługi nie mogą być objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego,
- roboty lub usługi dodatkowe są niezbędne do jego prawidłowego wykonania,
- **wykonanie robót / usług dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.**

Kontrola nr 1

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – podstawowego będące przedmiotem kontroli dotyczyło wykonania klasycznych robót ogólnobudowlanych polegających na przebudowie istniejącego budynku administracyjno - szkoleniowego, wykonaniu dróg i placu z pełnym uzbrojeniem terenu w sieć wodno - kanalizacyjną i deszczową, oświetleniu terenu, termomodernizacji ścian zewnętrznych wraz z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej, wykonaniu niezbędnych rozbiórek pod wykonanie wymienionych zadań.

Dziesięć miesięcy po podpisaniu umowy, zamawiający korzystając z treści art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp udzielił zamówień dodatkowych temu samemu wykonawcy, który realizował zamówienie pierwotne na m.in. następujący zakres robót:

1. wentylacja mechaniczna,
2. wymiana stolarki okiennej w budynku,
3. wykonanie dodatkowych schodów zewnętrznych wraz ze ścianą oporową do piwnicy,
4. likwidacja klatki schodowej w budynku nr 1 i wykonanie w jej miejscu dodatkowych pomieszczeń,
5. podbicie fundamentów ścian zewnętrznych budynku nr 1,
6. montaż desek odbojowych,
7. wykonanie robót dodatkowych, instalacyjnych wewnętrznych i zewnętrznych,
8. wykonanie sieci technicznych wewnętrznych,
9. wymiana stolarki drzwiowej wewnętrznej zwykłej na drzwi o podwyższonym standardzie,
10. wykonanie sufitów podwieszanych,
11. wykonanie balustrad w oknach.

Zamawiający wyjaśnił, że roboty określone w pkt 1-8 i pkt 11 były wykonane w związku z wprowadzonymi zmianami do projektu technicznego, **które wynikły z błędów i braków w projekcie pierwotnym**. Konieczność ich wykonania wynikła dopiero w trakcie ich realizacji.

Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Zamawiający nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Niemожność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek pewnych zaniechań, zaniedbań w rozpoznawaniu zakresu czy charakteru prac powstaje konieczność wykonania innego zakresu czy zmiany jego elementów na inne, niż pierwotnie zakładane. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z obiektywną, a tym samym niezawinioną i niezależną od zamawiającego sytuacją. Należy stwierdzić, iż we wskazanym stanie faktycznym zamawiający nie działał z należytą starannością określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego, nie sprawdził prawidłowości projektu dotyczącego planowanej inwestycji. Wskutek powyższego

zamawiający dopiero w fazie wykonywania robót podstawowych powziął wiedzę i przekonanie, że część wykonanych robót dodatkowych jest ściśle powiązane z zamówieniem podstawowym np. wykonanie balustrad w oknach na piętrze, czy podbicie fundamentów. Konieczność wykonania ww. robót mogła i powinna być przewidziana na etapie planowania udzielenia zamówienia podstawowego, co oznacza, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi przesłanka braku możliwości przewidzenia wykonania robót dodatkowych.

Nie można także uznać, że ww. roboty dodatkowe były niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego. Roboty te mogły stanowić polepszenie funkcjonalności zamówienia podstawowego, ale nie przesądzały o tym, że bez ich wykonania zamówienie podstawowe nie będzie mogło istnieć. W szczególności dotyczy to takich robót jak: wymiana stolarki okiennej w budynku, wykonania dodatkowych schodów zewnętrznych wraz ze ścianą oporową do piwnicy, likwidacja klatki schodowej w budynku i wykonanie w jej miejscu dodatkowych pomieszczeń.

Kontrola nr 2

Podobne naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miały miejsce w postępowaniu prowadzonym przez spółkę gminną na wykonanie robót dodatkowych przy modernizacji systemu biogazu i obróbki osadu pościekowego w oczyszczalni ścieków.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia podstawowego wskazał, iż obejmuje on wykonanie modernizacji systemu biogazu i obróbki osadu pościekowego w oczyszczalni ścieków, w zakresie: prac przygotowawczych, projektowych, robót demontażowych, robót budowlano – montażowych (w skład których wchodziły: modernizacja technologiczna pompowni osadu surowego II^o - wymiana pompy osadowej oraz zasuw klinowych, budowa dwóch wymienników ciepła z nowymi wymiennikami osad-woda i instalacjami wspomagającymi, modernizacja czterech istniejących zamkniętych komór fermentacyjnych itd.), przeprowadzenie szkoleń (eksploatacyjnych i serwisowych), przeprowadzenie prób końcowych (rozruchu) wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, przeprowadzenie próbnej eksploatacji wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, oddanie obiektów do eksploatacji.

Zamawiający dwa lata po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, udzielił dotychczasowemu wykonawcy robót zamówienia na roboty dodatkowe w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Roboty dodatkowe

polegały na wykonaniu kontenerowych obudów wolnostojących: sprężarkowni biogazu dla agregatów prądotwórczych oraz stacji dmuchaw dla kotłowni suszenia osadu.

Zamawiający wyjaśnił, iż w ramach zapisów siwz pierwotnego postępowania zobligował wykonawcę do załączenia w ofercie pisemnych oświadczeń producentów: kompletnej instalacji suszenia i granulacji osadów oraz kompletnej instalacji agregatów o spełnieniu wymogów siwz, w tym głównie o zagwarantowaniu parametrów technologicznych procesów. Wymogiem siwz było także, aby obie instalacje zostały zamontowane w zaprojektowanych na ich potrzeby budynkach, bez zmiany ich wymiarów i konstrukcji pociągającej konieczność dokonania zmiany pozwolenia na budowę inwestycji. Jak dalej wyjaśnia zamawiający, dopiero **na etapie realizacji kontraktu**, w ramach niezbędnych szczegółowych obliczeń do projektów wykonawczych obu ww. instalacji, został ustalony ostateczny kształt instalacji oraz zwymiarowane poszczególne ich elementy. Wówczas okazało się, że określone w projekcie budowlanym gabaryty tych budynków, nie pozwalają na umieszczenie w nich kompletnych instalacji technologicznych. Ww. elementy obu instalacji, zdaniem zamawiającego, nie mogą funkcjonować bez zapewnienia im odpowiednich obudów, zabezpieczających przed wpływem bezpośredniego oddziaływania niekorzystnych warunków atmosferycznych.

Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynikało, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. W szczególności nie można uznać, że konieczności udzielenia ww. robót dodatkowych nie można było przewidzieć. Sam zamawiający wskazał, że w specyfikacji zamówienia podstawowego wymagano, aby obie instalacje zostały zamontowane w zaprojektowanych na ich potrzeby budynkach, bez zmiany ich wymiarów i konstrukcji pociągającej konieczność dokonania zmiany pozwolenia na budowę inwestycji. Wprawdzie zamawiający stwierdził, że wykonanie wolnostojących obudów kontenerowych nie wymaga wykonania fundamentów dla ich posadowienia, a tym samym nie skutkuje zmianą pozwolenia na budowę inwestycji, niemniej jednak należy zauważyć, że zamawiający przewidywał możliwość dostarczenia przez wykonawcę różnych instalacji i konieczność ich umieszczenia w zaprojektowanych do tego celu budynkach. Zatem zarówno możliwość zastosowania różnej wielkości elementów instalacji, jak też wielkość zaprojektowanych budynków przeznaczonych do ich pomieszczenia była znana zamawiającemu przed zawarciem umowy z wykonawcą. Należy także podkreślić, że możliwość dokonania właściwych pomiarów obu elementów obu instalacji istniała od momentu złożenia przez wykonawcę oferty, w której wskazane zostały te instalacje. Nie

można uznać za czynnik nieprzewidywalny faktu, że pomiary te zostały dokonane dopiero na etapie realizacji kontraktu. Wykonawca zamówienia zobowiązał się ponadto do wykonania obu instalacji za wynagrodzeniem ryczałtowym i od chwili zapoznania się z projektem inwestycji (przed złożeniem oferty) powinien był liczyć się z tym, że zaproponowane przez niego instalacje nie zmieszczą się w zaprojektowanych budynkach.

W uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził jednoznacznie, że **nie jest zamówieniem dodatkowym** zamówienie, które należy udzielić na skutek źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Reasumując stwierdzić należy, iż w okolicznościach faktycznych obu spraw nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówień z powołaniem się na ww. przepis.

Kontrola nr 3

Przedmiotem trzeciej kontroli było postępowanie na wykonanie robót budowlanych uzupełniających inwestycji pn. „Budowa wielofunkcyjnej hali sportowo – widowiskowej” w gminie miejskiej. Art. 67 ust. 1 pkt 6 umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, **dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień** uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, **a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.**

Zamawiający udzielił w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na wykonanie II i III etapu robót budowlanych inwestycji pn. „Budowa wielofunkcyjnej hali sportowo – widowiskowej” (zamówienie podstawowe). Specyfikacja istotnych warunków zamówienia podstawowego przewidywała możliwość udzielenia dalszych zamówień (wyłączonych z zamówienia podstawowego), których przedmiotem były roboty budowlane w zakresie instalacji sanitarnych i elektrycznych niskoprądowych w budynku hali wraz z

instalacjami i urządzeniami technicznymi. Ww. zakresy robót zamawiający zamierzał zlecić do wykonania w ramach oddzielnie prowadzonych postępowań wielopremiotowych, tj.:

1. roboty w zakresie instalacji niskoprądowych objęte były postępowaniem prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego,
2. roboty związane z instalacjami gospodarki ciepła i chłodu oraz wentylacji i klimatyzacji były przedmiotem negocjacji z ogłoszeniem na udzielenie koncesji na roboty budowlane.

Obydwa ww. postępowania zostały unieważnione z powodu wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Następnie zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania na te same przedmioty zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tym samym traktując je jak zamówienia uzupełniające, pomimo określenia w specyfikacji, że ww. grupy robót przeznaczone są do wykonania przez innych wykonawców zamawiającego.

Co więcej, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia znalazł się zapis wskazujący na następujące okoliczności udzielenia bliżej nie określonych zamówień uzupełniających:

- a) wystąpienie kolizji z dotychczasowym uzbrojeniem;
- b) wystąpienie nieprzewidzianych warunków gruntowo-wodnych;
- c) zaktualizowanie dotychczasowych uzgodnień branżowych, w tym między innymi zmiana wymagań przyszłych gestorów sieci i dróg,
- d) wystąpienie konieczności wprowadzenia zmian projektowych,
- e) zalecenia lub polecenia oraz inne decyzje projektanta pełniącego nadzór autorski nad inwestycją oraz organów kontroli budowanej, a także inspektora nadzoru inwestorskiego,
- f) wprowadzenie korekt rozwiązań zamiennych (materiałowych, użytkowych lub wyposażenia),
- g) uwzględnienie wniosków przyszłego użytkownika obiektu,
- h) wystąpienie innych usług i robót nie wymienionych w Przedmiocie Zamówienia”.

Nie ulega wątpliwości, że okoliczności wymienione w powyższym zapisie są sprzeczne z przesłankami udzielenia robót uzupełniających określonymi w art. 67 ust. 1 pkt 6

ustawy (okoliczności nie wskazują na przewidzianą przez zamawiającego wolę powtórzenia tego samego rodzaju zamówień, co w zamówieniu podstawowym, co więcej – podkreślają nieprzewidywalność „zamówień uzupełniających”). Nieprzewidywalne i niezawinione przez zamawiającego mogą być zamówienia dodatkowe, zamówienia uzupełniające, z samej swojej istoty, muszą zostać określone już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego.

