

Błędy w obszarze zamówień publicznych.

11 lip 2013 14:22

Szanowni Państwo,

w związku z przekazaniem przez ARiMR pisma znak DDD-09111-7/WPiK-MZd-12 z dnia 28.06.2013 r. w sprawie ustaleń z misji audytowych przeprowadzonych przez ETO wskazujące na występowanie w obszarze zamówień publicznych poważnych błędów skutkujących nieprawidłowościami w wyborze wykonawców, w szczególności w zakresie części postępowania opisanej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję np. poprzez wskazanie na konkretną markę czy producenta. Zapoznanie się z załączoną informacją w znacznym stopniu ułatwi Państwu przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych i umożliwi uniknięcie pojawiających się dotychczas uchybień, które w konsekwencji mogą prowadzić do uznania części kosztów niekwalifikowalne.

W dniu 05.07.2013r do WPROW wpłynęło pismo ARiMR znak DDD-09111-7/WPiK-MZd-12 z dnia 28.06.2013r w sprawie ustaleń z misji audytowych przeprowadzonych przez ETO wskazujące na występowanie w obszarze zamówień publicznych poważnych błędów skutkujących nieprawidłowościami w wyborze wykonawców, w szczególności w zakresie części postępowania opisanej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję np. poprzez wskazanie na konkretną markę czy producenta. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy 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. W myśl ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wreszcie zgodnie z ust. 3 przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Widać zatem wyraźnie, iż art. 29 ust. 3 ustawy PZP stanowi wyjątek od zasady zakazującej opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazana norma prawna nakazuje opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Kwestią ocenną jest więc uzasadnienie możliwości zastosowania w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia produktów. Przede wszystkim ocenić należy, czy w każdym przypadku ich użycia było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i czy Zamawiający nie mógł opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Wystąpienie obydwu powyższych przesłanek łącznie (konjunktja) warunkuje możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust 3 ustawy PZP. Dodatkowo, wyjątek od zasady zawsze podlega ścisłej, zawężającej interpretacji.

Ustawodawca, co do zasady, w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje również dokonywania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wskazuje jednak, że zamawiający może oprzeć opis przedmiotu zamówienia na znakach towarowych, patentach, pochodzeniu produktu w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką danego zamówienia i zamawiający nie może w inny sposób opisać jego przedmiotu. Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi to powinien tak postąpić. Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp może być realizowane zatem tylko po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, iż konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt bądź jego element inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania.

Mając na uwadze powyższe rozważania, zakładając, iż Zamawiający był uprawniony do dokonywania opisu przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych, można wyodrębnić potencjalne sytuacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące zagadnienia równoważności.

1. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przy użyciu nazw własnych i znaków towarowych nie dopuszczając rozwiązań równoważnych.
2. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przy użyciu nazw własnych i znaków towarowych dopuszczając rozwiązania równoważne.
3. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przy użyciu nazw własnych i znaków towarowych dopuszczając rozwiązania równoważne i szczegółowo określając w jaki sposób będzie oceniał równoważność.

Pierwsza i trzecia z przedstawionych powyżej sytuacji nie nastręcza wątpliwości. Pierwsze zachowanie jest niezgodne z art. 29 ust. 3 PZP i stanowi naruszenie ustawy. Działanie zamawiającego polegające na opisie przedmiotu zamówienia poprzez

wskazanie konkretnego znaku towarowego lub producenta przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia przedmiotów lub rozwiązań równoważnych, w każdym przypadku należy traktować jako naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, godzące w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Natomiast opisane w trzeciej sytuacji zachowanie Zamawiającego należy uznać za prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy PZP.

Opisana zaś w pkt. 2 sytuacja wymaga szczegółowego rozważania. Chodzi bowiem o budzące wiele kontrowersji zagadnienie związane z równoważnością tj. istnienie obowiązku, czy też jego braku, opisywania przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) warunków uznania zaoferowanego produktu, rozwiązania za równoważne.

W oficjalnej opinii Urzędu Zamówień Publicznych znajdującej się na stronie www.uzp.gov.pl [1], w której stwierdzono, że 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. 3 PZP, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 PZP, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

W orzecznictwie KIO można dostrzec bardziej liberalne podejście do omawianej kwestii. Akcentuje się w nim że oczywiście, pożądane byłoby określenie uznania zaproponowanego rozwiązania za równoważne, w stosunku do opisywanego przez zamawiającego, jednakże brak opisu minimalnych warunków, które muszą być spełnione, aby zamawiający uznał zaproponowane rozwiązanie, produkt za równoważny nie uniemożliwia rozstrzygnięcia postępowania i dokonania wyboru, nawet mimo uchybienia temu obowiązkowi. W wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2009 roku (KIO/UZP 967/09) stwierdzono, iż brak jest w Ustawie przepisu, który wprost nakładałby na zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Niemniej wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert uznaje się co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, (art. 7 ust. 1 ustawy PZP), a nadto przepisu art. 29 ust. 2 ustawy PZP zakazującego opisu przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Z kolei w wyroku KIO z dnia 13 kwietnia 2012 roku (KIO 629/12) podkreślono, iż ewentualne niedokładne i niewystarczające określenie warunków równoważności w opisie przedmiotu zamówienia, nie stanowi przyczyny uniemożliwiającej wybór najkorzystniejszej oferty, nie uniemożliwia składania ofert i nie przekreśla ich porównywalności w takim zakresie w jakim porównywalność ta w SIWZ jest zakładana i dopuszczalna. Zadaniem zamawiającego w trakcie oceny ofert, który interpretując i stosując postanowienia własnej SIWZ, winien stwierdzić czy otrzymane oferty są zgodne z wymaganiami, które w SIWZ wyraził (a nie z postanowieniami, które chciał wyrazić, albo wydawało mu się, że wyraził).

W przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów PZP w zakresie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie na konkretny znak towarowy (markę czy producenta), przy uwzględnieniu zasad opisanych powyżej, zachodzą przesłanki do wykluczenia z kosztów kwalifikowanych kosztów związanych z tymi elementami przedmiotu zamówienia, które zostały opisane w sposób niedopuszczalny zgodnie z pismem ARiMR z dnia 05.02.2013r. (znak DDD-695-5/WPiK-BU/13).

Załączniki

https://prow.archiwum-wzp.pl/sites/default/files/files/12514/82423700_1412980864_opis_predmiotu_zamwienia_a_kwalifikowalno1.pdf
Pismo ARiMR z dnia 05.02.2013r., znak DDD-695-5/WPiK-BU/13
https://prow.archiwum-wzp.pl/sites/default/files/files/12514/97240600_1412980864_ustalenia_ETO.pdf
Pismo ARiMR z dnia 28.06.2013r., znak DDD-09111-7/WPiK-MZd/13

Adres źródłowy: https://prow.archiwum-wzp.pl/wiadomosci/prow-2007-2013/bledy-w-obszarze-zamowien-publicznych?mobile_switch=mobile#comment-0

Linki

[1] <http://www.uzp.gov.pl>