Roboty wyłączone z zamówienia podstawowego i planowane do udzielenia innym wykonawcom, niż wykonawca zamówienia podstawowego, nie mogą zostać uznane za przewidziane w siwz zamówienia podstawowego jako roboty uzupełniające i w związku z tym nie ma podstaw prawnych do ich udzielenia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Opis przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Jedną z naczelných zasad polskiego oraz wspólnotowego systemu zamówień publicznych jest zasada chroniąca uczciwą konkurencję oraz gwarantująca równe traktowanie wykonawców. W odniesieniu do wspólnotowego systemu zamówień publicznych zasada ta została wyrażona w art. 2 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 oraz w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Powyższe zasady znalazły swoje odzwierciedlenie także w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w Rozdziale 2 zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień”, który statuuje w art. 7 ust. 1 jedną z naczelných zasad polskiego systemu zamówień publicznych. Niewątpliwie stanowi ona odzwierciedlenie polskiego i wspólnotowego porządku prawnego regulujących krajowy oraz wspólnotowy rynek oraz rządzące nimi zasady, choćby wynikające z ochrony praw konsumentów i zasady swobodnego przepływu towarów. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664 z późn. zm) regulowała tę kwestię w art. 16, który stanowił że zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia tę kwestię regulował art. 17 ust. 2 który stanowił, że przedmiotu i warunków zamówienia nie wolno określać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada, która nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, została sformułowana przez ustawodawcę w odniesieniu do wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy wytyczne odnoszą się zarówno do etapu poprzedzającego wszczęcie samego postępowania (dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalanie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny

ofert), jak również do całego procesu związanego z prowadzeniem procedury obejmującego etap od wszczęcia postępowania, wyjaśniania postanowień SIWZ, rozpatrywania środków ochrony prawnej, badania i oceny ofert, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rozwinięcie zasady uczciwej konkurencji napotykamy w art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ustawy. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy sprecyzował powyższą zasadę w art. 29 ust. 2, który stanowi że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe wynika zapewne z faktu, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej) może i zazwyczaj ma istotny wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia wskazuje przesłanki pozytywne i negatywne regulujące sposób dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wynika z powyższego, przedmiot zamówienia winien być określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co pozwala wykonawcom na sporządzenie oferty odpowiadającej oczekiwaniom Zamawiającego i jednocześnie winno gwarantować jawność i przejrzystość postępowania.

Oprócz pozytywnych przesłanek określających sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy) oraz nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy "lub równoważne" (art. 29 ust. 3 ustawy). Wskazane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu

do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Określenie w art. 29 ust. 2 ustawy negatywnych przesłanek określania opisu przedmiotu zamówienia odnosi się bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. Powyższe należy rozpatrywać łącznie z analizą przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), która w art. 3 ust. 1 stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wskazana wyżej ustawa w Rozdziale 2 definiuje w sposób szczegółowy czyny nieuczciwej konkurencji. W art. 15 ust. 1 zostało wskazane, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m. in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jako przykłady działań zmierzających do utrudnienia dostępu do rynku zostały w powyższym przepisie wskazane określone przypadki, jednakże wykaz ten został poprzedzony zwrotem „w szczególności przez”, co oznacza, że katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy oraz doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy zasada chroniąca uczciwą konkurencję nie została w powyższych przepisach zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z analizy powyższego przepisu nie wynika bowiem, aby zakaz naruszenia uczciwej konkurencji odnosił się tylko do wykonawców ubiegających się o zamówienie. Organy państwa, jak także podległe im instytucje administracji rządowej zespolonej i niezespolonej

oraz jednostki samorządu terytorialnego i podległe im podmioty obowiązane są do respektowania zasad rządzących rynkiem i obrotem gospodarczym, zarówno krajowym jak także wspólnotowym. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować warunków w postępowaniu, które bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wyżej wskazaną zasadę, gdyż jest ona wynikiem szerzej rozumianych zasad chroniących swobodny obrót gospodarczy. Na tego rodzaju podmiotowy zakres ochrony wskazuje także art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), który stanowi, że: „Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowania w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Wykładnia systemowa powyższych przepisów pozwala stwierdzić, iż ochrona przez ustawodawcę konkurencji realizowana jest w interesie publicznym zbiorowości konsumentów i przedsiębiorców, w tym także producentów, dystrybutorów, eksporterów, importerów oraz pośredników. Oznacza to, iż gwarancja ta odnosi się nie tylko do podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ale także zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który naruszałby ww. zasadę w odniesieniu do któregośkolwiek z uczestników obrotu gospodarczego, nawet jeżeli nie jest on podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08) przywołując uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05).

Podobnie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym czytamy, że: „KIO zważyła, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji”.

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

W przypadku odstępstwa przez zamawiającego od zasady określonej w art. 29 ust. 3 ustawy, tj. zakazu opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia takie działanie powinno znajdować swoje obiektywne uzasadnienie. O powyższym decydować mogą specyficzne potrzeby zamawiającego,

charakter prowadzonej przez niego działalności i jednocześnie obiektywny brak możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia bez użycia nazw własnych produktów. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09) stwierdziła, iż: „Zamawiający potwierdził, że przedstawiciele dwóch, spośród trzech producentów, o których informował w rozstrzygnięciu protestu, obecni byli na sali rozpraw. Producenci ci nie są w stanie spełnić żądań Zamawiającego. Pozostaje jedynie trzeci, ze znanych Zamawiającemu na etapie konstruowania SIWZ, producent Philips, którego produkt może spełnić wymagania Zamawiającego. Jednak Zamawiający nie wykazał, zarówno w rozstrzygnięciu protestu, w piśmie z dnia 17.03.2009 r., jak i w wyjaśnieniach składanych w toku rozprawy, że żądanie dostawy aparatu o opisanych parametrach granicznych, stanowi uzasadnioną potrzebę Zamawiającego”. Ponadto na konieczność uzasadnienia odstępstwa od zasad wyrażonych w art. 29 ust. 3 ustawy wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lutego 2009 r. (sygn. KIO/UZP 130/09) w którym czytamy, że: „Niemniej jednak należy stwierdzić, iż Zamawiający mógł żądać od wykonawców spełnienia dodatkowych wymogów technicznych i jakościowych, które nie skutkowały odrzuceniem oferty, jednak miały dla Zamawiającego istotne znaczenie z punktu widzenia ekonomicznego, jak i odbiorców gazu. Jedynym negatywnym skutkiem dla wykonawców, którzy nie przedłożą wymaganych dodatkowo badań, będzie bowiem brak punktów w określonym kryterium. Z ugruntowanego już orzecznictwa KIO wynika, iż Zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione, zwłaszcza – jak ma to miejsce w tym przypadku - że niespełnienie tych wyższych wymagań nie powoduje odrzucenia oferty danego wykonawcy”.

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

Niekoniecznie jednak rygorystyczny opis przedmiotu zamówienia powodujący, że nie wszyscy zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy mogą złożyć ofertę, ze względu na fakt, iż oferowany przez nich produkt nie spełnia wymagań zamawiającego powoduje, iż mamy do czynienia z naruszeniem uczciwej konkurencji. Pogląd taki został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 239/09) w którym Izba stwierdziła, że: „Skład orzekający Izby zważył, iż obowiązkiem Zamawiającego jest określenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem przepisów Pzp określających sposób opisu przedmiotu zamówienia, jak również zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie oznacza to jednak wymogu określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Podkreślić należy, że to zamawiający określa przedmiot zamówienia”. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 253/09), w którym Izba wskazała, że: „Reasumując, sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej że okolicznością bezsporną jest fakt, że są na rynku także inni producenci kombajnów ścianowych. (vide: wyrok KIO/UZP 80/07 z dnia 17 stycznia 2008 roku). Izba, uznając prawo Zamawiającego do żądania urządzeń o wysokich parametrach technicznych, które spełniają jego uzasadnione potrzeby, stwierdziła, że Zamawiający w trakcie rozprawy wykazał w sposób należyty, że określone przez niego parametry techniczne kombajnu ścianowego o napędzie hydraulicznym są wynikiem uzasadnionych warunkami geologiczno-górnictwymi potrzeb Zamawiającego oraz koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa pracy górników”. Rozwinięcie tego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”. Ponadto w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „Zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie

spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca”.

Badanie i ocena możliwości naruszenia zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy powinny być każdorazowo analizowane w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Kwestia racjonalizowania zasadności zarzutu naruszenia powinna wynikać z możliwości uzasadnienia dokonania rygorystycznego opisu przedmiotu zamówienia lub zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. Kwestia ta znalazła odzwierciedlenie w 3 kolejnych wyrokach: wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 91/09 i 92/09) w którym Izba stwierdziła, że: „Ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nieuwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności wyrażonych w ustawie o finansach publicznych zasad dotyczących racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucania zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności, nie daje pogodzić się z postulatem racjonalności ustawodawcy. W przedmiotowym kontekście zaadaptować można frazę wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 sygn. akt. X Ga 23/07/za, iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie jest celem samym w sobie...”, w szczególności nie wyłącza sprawnego i racjonalnego dokonywania zakupów w ramach zamówień publicznych” W innej części uzasadnienia powyższego wyroku Izba wskazała, że: „Formułowana w przepisach ustawy zasada nie ograniczania konkurencji wcale nie jest zasadą bezwzględną – tak jak w przypadku braku obowiązku podmiotowego dopuszczenia do ubiegania się o zamówienie wszystkich zainteresowanych wykonawców, istnieje możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia poprzez adekwatne do zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tak też zamawiający nie ma obowiązku opisać przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zapewnić możliwość realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty występujące w danej branży na rynku. Okoliczność, iż dostawa określonego urządzenia stanowi trudność czy jest nawet niemożliwa dla odwołującego nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak samo w wyrokach: KIO/UZP 510/08, KIO/UZP 484/08)”. Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 148/09)

w uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Zwrócić przy tym należy uwagę, że jeżeli Odwołujący nie czuje się na siłach do realizacji przedmiotowego zamówienia, to nie jest obowiązany brać w nim udziału na warunkach określonych przez Zamawiającego, tym bardziej, że z informacji uzyskanej na rozprawie od Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu zainteresowanie przetargiem wykazało 6 wykonawców, co w powiązaniu z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stawia zarzut Odwołującego za niezasadny. Ponadto, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia kierował się zasadami udzielania zamówień publicznych uwzględniającą zasadę wynikającą z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można bowiem postawić zarzutu Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w przypadku, gdy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest dostępna dla wszystkich, jej postanowienia są jasno sprecyzowane, kierowane do szerokiego kręgu odbiorców, oczywiście specjalizujących się w przedmiocie zamówienia, nie dyskryminują ani nie faworyzują żadnego z potencjalnych wykonawców, zaś terminy na usunięcie usterek określone w § 5 pkt 26 – 32 wzoru umowy zobowiązują wszystkich wykonawców. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził również, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Przy wskazaniu przez zamawiającego jako przykładowego określonego produktu ocena oferty zawierającej ten określony produkt sprowadza się jedynie do uznania wprost identyczności oferowanego produktu, zaś w przypadku ofert zawierających inny produkt zamawiający dokonuje badania spełnienia równoważności, a niekiedy zachodzić może konieczność powołania w tej kwestii biegłego. W takim przypadku zachodzi konieczność dokładnego sprecyzowania w SIWZ istotnych parametrów technicznych aby umożliwić ocenę równoważności ofert. Zamawiający powinien w taki sposób przygotować SIWZ i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Niejednoznaczne i niewłaściwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do sytuacji, w której zamawiający nie jest w stanie samodzielnie dokonać oceny spełnienia równoważności lub zmuszony jest posiłkować się interpretacją własnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia dokonaną przez powołanego przez siebie biegłego.

Należy pamiętać, iż „zamawiający dopuszczając złożenie oferty na system równoważny, winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być uznany za równoważny. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych

wyrażnie w SIWZ zamawiający dopiero będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ.” (wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 268/08). W każdym takim przypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia odstąpienia od ogólnych zasad opisu przedmiotu zamówienia.

Szczególnie podatne na naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są dostawy wyrobów o dużym stopniu skomplikowania, charakteryzujących się wysokim poziomem technologicznym oraz zawierających wiele elementów składowych. W szczególności opisy produktów charakteryzujących się wieloma istotnymi parametrami techniczno – użytkowymi wykazują podatność na taką ich kompilację, że pomimo tego, iż samodzielnie wydają się być technicznie uzasadnione to ich odpowiednie zestawienie prowadzi do takiego określenia charakterystyki całego urządzenia, że spełnione być mogą tylko przez jeden produkt. Na szczególną uwagę zasługuje także odniesienie do produktów odstających od innych konkurencyjnych urządzeń jednym lub dwoma charakterystycznymi parametrami (wielkościami lub rozwiązaniami technologicznymi), które niejako powodują, że inne wyroby nie są w stanie spełnić warunków określonych w SIWZ. Wystarczy, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wykorzysta w zestawieniu wymaganych parametrów granicznych jeden z takich, niekoniecznie istotnych, parametrów i tym samym uniemożliwi złożenie oferty przez wykonawców oferujących produkty innych producentów. Wśród głównych grup produktów można wskazać: sprzęt komputerowy, aparaturę medyczną, maszyny i urządzenia górnicze oraz budowlane, pojazdy samochodowe, zaawansowane systemy związane z obronnością, urządzenia i systemy związane z kontrolą lotów oraz systemy sterowania ruchem drogowym.

W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia:

Przykład nr 1

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianych samochodów osobowych w klasie wyższej. Zamawiający wskazał, że samochody mają spełniać określone wymagania, wśród których znalazły się:

- pojemność zbiornika nie mniej niż 70 l;
- minimum 7 poduszek powietrznych.

W związku z wątpliwościami, które pojawiły się w toku kontroli co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes UZP wystąpił do rzeczoznawcy z prośbą o opinię w sprawie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ustawy.

W sporządzonej opinii rzeczoznawca stwierdził, że określone w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” parametry wskazują na wybór konkretnego pojazdu tj. FORD MONDEO 2,5 kat MR`07. Rzeczoznawca podał, iż dwa z wymienionych parametrów technicznych, tj.

- minimum siedem poduszek powietrznych,
- pojemność zbiornika paliwa nie mniej niż 70 litrów,

spośród innych pojazdów wymienionych w opinii, spełniających wszystkie pozostałe wymagania zamawiającego, spełnia tylko jeden samochód: FORD MONDEO 2,5 kat MR`07. Pozostałe wymienione w opinii samochody wyposażone są w 6 poduszek powietrznych, to jest: 2 czołowe + 2 boczne + 2 kurtyny oraz mają mniejszą niż 70 litrów pojemność zbiornika paliwa.

Podkreślenia wymaga fakt, iż określone w siwz wymagane minimalne parametry techniczne nie są parametrami właściwości użytkowych samochodu, które rozróżnić mogłyby pojazdy lepsze lub gorsze z punktu widzenia użytkownika, a jedynie parametrami jego wewnętrznych podzespołów. Dla użytkownika istotne są bowiem parametry dotyczące osiągnięć pojazdu, bezpieczeństwa pasażerów i komfortu, wyrażone np. osiąganą prędkością maksymalną, zdolnością przyspieszania określaną standardowo przyspieszeniem od 0 do 100km/h oraz w trakcie jazdy (np. od 80 do 120 km/h na konkretnym przełożeniu skrzyni biegów), zużyciem paliwa w standardowych warunkach, zasięgiem z pełnym zbiornikiem paliwa, pozytywnym przebiegiem testów zderzeniowych oraz zdolnością hamowania od 100 km/h do zatrzymania, poziomem hałasu we wnętrzu, wymiarami wnętrza itp.

Zastosowane przez zamawiającego minimalne oczekiwane parametry nie decydują bezpośrednio o żadnym z wymienionych parametrów. Zatem użytkownik nabywający pojazd o mocy nieprzekraczającej 200 KM o pojemności silnika większej niż 2600cm³ i o zbiorniku paliwa mniejszym niż 70 litrów oraz ilości poduszek mniejszej niż 7 nie musi wcale otrzymać produktu wolniejszego, o gorszych parametrach przyspieszenia, o mniejszym zasięgu

z pełnym zbiornikiem paliwa, ani mniej bezpiecznego niż ten, który spełnia wszystkie wskazane w siwz parametry minimalne.

Ponadto w aspekcie art. 7 ust. 1 ustawy istotne dla oceny wymagań zamawiającego jest również i to, że w klasie samochodów określonej w postępowaniu jako wyższa jest wiele modeli o mocy silnika niewiele poniżej lub równo 200 KM, o pojemności silnika przekraczającej 2600 cm³, posiadających zbiornik paliwa o pojemności niewiele poniżej 70 litrów paliwa oraz wyposażonych w mniej niż 7 poduszek powietrznych, jednak posiadających pełne walory użytkowe.

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

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Przykład nr 2

Zamawiający w postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa rusztowań fasadowych i modułowych posłużył się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nazewnictwem pokrywającym się z nazewnictwem z katalogu oraz dokumentacji technicznej firmy Layher. W Zał. C do siwz w pozycjach 25-30 i 39-42 zestawienia elementów rusztowań, zamawiający wymagał U pomostów T 4 charakterystycznych dla technologii firmy Layher. Ponadto w zestawieniu elementów rusztowań w Zał. C do siwz zamawiający podał parametry zamawianych elementów rusztowań z dokładnością do 1 mm. Zamawiający stwierdził jednocześnie, że dopuszcza możliwość złożenia oferty równoważnej wyjaśniając, iż dotyczy to wymiarów elementów nieznacznie odbiegających od podanych, ale mających takie samo zastosowanie.

Jednocześnie w celu dokonania oceny złożonych ofert zamawiający powołał biegłego na okoliczność oceny równoważności parametrów technicznych sposobu wykorzystania i zastosowania pomostów rusztowań typu ECO firmy Altrad Mostostal i U pomostów T4 firmy Layher.

W sporządzonej opinii biegły stwierdził, że oba rodzaje pomostów różnią się nieco, w sposób mało istotny z użytkowego punktu widzenia, w szczegółach dotyczących technologii łączenia poszczególnych elementów składowych. Ponadto pewne **różnice dotyczą funkcjonalności** pomostów, które w tym zakresie **nie są całkowicie równoważne**:

- Pomosty typu ECO są wyposażone w rury łączące podłużne boki ram i dzięki temu są sztywniejsze oraz prostsze w montażu - rury te są wygodnymi uchwytami umożliwiającymi podniesienie pomostów i osadzenie ich na podporach, co może przyspieszyć montaż.
- Pomosty typu T4 mają otwory w podłużnych bokach ram, dzięki czemu ich masa jest nieco mniejsza, a ponadto umożliwiają one lokalne poszerzenie pomostu bez potrzeby stosowania wsporników opartych na słupkach ram. W ten sposób można na każdym, wymagającym tego poziomie oraz na dość dowolnej długości wykonać poszerzenie pomostu.

Biegły dokonał oceny **równoważności dwóch złożonych ofert** przez pryzmat art. 29 ustawy Pzp, zobowiązujący do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty stwierdzając, że *„o ile w konkretnym przypadku zamawiającemu chodziło o spełnienie przez oferowany system rusztowania warunku możliwości lokalnego poszerzenia pomostu roboczego bez użycia wsporników, to taki warunek powinien być wyraźnie opisany. Operowanie w zestawieniu elementów rusztowań nazwami pochodzącymi z określonego systemu rusztowań i to bez podania którego, jak na przykład „U - pomost stal. 2,07x0,32 m T4”, nie określa jednoznacznie wspomnianego warunku. Takie określenie może zakładać z góry, że inni oferenci powinni znać nazwy „fabryczne” elementów rusztowań oraz detale funkcjonalne innych systemów, których jest bardzo dużo, a co nie jest obowiązkiem oferentów.”*

W opinii wydanej na wniosek Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP, Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego stwierdził, że **możliwe jest takie sporządzenie siwz dla rusztowań, aby nie wskazywać na produkt konkretnego wykonawcy**. Osoba sporządzająca specyfikację musiałaby w znacznym stopniu posiłkować się specjalistyczną wiedzą w zakresie budowy poszczególnych systemów oraz terminologii stosowanej w normach i przepisach. Opis, bez powoływania się na konkretny system, musiałby być sporządzony przy dużym stopniu ogólności, w którym ograniczałoby

się do wykazu podstawowych elementów nośnych lub też w krańcowym przypadku do podania wyłącznie wymagań dotyczących takich parametrów jak usytuowanie rusztowania, warunków wybudowy, jego wymiarów i nośności, możliwości zastosowania siatek lub plandek, możliwych zastosowań i konkretnych konfiguracji. W opinii stwierdzono, że powołanie się w opisie zamówienia na ściśle określony system rusztowań z jednoczesnym stosowaniem terminologii używanej przez producenta bardzo ułatwia sporządzenie oferty.

Zgodnie z opinią Instytutu, wskazywanie przy sporządzaniu oferty wymiarów części rusztowań systemowych z dokładnością do 1 mm nie znajduje uzasadnienia, zwłaszcza technicznego. W przypadku wymiarów poszczególnych części wystarczające jest podawanie ich z dokładnością do 0,1 m (100 mm), a w odniesieniu do nielicznych elementów z dokładnością do 0,05 m (50 mm).

W świetle opinii Instytutu Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego możliwe było dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez wskazywania na produkt określonego wykonawcy. Tym samym zamawiający niezasadnie dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie na konkretne rozwiązania konstrukcyjne rusztowań stosowane przez firmę Layher oraz dopuszczenie oferty równoważnej w ww. zakresie.

Dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wyraźnie uprzywilejowywał wykonawcę oferującego systemy rusztowań Layher i mógł prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Dopuszczona przez zamawiającego równoważność mogła dotyczyć wyłącznie „wymiarów elementów nieznacznie odbiegających od podanych, ale mających takie samo zastosowanie”. Powyższy zapis dopuszczający rozwiązania równoważne należy interpretować odpowiednio do wysokiego stopnia szczegółowości dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik do siwz nie wynika możliwość zastosowania rozwiązań o innych funkcjonalnościach. Taką możliwość powołany przez zamawiającego biegły jedynie wyinterpretował z powyższych zapisów powołując się na treść art. 29 ustawy Pzp.

Wprawdzie ostatecznie zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy innego niż Layher Polska Sp. z o.o., jednak zostało to dokonane na podstawie opinii biegłego, który wbrew literalnemu brzmieniu wymagań opisu przedmiotu zamówienia uznał równoważność urządzeń zaoferowanych przez wykonawcę Altrad-Mostostal Sp. z o.o. w oparciu o wykładnię o charakterze systemowym i celowościowym.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył także art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przedmiot niniejszego zamówienia można było opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń bez używania nazw własnych produktów, które wskazywały konkretnych producentów. **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. 2 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 ustawy, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących inne produkty.**

Przykład nr 3

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa serwera sieciowego z oprogramowaniem, macierzy dyskowej, zasilacza awaryjnego, szafy rack, oraz usługi instalacji, konfiguracji i włączenia do pracy w sieci, w załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający opisując wymagania dotyczące procesora w serwerze, będącym przedmiotem zamówienia wskazał: „dwa procesory czterordzeniowe o częstotliwości taktowania nie mniejszej niż 2,6 GHz, z szyną FSB 1333 MHz lub szybszą, 8 MB pamięci cache [L2], dedykowane do pracy w serwerach dwuprocesowych.”

Zamawiający w niniejszym postępowaniu opisał parametry procesora za pomocą częstotliwości taktowania zegara (dwa procesory czterordzeniowe o częstotliwości taktowania nie mniejszej niż 2, 6 GHz), który to parametr pośrednio wskazuje na produkty Intelu jako spełniające wymagania określone w SIWZ. Z informacji posiadanych przez Urząd Zamówień Publicznych wynika, iż inni niż Intel producenci procesorów stosują odmienną technologię, której wydajności nie da się zmierzyć jedynie przez częstotliwość taktowania zegara. Również w *Rekomendacjach Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji Dotyczących Formułowania Wymagań Zamawiającego dla Wybranych Parametrów Technicznych Sprzętu Komputerowego* wyraźnie zostało wskazane, iż podczas przygotowania opisu parametrów technicznych sprzętu komputerowego nie jest, co do zasady, możliwe wskazanie określonej lub minimalnej częstotliwości zegara. Wydajność procesorów produkowanych z zastosowaniem innych technologii, niż stosowana przez Intelu powinna być mierzona przy łącznym uwzględnieniu częstotliwości zegara i współczynnika instrukcji na cykl (IPC). Aby

zatem obiektywnie opisać wydajność danego procesora należy odnieść się do niedyskryminującego testu wzorcowego (benchmark), który uwzględni ww. kryteria. Samo bowiem odniesienie do częstotliwości taktowania zegara arbitralnie dyskryminuje produkty o takiej samej lub wyższej wydajności, która jednak wynika z wyższego współczynnika IPC, przy niższej częstotliwości taktowania zegara (tak np. procesory AMD). W ww. Rekomendacjach MSWiA wskazano, iż przyjmując koncepcję zastosowania wyników benchmarków do wyboru grupy komputerów, spośród których mogą być wybrane komputery według kryterium najniższej ceny, MSWiA wskazało, iż „ (...) w każdym z SIWZ – ów powinno się umieszczać co najmniej dwa różne benchmarks z kryterium wartości „nie mniej niż” oraz powinny być one traktowane alternatywnie w selekcji przedmiotu zamówienia.” W ww. Rekomendacjach wskazano również, iż odniesienie się w opisie przedmiotu zamówienia do częstotliwości taktowania zegara jest dopuszczalne, ale tylko w sytuacji szczególnej, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą odwołań do norm i standardów technicznych lub poprzez odwołanie do jego wymagań funkcjonalnych, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Należy również wskazać, iż określenie przez zamawiającego w SIWZ wymogu posiadania przez procesor serwera 4 rdzeni również wskazuje pośrednio na produkt Intela, bowiem inni producenci nie produkują 4 – rdzeniowych procesorów (np. AMD produkuje procesory 2 - rdzeniowe). Również wskazanie pojemności pamięci cache L2 na poziomie 8 MB wyklucza zastosowanie innego procesora, niż produkowany przez firmę Intel. Także wskazanie na konieczność posiadania przez procesor szyny FSB o częstotliwości 1333 MHz lub wyższej pośrednio wyklucza zastosowanie innych rozwiązań niż produkty Intela, z uwagi na fakt, iż inni producenci procesorów do łączenia procesora (CPU) z kontrolerem pamięci wykorzystują inne technologie (np. AMD stosuje technologię komunikacji HyperTransport).

Zatem poprzez opisanie procesora serwera przez odniesienie do częstotliwości taktowania zegara, pojemności pamięci cache, liczby rdzeni w procesorze oraz technologii komunikacji procesora z kontrolerem pamięci za pomocą szyny FSB o określonej częstotliwości, zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

- I. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2009 r. Sygn. akt: KIO/KD 13/09** w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca zasadności udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

[treść uchwały](#)

- II. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2009 r. sygn. akt: KIO/W 10/09** w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

[treść postanowienia](#)

- III. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r. Sygn. akt: XII Ga 143/09** dotyczący określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy - Pzp)

[treść wyroku](#)

- IV. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. Sygn. akt: XII Ga 102/09** odnoszący się do zagadnienia poprawiania przez zamawiającego w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp.

[treść wyroku](#)

- V. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. Sygn. akt: III Ca 88/09** dotyczący sformułowania warunków udziału w postępowaniu i sposobu opisu przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy -Pzp)

[treść wyroku](#)

- VI. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2009 r. Sygn. akt: XIX Ga 102/09** dotyczący braku obowiązku przedłużenia ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej (art. 181 ust. 2a ustawy - Pzp)

[treść wyroku](#)

- VII. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 612/09** dotyczące odrzucenia odwołanie na podstawie wprowadzonego ostatnią nowelizacją ustawy - Pzp art. 187 ust. 4 pkt 8, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy - Pzp.

[treść wyroku](#)

- VIII. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 594/09** dotyczący wykładni treści pełnomocnictwa do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz obligatoryjnych elementów w treści gwarancji wadialnej.

[treść wyroku](#)

- IX. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 580/09** dotyczący unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy – Pzp.

[treść wyroku](#)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 632/09

Wyrok KIO dotyczący opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego z naruszeniem art. 29 ustawy - Pzp.

Sygn. akt: KIO/UZP 632/09

WYROK z dnia 26 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza (...)

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez (...) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego (...) protestu z dnia 22 kwietnia 2009 r.,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie (...) i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia na część 161 zamówienia w formularzu oferty – formularzu asortymentowo – cenowym przez określenie jakie rodzaje heparyn zamawia poprzez odniesienie do ich nazw międzynarodowych oraz wskazanie dawki terapeutycznej na jednostkę objętości/ masy, postaci stosowania leku, ilości sztuk w opakowaniu oraz ilości opakowań.

(...)

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków oraz produktów leczniczych podzielonym na 189 części, wszczętym ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2009 r. za numerem 2009/S 70 – 10145649-071076, w dniu 23 kwietnia 2009 r. został wniesiony protest (datowany 22.04.2009 r.), a następnie odwołanie przez (...).

Protest został złożony na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) – część 161 na dostawę heparyny drobnocząsteczkowej do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo zatorowych, zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, w dacie publikacji ww. ogłoszenia i przekazanej odwołującemu drogą email w dniu 14 kwietnia 2009 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu (...) naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008 r. nr 171 poz. 1058; Nr 220 poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, dalej zwanej ustawą), to jest:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 7 ust. 1 ustawy, przez wadliwe zdefiniowanie przedmiotu zamówienia naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 2 pkt 5 ustawy, przez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy, przez określenie sposobu obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku i tym samym postawienie wymogu podawania stawki podatku i kwoty VAT dla towaru nieistniejącego.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ przez wyodrębnienie i sprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia produktów z grupy heparyn drobnocząsteczkowych przez odejście od zasady równoważności i porównywalności produktów z grupy tych heparyn, a konsekwencji na dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, nadto wniósł o ilościowe określenie poszczególnych dawek.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący stwierdził, iż sposób zdefiniowania przedmiotu zamówienia i wyliczenia ceny, podany w SIWZ -"załącznik nr 4.161 formularz asortymentowo-cenowy, pakiet nr 161," jest niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Niezgodność ta w ocenie odwołującego polega na określeniu przedmiotu zamówienia w tej części – jako "heparyna drobnocząsteczkowa do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo zatorowych z dopiskiem ..." wykonawca zobowiązuje się do stosowania leku w pełnym zakresie dawek handlowych," bez ilościowego określenia poszczególnych dawek zarejestrowanych preparatów, szacując całkowitą ilość j.m. aXa na 100.000.000 oraz żądając ceny jednostki odniesienia. W przekonaniu odwołującego, dokonany opis świadczy o

tym, że zamawiający bezpodstawnie zakłada równoważność wszystkich trzech produktów z grupy heparyn drobnocząsteczkowych (HDCz), dostępnych na rynku polskim tj.: Nadroparinum calcicum (Fraxiparine), Enoxaparinum natrium (Clexane) i Dalteparinum natrium (Fragmin). Badania wykazały, że różnice dotyczące poszczególnych wspólnych właściwości heparyn drobnocząsteczkowych są dość znaczne, w zależności od zastosowania konkretnej LMWH. Wymienione HDCz różnią się między sobą nie tylko ilością jednostek międzynarodowych w zarejestrowanych produktach, ale co najważniejsze, wskazaniami i dawkowaniem, zależnym od wielu czynników i profilu pacjenta. Różnice w zarejestrowanych dawkach HDCz, w różnych wskazaniach terapeutycznych, odwołujący uwidocznił w przedstawionej w proteście tabeli, w odniesieniu do produktów występujących w obrocie pod nazwami handlowymi: Fragmin®, Fraxiparine® i Clexane®.

Podkreślił, że z uwagi na: budowę chemiczną, masę cząsteczkową, stosunek aktywności anty-Xa/anty-IIa, aktywności przeciwzakrzepowej anty-Xa, wszystkie trzy HDCz różnią się między sobą zasadniczo, a ponieważ uzyskane wyniki badań, wykazują także różnice w skuteczności i bezpieczeństwie różnych HDCz, zamienne stosowanie tych leków uznaje się za niewłaściwe zarówno w zaleceniach i wytycznych, dotyczących profilaktyki i leczenia przeciwzakrzepowego. Wobec powyższego 100.000.000 j.m. aXa Fraxiparine nie jest równoważne pod względem farmaceutycznym, terapeutycznym i biologicznym z taką samą liczbą j. m. aXa Fragmin czy Clexane. Ponadto ze względu na różnice w stężeniu tych leków w 1 ampułkostrzykawce, ilość opakowań gotowych produktów nie będzie porównywalna.

W sytuacji określenia przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób wymuszający porównanie produktów z tej samej grupy terapeutycznej - jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, bezwzględnym wymogiem jest ich równoważność. W myśl definicji ustalonej przez Międzynarodową Organizację Zdrowia (WHO) o równoważności produktów leczniczych i tym samym ich porównywalności można mówić jedynie wówczas, gdy będzie zachodzić równoważność farmaceutyczna, biologiczna i terapeutyczna.

W myśl ustalonych definicji:

- leki są równoważne farmaceutycznie, jeżeli zawierają w tej samej postaci leku ten sam środek leczniczy w odpowiedniej dawce molowej, spełniający zdefiniowane normy i które są przeznaczone do podawania tą samą drogą. Równoważność farmaceutyczna nie gwarantuje równoważności terapeutycznej, gdyż różnice w zakresie substancji uzupełniających i procesu produkcyjnego mogą (niekiedy) spowodować różnice w działaniu leczniczym podanego leku,
- dwa środki farmaceutyczne są równoważne biologicznie, jeżeli są równoważne farmaceutycznie, a ich dostępności biologiczne po podaniu w tej samej dawce molowej są na

tylę podobne, że można oczekiwać od obu środków farmaceutycznych wywołania zasadniczo takich samych efektów terapeutycznych (klinicznych),

- dwa środki farmaceutyczne są równoważne terapeutycznie, jeżeli są równoważne farmaceutycznie i jeżeli po ich podaniu w tej samej dawce molowej ich efekty, zarówno w zakresie skuteczności jak i bezpieczeństwa są takie, jakich można było oczekiwać na podstawie odpowiednich badań biologicznych, działania farmakodynamicznego, efektów klinicznych, analizy chemicznej i farmaceutycznej.

Odwołujący posumował, że porównywanie i zamienne stosowanie heparyn drobnocząsteczkowych jest niezgodne z zaleceniami postępowania klinicznego i dokumentacją rejestracyjną producentów tych leków.

Nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, w ocenie odwołującego polega na tym, iż zamawiający nie określił w żaden sposób ilości HDCz w poszczególnych, zarejestrowanych dawkach (j.m.), co uniemożliwia wykonawcy zabezpieczenie odpowiedniej ilości konkretnego produktu na realizację zamówień.

Wadliwe zdefiniowanie sposobu wyliczenia ceny za część 161 zamówienia, zdaniem odwołującego polega na tym, że wymóg „oszacowania całkowitej ilość j.m, aXa na 100.000.000 oraz żądanie ceny jednostki odniesienia" zostały podane w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, co uniemożliwia sporządzenie nie tylko prawidłowej, konkurencyjnej ceny, lecz wręcz nie daje możliwości sporządzenia jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty. W szczególności zamawiający w ogóle nie określił ilości poszczególnych dawek zarejestrowanych preparatów (opakowań jednostkowych), co uniemożliwia:

- a) sporządzenie kalkulacji cenowej, gdyż ceny poszczególnych dawek są różne,
- b) zabezpieczenie odpowiedniej dla realizacji kontraktu ilości poszczególnych dawek HDcz.

Odwołujący przywołał zasadę, że opis przedmiotu zamówienia i sposób oceny ofert musi umożliwiać wybór oferty najkorzystniejszej, przy respektowaniu uregulowań ustawowych.

Odwołujący zarzucił, że zdefiniowanie przedmiotu zamówienia i sposobu wyliczenia ceny oferty w przedmiotowym przetargu przeczy powyższymi zasadom, jeśli się zwróci uwagę, iż:

- niższa cena abstrakcyjnej, nie występującej w praktyce jednostki odniesienia, nie zawsze oznacza niższą cenę dawki i zarejestrowanego opakowania jednostkowego, a tym samym niższego kosztu procedury profilaktyki lub leczenia; to z kolei stawia pod znakiem zapytania wybór oferty najkorzystniejszej,

- formularz cenowy i sposób wyliczenia ceny wymusza na wykonawcy podanie stawki i kwoty VAT-u dla towaru nie występującego w praktyce, z obrazą przepisów szczególnych co do sposobu ustalenia ceny towaru lub usługi. W związku z powyższym wykonawca, który chce brać udział w postępowaniu nie wie, które z HDCz ma zaoferować, aby móc wyliczyć cenę oferty. Tak skonstruowany sposób obliczenia ceny oferty w praktyce utrudnia wykonawcy przygotowanie rzetelnej oferty, skutkuje złożeniem nieporównywalnych ofert. Prowadzi to do sytuacji, że zamawiający przerzuca obowiązek określenia przedmiotu zamówienia na wykonawcę. W ocenie odwołującego, złożone oferty na część 161 zamówienia siłą rzeczy będą mniej lub bardziej abstrakcyjne.

Odwołujący podniósł, że niezgodność postanowień SIWZ ze wskazanymi przepisami, może uniemożliwić w przyszłości zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto wskazał, iż zachowuje interes prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej bowiem, gdyby nie stał temu na przeszkodzie wadliwy opis przedmiotu zamówienia, mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta rokowałaby uznanie za najkorzystniejszą, na dostawę produktów z grup heparyn drobnocząsteczkowych.

Dla wykazania swoich racji, odwołujący powołał się na dokumenty (publikacje) dotyczące stosowania heparyn w profilaktyce i leczeniu chorób zakrzepowo zatorowych.

Pismem doręczonym dnia 4 maja 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest, przez jego częściowe uwzględnienie. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że nie może zgodzić się z zarzutami dotyczącymi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest: art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, art. 2 ust. 5 tej ustawy. W przekonaniu zamawiającego, opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie 161 części – heparyna drobnocząsteczkowa do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo zatorowych, zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający uznał za bezpodstawną sugestię odwołującego rozdzielenia heparyn drobnocząsteczkowych na odrębne pakiety i odejście od zasady równoważności i porównywalności produktów, ponieważ w ocenie zamawiającego doprowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż użycie nazw międzynarodowych heparyn drobnocząsteczkowych, wskaże konkretny produkt i konkretnego producenta.

Zamawiający uznał za zasadny zarzut nieprecyzyjnego podania sposobu obliczenia ceny i tym samym braku możliwości określenia stawki i kwoty podatku VAT. W związku z powyższym, zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia na część 161 w zakresie zamawianych ilości i ich wyceny – w załączniku nr 4.161 SIWZ – formularzu asortymentowo cenowym.

Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą uzna ofertę z najniższą ceną maksymalnej dawki j.m. antyXa heparyny drobnocząsteczkowej (HDCz), zarejestrowanej do profilaktyki choroby zakrzepowo zatorowej (według danych z tabeli uzasadnienia protestu) pomnożoną przez zamawianą ilość dawek terapeutycznych, powiększoną o wartość podatku VAT. Stwierdził, że zakrzepica żył głębokich powikłana zatorowością płucną wymaga indywidualizacji farmakoterapii i wymaga przekazania pacjenta do ośrodka o wyższej referencyjności.

W odwołaniu wniesionym w dniu 13 maja 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w dniu 12 maja 2009 r., zarzuty protestu zostały podtrzymane w odniesieniu do:

1. naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i sprzeczny, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jako skutek wadliwego zdefiniowania przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie art. 2 pkt. 5 Pzp, przez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący ponownie wskazał na możliwość doznania uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia oraz wniosł:

1. o uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie części 161 – załącznik nr 4.161 – formularz asortymentowo cenowy, polegającej na określeniu rodzaju zamawianych heparyn przez ich odniesienie do nazw międzynarodowych oraz wskazanie ilości dawek w poszczególnych rodzajach.

W uzasadnieniu swoich żądań, odwołujący ponownie przytoczył argumentację podnoszoną w proteście. Uznał, że rozstrzygnięciem z dnia 4 maja 2009 r. zamawiający, co do zasady oddalił protest, uwzględniając jedynie zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, przez określenie sposobu obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku. Odwołujący przyznał natomiast okoliczność, że zamawiający w związku z częściowym uznaniem zarzutów protestu, dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pakietu nr 161 - załącznik nr 4.161 - formularz asortymentowo -

cenowy, precyzując łączną ilość dawek dla wszystkich rodzajów heparyn i sposób wyliczenia ceny.

W przekonaniu odwołującego, taki sposób rozstrzygnięcia protestu uzasadnia wniesienie odwołania, albowiem co do zasady, zdefiniowanie przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 161 nadal wyraża się sformułowaniem - "heparyna drobnocząsteczkowa do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo-zatorowych", co w ocenie odwołującego stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Takie zdefiniowanie przedmiotu zamówienia i odmowa dokonania wnioskowanych modyfikacji SIWZ, wynikająca z rozstrzygnięcia protestu świadczy o tym, że zamawiający bezpodstawnie zakłada równoważność wszystkich trzech produktów z grupy heparyn drobnocząsteczkowych (HDCz) dostępnych na rynku polskim t.j.: Nadroparinum calcicum (Fraxiparine), Enoxaparinum natricum (Clexane) i Dalteparinum natricum (Fragmin), czego nie potwierdzają wyniki badań na temat klinicznych zastosowań heparyn drobnocząsteczkowych. Odwołujący ponowił argumentację przytoczoną w proteście, z powołaniem się na poglądy wyrażone w załączonych wybranych fragmentach z publikacji dotyczących stosowania heparyn (opinia W. Marczyńskiego, pismo K. Zawilskiej z dnia 20.04.2004 r. artykuły: W. Tomkowski "Kliniczne zastosowania heparayn drobnocząsteczkowych"; "Profilaktyka i leczenie żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej "Konsensus Polski 2008 r.; A. Górecki i W. Marczyński "Zasady profilaktyki żyłnej (...)" ; K. Zawilska, Heparyny drobnocząsteczkowe. Najczęściej zadawane pytania," Zalecenia zawarte w dokumentach rejestracyjnych dla poszczególnych heparyn drobnocząsteczkowych, Międzynarodowe wytyczne ACCP 2008 (Hirsh J. "Guidelines for Antithrombotic Therapy. Eighth edition", 2008), Polskie wytyczne Profilaktyka i leczenie żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej: Konsensus Polski, zalecenia oparte na dowodach z badań naukowych oraz opiniach polskich ekspertów", Warszawa, 2007, Acta Angiologia 2007, vol113, supl. c, opracowania Kaliszan R. Podstawy biofarmacji i farmakodynamiki"-AMG, 2004.

W ocenie odwołującego, przedstawione argumenty świadczą, że porównywanie i zamienne stosowanie heparyn drobnocząsteczkowych jest niezgodne z zaleceniami postępowania klinicznego i dokumentacją rejestracyjną producentów tych leków. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 458/09 i KIO/UZP 460/09, w którym stwierdzono „w ocenie Izby oznacza to, że posłużenie się ogólnym sformułowaniem heparyna drobnocząsteczkowa i wskazaniem jedynie ilości jednostek międzynarodowych, nie pozwala na porównanie ofert wykonawców oferujących różne produkty lecznicze, w których składnikiem czynnym jest heparyna drobnocząsteczkowa, a w konsekwencji prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji ”.

Odwołujący wywodził, że z faktu nieporównywalności różnych rodzajów heparyn drobnocząsteczkowych, wynika że złożenie ofert na różne heparyny, będzie prowadzić do nieporównywalności tych ofert. W konsekwencji nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o przyjęte kryterium oceny ofert. Nie da się bowiem postawić znaku równości pomiędzy poszczególnymi ofertami, podającymi zróżnicowane leki - oparte o różne heparyny. Tym samym, jak ocenił odwołujący, wadliwe zdefiniowanie przedmiotu zamówienia - niemożność porównania złożonych ofert prowadzi do obrazy art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp, tj. określenia sposobu wyliczenia ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z treści ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami (2009/S 70 – 1011456, 2009/S 98 – 140563), specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami i modyfikacjami w odniesieniu do części 161, z protokołu postępowania, oszacowania przedmiotu zamówienia, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, kart charakterystyki produktów leczniczych, umów zawartych między odwołującym a zamawiającym na dostarczanie heparyn drobnocząsteczkowych z 20.03.2009 r. i z 8.03.2007 r. Izba nie dopuściła dowodów, z przedłożonych publikacji – opisów charakterystyki heparyn i zaleceń dla ich stosowania w odniesieniu do różnych jednostek chorobowych. Izba prowadzi postępowanie dowodowe w odniesieniu do zarzutów naruszenia procedury przetargowej, zatem dowody te były zbędne dla rozpoznania sprawy. Ponadto zamawiający przyznał podnoszone okoliczności związane ze stosowaniem w profilaktyce i terapii heparyn drobnocząsteczkowych, w szczególności co do tego, że występujące w obrocie produkty lecznicze zawierające heparyny różnią się między sobą ilością j. m, wskazaniami zastosowania i innymi istotnymi elementami, a więc nie zachowują równoważności farmaceutycznej, biologicznej i terapeutycznej, z tych względów, zgodnie z art. 188 ust. 5 Pzp, okoliczności przyznane nie wymagały przeprowadzenia dowodu. Jak podano wyżej, Izba nie ocenia produktu leczniczego, ani wskazań do jego stosowania, zadaniem Izby jest rozpatrywanie zarzutów na naruszenia procedur przetargowych, dlatego okoliczność, która podlegała rozpatrzeniu – to dokonany opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do części 161, w aspekcie możliwości sporządzenia i złożenia oferty oraz podania ceny, na zasadach porównywalnych między poszczególnymi wykonawcami.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione przez pełnomocników do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, określone w art. 187 ust. 4 Pzp.

Termin na złożenie ofert wyznaczony został do dnia 9 czerwca 2009 r. (zmiana ogłoszenia Nr 2009/S9 4 -140563).

Rozpatrując sprawę w granicach żądań protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu 2009/S 70-101456 w sekcji II.1.5 podaje kod CPV 24416000-3. Zamówienie składa się ze 189 części, z których każda stanowi oddzielny przedmiot zamówienia. Szczegółowy opis zamówienia znajduje się w załącznikach do SIWZ, m.in. (nr 4.161 na część 161). Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty równoważnej, tj. asortymentu, który jest tożsamy z przedmiotem zamówienia – ma tą samą nazwę międzynarodową, jak również dopuszcza złożenie oferty na preparaty konfekcjonowane w innych ilościach niż określone w przedmiocie zamówienia z odpowiednim przeliczeniem ilości. Część (pakiet) 161 obejmuje dostawy heparyny drobnocząsteczkowej do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo zatorowych – za jednostkę odniesienia uznaje się 1000 j.m. anty – Xa o stosunku aktywności anty –Xa/anty –IIa wynoszącej 5. Przeliczenie należy wykonać według podanego wzoru: $5 / \text{anty-Xa/anty-IIa} = \text{jednostka odniesienia}$. Zamawiający dopuścił zaoferowanie preparatu w postaci ampułko-strzykawki lub fiolek. Podana jednostka AXa służy do rozliczeń i została podana w tysiącach ze względu na brak możliwości zapisu w pakiecie wartości jednej jednostki, wynoszącej poniżej 1 grosza w przypadku zaoferowania preparatu w postaci ampułkostrzykawek. Wykonawca zobowiązuje się do stosowania leku w pełnym zakresie dawek handlowych (w zależności od wycenionego preparatu). W przypadku zaoferowania leku w opakowaniu wymagającym fasowania jednostek należy uwzględnić w cenie wartości pakietu odpowiednie ilości: Mini – Spike V, strzykawki precyzyjne „tuberkulinówki” 1ml z podziałką co 0,1 ml z igłą minimum 27 G.

Cytowane wyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, powtórzone zostały w części II.2, II.3, II.4; SIWZ; formularz oferty – pakiet 161 załącznik nr 4.161 – formularz asortymentowo cenowy, obejmujący pozycje: nazwa międzynarodowa ogólna, nazwa oferowanego preparatu: ilość jednostek międzynarodowych AXa x tys (100 000); cena jednostki odniesienia netto; wartość netto, stawka VAT, wartość brutto; producent. Ze zdefiniowaniem jednostki odniesienia jak w ogłoszeniu. W załączniku nr 3 do SIWZ – wzorze umowy § 4 przewidziano, że za realizację zamówienia zamawiający zobowiązuje się zapłacić wynagrodzenie zgodne z cenami zawartymi w załączniku nr 1 do umowy – formularzu

cenowo asortymentowym. Z załącznika nr 1 do SIWZ, odrębnego formularza ofertowego dla części 161 zamówienia wynika, iż winna być podana cena netto i brutto wymienionego pakietu. Stosownie do postanowień rozdziału XIII SIWZ jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena.

W związku z częściowym uznaniem protestu, zamawiający zmienił formularz cenowo asortymentowy na część 161 zamówienia, gdzie podał: kod CPV, nazwę międzynarodową produktu leczniczego, jako heparynę drobnocząsteczkową do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo zatorowych, następnie podał przykładowe (konkretnie występujące na rynku preparaty, które mogą zostać zaoferowane. Jako przykładowe oznaczenia handlowe wymienił: Fraxiparine, Clexane, Fragmin, Fraksodi. Ilość dawek terapeutycznych - czyli maksymalnych dawek j.m. antyXa zarejestrowanych do profilaktyki choroby zakrzepowo zatorowej, z przeliczeniem podanej w zamieszczone w tym formularzu tabeli nr 1 ilość dawek terapeutycznych - określił na 20 000. Wykonawca miał podać cenę dawki terapeutycznej netto i brutto, podatek VAT, wartość netto i brutto zamówienia. Wskazał, że wykonawca ma podać dla oferowanego preparatu (zakres jednostek) - maksymalne dawki terapeutyczne j.m. antyXa wg. zamieszczonej tabeli porównawczej nr 1 dla: Fraxiparine – 5700 j.m. (0,6 ml), Clexane – 40 mg, Fragmin – 5000 j.m., Określił postać dawek terapeutycznych w formie ampułko – strzykawk lub fiolek o oznaczonej pojemności.

Zamawiający podał zatem ogólną nazwę międzynarodową produktu leczniczego, jako heparynę drobnocząsteczkową do profilaktyki i terapii chorób zakrzepowo zatorowych, następnie podał przykładowe – konkretnie nazwy handlowe występujących na rynku preparatów, które mogą zostać zaoferowane, (dopuszczył również ogólnie do wszystkich części zamówienia, zaoferowanie produktów równoważnych). Wskazał, że wykonawca ma podać dla oferowanego preparatu (zakres jednostek) - maksymalne dawki terapeutyczne j.m. antyXa zarejestrowane do profilaktyki choroby zakrzepowo – zatorowej. Określił ilość dawek terapeutycznych w postaci ampułko – strzykawk lub fiolek o oznaczonej pojemności. Zamawiający przyznał, że nie dokonał zmiany ogłoszenia w taki sam sposób jak zmodyfikował SIWZ.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący podnosił niejednoznaczność i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który w jego ocenie prowadzi do braku możliwości złożenia ofert o porównywalnym charakterze. Z tych względów Izba uznała, że odwołujący wykazał interes prawny w domaganiu się zmian kwestionowanych postanowień SIWZ, skoro zamierza złożyć ofertę na

część 161 zamówienia, a tym samym ziściła się przesłanka materialnoprawna upoważniająca do wniesienia odwołania, wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ust. 2 tegoż artykułu zakazuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Obowiązek przygotowania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia obciąża zamawiającego. Dokonany opis winien być całkowity, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek przeliczeń. Wykonawca chcący uczestniczyć w postępowaniu, nie ma obowiązku wyręczania zamawiającego w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Powinien otrzymać kompletne i szczegółowe wytyczne co do przygotowania oferty, ponieważ jest to nieodzowny warunek przeprowadzenia prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, przekłada się na oznaczanie w poszczególnych ofertach nietożsamego zakresu dostaw, a w konsekwencji prowadzi do nieporównywalności ofert, czego następny skutkiem jest naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców, przy dokonywaniu oceny tak sporządzonych ofert. Kwestia niedopuszczalności stosowania zamienników heparyny przy leczeniu określonych schorzeń, czy zależności stosowania tego leku od indywidualnego profilu pacjenta, powinna być poza zasięgiem zainteresowania dostawcy leków. To zamawiający jest placówką medyczną, prowadzącą leczenie, zatem z założenia wie jakie leki nadają się do zastosowania w określonych wskazaniach i powinien określić dokładnie jakie leki zamierza nabyć w ramach zamówienia – zgodnie z oznaczeniami występującymi w obrocie, a jeżeli na rynku istnieją zamienniki, jako produkty lecznicze równoważne winien określić dokładnie zasady uznania leku za równoważny. Na wykonawcy ciąży w tym zakresie, zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że informacje podane przez zamawiającego w opisie prowadzą do braku możliwości sporządzenia oferty lub do złożenia ofert, których wzajemne konkurowanie napotyka na utrudnienia.

W ocenie Izby, odwołujący uprawdopodobnił, iż opis przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazywany fakt istnienia różnic pomiędzy lekami zawierającymi heparynę został potwierdzony kartami charakterystyk produktów leczniczych, zawierającymi dane dotyczące poszczególnych leków odnoszące się do ich zastosowań medycznych i dawkowania i nie jest negowany przez zamawiającego. Definicje - ilości substancji czynnej, w tym przypadku heparyny, w produkcie leczniczym wyrażonej w jednostkach międzynarodowych, - moc biologiczna produktu, - czy ilość

produktów leczniczych wyrażona w dawkach, wynikają z ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. nr 45, poz. 271 ze zm.), gdzie w art. 2 ustawodawca zdefiniował, że aktywnością biologiczną produktu leczniczego - jest siła działania jego substancji czynnej lub substancji czynnych, wyrażona w jednostkach międzynarodowych lub biologicznych, natomiast mocą produktu leczniczego - jest zawartość substancji czynnych wyrażona ilościowo na jednostkę dawkowania, jednostkę objętości lub masy, zależnie od postaci farmaceutycznej. Z definicji jednostki międzynarodowej wynika, iż jest to miara hamowania aktywności czynnika krzepnięcia Xa (ilość substancji czynnej w 1 μmol/min w 1 litrze). Z powyższych ustaleń wynika, że ilość jednostek międzynarodowych nie przekłada się bezpośrednio na dawkę terapeutyczną. Strony zgodnie przyznały, że na rynku polskim dostępne są heparyny o nazwach międzynarodowych: dalteparyna, enoksaparyna, nadroparyna, (natricum, enoxaparinum natricum i nadroparinum calcicum), w ramach których oferowane są różne leki pod nazwami handlowymi nadanymi im przez producentów np.: Fraxiparine, Fragmin, Clexane, Fraxodi, Clivarin. Dany produkt leczniczy może mieć różną ilość jednostek międzynarodowych w dawce, w zależności od producenta, wskazań medycznych jego stosowania, rodzaju dawki (w formie ampulek, ampułkostrzykawk, fiolek). Izba uwzględniła także informacje, że jednostka międzynarodowa jest uzależniona, w przypadku heparyn od czynnika aktywnego hamującego białka Xa, natomiast przy określaniu jednostki międzynarodowej nie jest brany pod uwagę czynnik aktywny hamujący białko IIa – takie informacje znajdują potwierdzenie w kartach charakterystyki produktów. Ponadto z kart charakterystyk wynika, że wskazane wyżej rodzaje heparyn drobnocząsteczkowych z powodu różnej aktywności biologicznej nie muszą być równoważne i nie należy ich stosować zamiennie. Karty charakterystyk potwierdzają także, że nie znajdujący odzwierciedlenia w jednostce międzynarodowej czynnik aktywny wpływający hamująco na białko IIa, ma znaczenie dla określenia zastosowań medycznych oraz dawkowania. Izba stwierdziła, że wymaganie podania dawki terapeutycznej, wyrażonej w jednostkach międzynarodowych, nie pozwala na określenie porównywalnej ilości zamawianych preparatów w ramach konkretnego zamówienia. Z art. 15 ust. 6 cyt. ustawy Prawo farmaceutyczne wynika, że aby móc porównać produkty lecznicze i uznać je za odpowiedniki należy odnieść się do składu jakościowego i ilościowego produktu, tej samej postaci farmaceutycznej oraz biorównoważności potwierdzonej badaniami biodostępności. W ocenie Izby oznacza to, że posłużenie się ogólnym sformułowaniem heparyna drobnocząsteczkowa i wskazaniem jedynie ilości dawek terapeutycznych, zdefiniowanych przez zamawiającego jako maksymalna dawka j.m. antyXa, zarejestrowana do profilaktyki choroby zakrzepowo

zatorowej, w efekcie sprowadza się do tego samego, czyli podania ilości jednostek międzynarodowych, zamiast ilości zamawianego leku o oznaczonych właściwościach, formach stosowania, opakowaniach jednostkowych, ze wskazaniem objętości czy masy jako wielkości dawek tych leków, występujących w obrocie. Dawka terapeutyczna nie występuje w oddzieleniu od leku, który ją zawiera i jako taka oddzielnie nie posiada ceny. W tym przypadku zakłada się więc uśrednienie cen dawki terapeutycznej leków o zróżnicowanym składzie i właściwościach. Izba podzieliła punkt widzenia odwołującego, że dokonany opis przedmiotu zamówienia, nie pozwala na porównanie ofert wykonawców oferujących różne produkty lecznicze, w których składnikiem czynnym jest heparyna drobnocząsteczkowa, a w konsekwencji prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Przepis art. 29 ust. 3 Pzp, co do zasady zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia i innych oznaczeń podających konkretny produkt lub stosowania opisu wskazującego na konkretny produkt. Nie można jednak podzielić stanowiska zamawiającego, iż jest to zakaz bezwzględny. Ustawodawca toleruje bowiem taki opis, gdy uzasadnia go specyfika przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, pod warunkiem jednakże dopuszczenia produktów równoważnych, co zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego postępowania. Pojęcie równoważnej oferty jest różne od pojęcia równoważności leku, zdefiniowanego na gruncie prawa farmaceutycznego. W takim przypadku opis przedmiotu zamówienia może nastąpić przez wskazanie nazw konkretnych produktów leczniczych z podaniem ich ilości, których nabycie w ramach postępowania planuje zamawiający. Wówczas obowiązkiem zamawiającego, jest wyczerpujące opisanie jakie produkty uzna za równoważne, aby wykonawca był zdolny wykazać wymienioną równoważność, do czego zobowiązuje go art. 30 ust. 5 Pzp. W ramach określenia warunków równoważności, zamawiający może żądać aby wykonawca wykazał, iż oferowany produkt leczniczy zawiera określoną ilość dawek terapeutycznych, sprowadzających się do ilości maksymalnych dawek j.m. antyXa, zarejestrowanych do profilaktyki choroby zakrzepowo zatorowej w formach równoważności leku, zdefiniowanych na gruncie Prawa farmaceutycznego. Taki sposób sprecyzowania przedmiotu zamówienia nie narusza postanowień art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zakazującego opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie nazw handlowych czy marek wyrobów. Stanowisko odwołującego zostało sprecyzowane na rozprawie – podał on, że nie postuluje nakazania modyfikacji SIWZ przez odniesienie do nazw handlowych produktów, znaków towarowych czy marek, ale do nazw międzynarodowych produktów leczniczych, które nie wskazują na

konkretnego producenta, ale na sposób pozyskania heparyny – jej rodzaj wraz z oznaczeniem ilości zamawianych opakowań. Izba podziela argumentację odwołującego, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp nie daje podstaw do odstąpienia przez zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, bez względu na to, czy na etapie składania ofert, zamawiający zna swoje zapotrzebowanie na rodzaje heparyn w okresie realizacji umowy. Nie jest rolą wykonawcy, wkraczanie w opis przedmiotu zamówienia, czy uszczegóławianie tego opisu w ramach składanej oferty, ponieważ prowadzi to do utrudnienia uczciwej konkurencji. Na wykonawcę nie może być nakładany obowiązek przeliczeń dawek terapeutycznych przy pomocy j.m. antyXa zarejestrowanych maksymalnych dawek dla profilaktyki choroby zakrzepowo zatorowej. Wykonawca nie musi mieć wiedzy na temat maksymalnych dawek zarejestrowanych dla profilaktyki i terapii choroby zakrzepowo zatorowej i nie ma obowiązku za zamawiającego doprecyzowywać opisu przedmiotu zamówienia i przeliczać ilości leku zawartej w opakowaniu różnych leków występujących w obrocie na dawki terapeutyczne, z zastosowaniem podanych w tym przedmiocie wskazówek. Ponadto przedmiotem postępowania jest wybór oferty w celu nabycia określonych leków, a więc zawarcie umowy cywilnoprawnej z dostawcą, w ramach której essentialia negotii umowy stanowi konkretny przedmiot świadczenia i jego ilość. Brak dokładnego określenia tych nieodzownych elementów w ofercie, może uniemożliwiać zawarcie umowy o realizację zamówienia. Sposób ukształtowania warunków zamówienia wskazuje, iż dopiero na etapie realizacji umowy, zamawiający ma zamiar określać ilość i rodzaj leku w doraźnych zapotrzebowaniach, (które wykonawca zgodnie z wzorem umowy – § 2, zobowiązany jest zrealizować w ciągu 48 godzin). Modyfikacja SIWZ dokonana przez zamawiającego w związku z rozstrzygnięciem protestu w dniu 4 maja 2009 r., nie uczyniła w ocenie Izby zadość żądaniom odwołującego, albowiem nie wyeliminowała zasadniczej przyczyny wniesienia środka ochrony prawnej, to jest nie wyeliminowała wymagania, aby ilość zamawianych heparyn była podana w ilościach dawek terapeutycznych, z przeliczeniem tych dawek na maksymalne dawki jednostki międzynarodowej antyXa, zarejestrowanej dla profilaktyki danej jednostki chorobowej. Podanie wyłącznie ogólnej nazwy międzynarodowej leku, w tym przypadku jako heparyny, bez podania konkretnych nazw międzynarodowych - rodzajowych, nie daje możliwości ich ilościowego ani wartościowego określenia, w takiej postaci w jakiej leki te występują w obrocie. Sam zamawiający przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, dokonał obliczeń w oparciu o lek oznaczany w obrocie – nazwą Fraxiparine. Dla leków zamawianych w ramach innych części tego postępowania – jako ilość zamawiana – występuje ilość opakowań ze wskazaniem nazwy międzynarodowej leku. Także

w dopuszczonych jako dowody, uprzednio zawieranych umowach stron (również poprzednika prawnego Zamawiającego), podana jest nazwa międzynarodowa konkretnej heparyny, ilość j.m. w dawce leku, ilości jednostkowe i ilość opakowań, co dawało wykonawcom możliwość sporządzenia i złożenia prawidłowej i porównywalnej oferty. W ocenie Izby, zamawiający modyfikacją SIWZ przyznał zasadność twierdzeń odwołujących w kontekście potrzeby sprecyzowania przedmiotu zamówienia w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ofert, z tym, że dokonana modyfikacja nie wyeliminowała nieprawidłowości.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadny zarzut, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia sporządzenie ofert i skalkulowanie ceny oraz wbrew dyspozycji normy art. 7 ust. 1 Pzp prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż sporządzone oferty z założenia stałyby się nieporównywalne.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, o tyle zasługuje na uwzględnienie, o ile nawiązuje do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż art. 2 pkt 5 Pzp, zawiera jedynie definicję ustawową najkorzystniejszej oferty.

Izba uznała, że opis sposobu obliczenia ceny powinien być dokonany w taki sposób, aby był on wykonalny przez wykonawców na etapie przygotowywania ofert. Wymaganie określenia zamiast ilości leku w występujących w obrocie opakowaniach jednostkowych czy zbiorczych i postaciach dostosowanych do sposobu użycia, tj. podania ilości dawek terapeutycznych, wyliczonych według wskazań zawartych w formularzu cenowo ofertowym, sprowadzających się finalnie do podania ilości jednostek międzynarodowych antyXa heparyny drobnocząsteczkowej nie znajduje podstaw. Ceny winny się odnosić do oferowanych przez wykonawców towarów, w opakowaniach jednostkowych, czy zbiorczych i postaci używania, a nie do dawek terapeutycznych. Tak samo można mówić o cenie netto, czy brutto konkretnego leku występującego w obrocie, a nie o cenie dawki terapeutycznej, fizycznie nie występującej w takiej formie w obrocie. Ponadto zamawiający oczekiwał obliczenia ceny oferty na część 161 zamówienia przez wykonanie działania arytmetycznego polegającego na pomnożeniu 20 000 dawek terapeutycznych przez ceną dawki terapeutycznej netto dodania kwoty podatku VAT i podania całkowitej ceny oferty brutto, co powodowałoby, że cena ma charakter abstrakcyjny, nie znajdujący pełnego odzwierciedlenia w przedmiocie oferty, która powinna być składana na konkretny lek. Dodatkowo wskazać należy, że rozliczenia stron

miały być oparte właśnie o cenę dawki terapeutycznej, sprowadzającej do maksymalnej dawki jednostek międzynarodowych antyXa zarejestrowaną do profilaktyki choroby zakrzepowo zatorowej.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 Pzp przez dokonanie opisu sposobu obliczenia ceny, dla dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, przez jej odniesienie do wartości niedookreślonych. Konsekwencją tych ustaleń jest stwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zasadę równego traktowania wykonawców i utrudnił złożenie oferty na zasadach konkurencyjnych, a więc nie przestrzegał reguł prowadzenia postępowania według wskazań ustawy.

Biorąc to pod uwagę Izba na podstawie art. 191 ust.1 i 1a, ust. 2 pkt 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

(...)

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06

(Oddalenie skargi Komisji Wspólnot Europejskich dotyczącej uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przez Republikę Federalną Niemiec na podstawie art. 226 WE.).

Orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07

W orzeczeniu z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 ETS stwierdził, że:

- 1) Artykuł 1 ust. 9 akapit drugi lit c) hipoteza pierwsza 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, powinien być interpretowany w ten sposób, że **finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy działalność powszechnych kas chorych jest finansowana zasadniczo ze składek obciążających członków, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad prawa publicznego takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym**. Takie powszechne kasy chorych muszą być uznane za podmioty prawa publicznego, a zatem instytucje zamawiające dla celów stosowania reguł tej dyrektywy.
- 2) Gdy przedmiotem mieszanego zamówienia publicznego są jednocześnie produkty i usługi kryterium, które należy zastosować w celu ustalenia, czy dane zamówienie należy uznać za zamówienie na dostawy czy za zamówienie na usługi, jest **wartość produktów i usług zawartych w zamówieniu**. W przypadku udostępnienia towarów wyprodukowanych i dostosowanych do indywidualnych potrzeb każdego klienta, i w zakresie korzystania z których każdy klient powinien uzyskać indywidualne porady, konfekcjonowanie tych towarów musi zostać zaszeregowane w części „dostawy” danego zamówienia, dla celów obliczenia wartości każdego jego składnika.
- 3) W sytuacji, gdy świadczenie usług przeważa w przypadku danego zamówienia nad dostawą produktów, umowę, taką jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym, zawarta pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą, w której

określono wynagrodzenia za różnego rodzaju świadczenia oczekiwane od przedsiębiorcy, oraz okres stosowania umowy, przy czym przedsiębiorca ten zobowiązuje się do wykonania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy o nie wystąpią a dana kasa jest ze swej strony jedynym dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia za świadczenia tego przedsiębiorcy, **należy uważać za „umowę ramową”** w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18.

ANALIZY SYSTEMOWE

Czas trwania postępowania, liczba składanych ofert oraz wartości zamówień w postępowaniach o wartości powyżej progów UE

na podstawie danych z ogłoszeń opublikowanych w Dz.U. UE w terminie od 01.01.2009 r. do 23.05.2009 r.

1. Czas trwania postępowania

Jak wynika z ogłoszeń opublikowanych w badanym okresie przez polskich zamawiających w Dzienniku Urzędowym UE, przeciętny czas trwania postępowania o wartości powyżej progów unijnych, liczony od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu do daty udzielenia zamówienia wskazanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, wyniósł 103 dni (w 2008 roku – 93 dni).

Średnio najkrócej trwały postępowania prowadzone w trybie przetargu ograniczonego – 85 dni. Dla poszczególnych trybów wskaźnik ten kształtował się następująco:

- przetarg nieograniczony – 103 dni (rok 2008 – 84 dni),
- przetarg ograniczony – 85 dni (rok 2008 – 136 dni),
- negocjacje z ogłoszeniem – 122 dni (rok 2008 – 148 dni),
- dialog konkurencyjny – 184 dni (rok 2008 – 231 dni).

W odniesieniu do rodzaju zamówienia najkrócej trwały postępowania, w których zamawiano usługi – 73 dni. W podziale na rodzaj zamówienia przeciętny czas trwania postępowania kształtował się następująco:

- roboty budowlane – 136 dni (w roku 2008 także 136 dni),
- dostawy – 111 dni,
- usługi – 73 dni.

Ogólnie na podstawie opublikowanych ogłoszeń można stwierdzić, że najkrócej trwały zamówienia na usługi udzielane w trybie przetargu nieograniczonego – 71 dni. Poniżej

zamieszczono dane dotyczące średniego czasu trwania postępowania w zależności od rodzaju i trybu udzielenia zamówienia:

Tryb zamówienia	Średni czas trwania postępowania (w dniach)			
	Roboty budowlane	Dostawy	Usługi	Średnio
Przetarg nieograniczony	121	112	71	103
Przetarg ograniczony	203	83	79	85
Negocjacje z ogłoszeniem	430	195	107	122
Dialog konkurencyjny		286	161	184
Średnio	136	111	73	103

2. Liczba składanych ofert

Jak wynika z 7.311 ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych przez polskich zamawiających w badanym okresie, przeciętnie, w jednym postępowaniu, wpływało do zamawiającego 2,51 oferty.

Najwięcej ofert wpływało w postępowaniach na roboty budowlane – 4,76. W postępowaniach, w których przedmiotem były dostawy składano średnio 2,25 oferty, natomiast na usługi – 3,05 oferty.

Ogółem największą grupę postępowań stanowiły zamówienia, w których wykonawcy składali tylko jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu – 46%, przy czym w zależności od rodzaju zamówienia odsetek ten kształtował się na różnym poziomie. Poniżej zamieszczono zestawienie odsetka postępowań, w których wykonawcy składali odpowiednią liczbę ofert w zależności od rodzaju zamówienia:

Liczba złożonych ofert	Odsetek postępowań, w których wykonawcy składali odpowiednią liczbę ofert			
	Roboty budowlane	Dostawy	Usługi	Ogółem
1	15,92%	42,22%	56,64%	46,34%
2	12,31%	26,00%	16,36%	22,98%
3	9,31%	15,80%	7,61%	13,27%
4	14,71%	7,83%	5,11%	7,07%
5 i więcej	47,75%	8,14%	14,29%	10,33%
Razem	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

3. Wartość zamówienia a cena oferty wybranej

Jak wynika z opublikowanych w badanym okresie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, średnio cena oferty wybranej stanowiła nieco ponad 89% (w roku 2008 – 90%) wartości, którą zamawiający oszacował wszczynając postępowanie.

W 69% (w roku 2008 – 60%) postępowań wartość ta była wyższa od ceny oferty wybranej, natomiast w 23% (w roku 2008 także 23%) przypadków zamawiający nie doszacował wartości zamówienia i cena oferty wybranej była wyższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Zamawiający najbardziej przeszacowywali wartość zamówień w postępowaniach na roboty budowlane – średnio o 19% (w roku 2008 – 4%), natomiast najmniej wartość zamówień na dostawy – średnio o 10% (w roku 2008 – 11%). W przypadku usług średnio wartość zamówienia była wyższa o 12% w stosunku do ceny oferty wybranej (w roku 2008 – 8%).

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 30.06.2009

I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	70 816	6 207	77 023
O udzieleniu zamówienia	76 374	9 305	85 679
O konkursie	51	23	74
O wynikach konkursu	39	44	83
O zmianie ogłoszenia	12 044	3 348*	15 392
O koncesji na usługi / roboty budowlane	9	11	20
Informacyjne o planowanych zamówieniach		358	358
RAZEM	159 333	19 296	178 629

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	38%	6%
Dostawy	34%	57%
Usługi	28%	37%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,68%	93,26%
Przetarg ograniczony	0,88%	5,24%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,12%	1,16%
Dialog konkurencyjny	0,05%	0,34%
Licytacja elektroniczna	0,27%	-

Kryteria oceny ofert
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	94%	87%	87%	90%
Cena i inne kryteria	6%	13%	13%	10%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	24%	3%
Dostawy	34%	36%
Usługi	42%	61%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	68,31%	73,32%
Przetarg ograniczony	0,65%	4,56%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	4,01%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,44%	18,05%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,06%
Wolna ręka	25,40%	-
Zapytanie o cenę	4,99%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,13%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	24,3 mld zł
-------------------------	--------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	62%
Dostawy	20%
Usługi	18%

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

Zamówienia udzielone według województw

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	7%
kujawsko-pomorskie	5%	6%
lubelskie	5%	4%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	6%	7%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	18%	14%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	5%	7%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	12%	10%
świętokrzyskie	3%	5%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	9%
zachodniopomorskie	4%	4%

Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	4,6%
Administracja rządowa terenowa	2,4%
Administracja samorządowa	58,9%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,3%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,9%
Uczelnie publiczne	3,3%
Podmiot prawa publicznego	0,2%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	10,1%
Inny	15,4%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,98%
Administracja rządowa terenowa	3,50%
Administracja samorządowa	44,76%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,41%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,05%
Uczelnie publiczne	5,33%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	16,48%
Zamawiający sektorowy	1,19%
Inny	19,30%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	15,09%	22,14%	62,77%
Administracja rządowa terenowa	7,55%	34,59%	57,86%
Administracja samorządowa	37,11%	14,79%	48,10%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	12,99%	43,29%	43,72%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	6,76%	45,12%	48,12%
Uczelnie publiczne	10,62%	54,85%	34,52%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	5,06%	68,29%	26,65%
Zamawiający sektorowy	0,69%	55,30%	44,01%
Inny	14,06%	40,62%	45,32%

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	55,90	0,54	0,00	0,22	0,00	35,90	7,28	0,16
Administracja rządowa terenowa	61,77	0,38	0,00	0,48	0,14	25,55	11,24	0,43
Administracja samorządowa	69,18	0,57	0,05	0,50	0,01	25,92	3,63	0,14
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	63,21	0,67	0,06	0,24	0,00	30,41	5,35	0,06
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	44,79	0,44	0,11	0,33	0,00	27,16	27,05	0,11
Uczelnie publiczne	59,78	0,18	0,02	0,33	0,00	29,51	10,08	0,11
Podmiot prawa publicznego	64,91	0,00	0,00	0,29	0,29	26,02	8,48	0,00
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	83,36	0,99	0,03	0,25	0,00	13,43	1,94	0,00
Inny	63,42	0,83	0,11	0,56	0,05	28,44	6,42	0,16

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	1	1 x dostawy	brak danych
Belgia	4	4 x usługi	2 333 250 EUR
Czechy	2	2 x dostawy	1 776 969 EUR
Estonia	2	2 x dostawy	4 733 559 EUR
Grecja	1	1 x dostawy	5 000 EUR
Litwa	5	5 x dostawy	5 997 802 EUR
Luksemburg	7	7 x usługi	9 913 000 EUR
Łotwa	1	1 x usługi	235 000 EUR
Portugalia	1	1 x dostawy	469 500 EUR
Węgry	2	2 x dostawy	3 696 379 EUR
Razem	26	14 x dostawy 12 x usługi	29 160 459 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – ilość kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Australia					1	4 500 000			1	4 500 000
Austria			1	3 256 764	3	310 749			4	3 567 513
Belgia			2	1 589 525					2	1 589 525
Chorwacja					1	2 746 045			1	2 746 045
Czechy			5	301 134 227	10	19 983 017			15	321 117 243
Cypr			3	13 023 750					3	13 023 750
Dania					4	662 917			4	662 917
Estonia			1	24 888 000					1	24 888 000
Finlandia			2	239 126 734	1	10 274 315			3	249 401 049
Francja			4	18 827 676	7	17 053 886			11	35 881 562
Hiszpania	1	1 259 105 333			5	12 661 701			6	1 271 767 034
Holandia			6	13 403 802	4	32 915 292			10	46 319 094
Irlandia			2	5 132 200	2	40 031 010			4	45 163 210
Izrael			1	812 000					1	812 000
Niemcy	1	153 278 689	22	206 827 016	9	385 715 923	1	15 890	33	745 837 518
Norwegia					1	1 000 000			1	1 000 000
Słowacja			1	3 586 318					1	3 586 318
Szwajcaria			12	14 921 161	1	1 705 000			13	16 626 161
Szwecja			2	2 742 607			1	0	3	2 742 607
Ukraina			1	2 880 000					1	2 880 000
USA			3	1 085 588	3	218 764 668			6	219 850 256
Węgry					1	2 904 000			1	2 904 000
Wielka Brytania			56	11 076 773	11	74 558 300			67	85 635 073
Razem	2	1 412 384 022	139	887 135 542	65	827 201 964	2	15 890	208	3 126 737 418

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

II. KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba – 2009 r.	
Wszczęte	31	
Zakończone	31	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	18	58%
Stwierdzono naruszenia	13	42%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	23%
ponowna ocena	0	0%
uchybień formalne	10	77%

Kontrole następne

Kontrole	Liczba – 2009 r.	
Wszczęte	73	
Zakończone	68	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	13	19%
Stwierdzono naruszenia	55	81%
W tym: zawiadomienie RDFP	27	49%

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

Kontrole	Liczba – 2009 r.	
Wszczęte	27	
Zakończone	15	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	7	47%
Stwierdzono naruszenia	8	53%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	3	38%
uchybień formalne	5	62%
Zawiadomienie RDFP	1	12%

II. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba - 2009 r.	
Wniesiono ogółem	886	
Brak wpisu	45	
Rozpatrzone ogółem*	791	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Odrzucone	109	14%
Umorzone postępowanie	84	10%
Oddalone	353	45%
Uwzględnione	245	31%

* - uwzględniono odwołania, które wpłynęły w roku 2008, a zostały rozpatrzone na początku roku 2009

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2009 r.	2008 r.
Roboty budowlane	36%	38%
Dostawy	27%	34%
Usługi	37%	28%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2009 r.	2008 r.
Liczba wniesionych skarg	161	140
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	20%	18%

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka Joanna Orzeł
Renata Dzikowska Anna Łagocka
Urszula Krynicka Paweł Trojan
Izabela Rzepkowska Piotr Zabadeusz
pod kierunkiem Anity Wichniak Olczak

KONTAKT:

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