

Podstawowe zasady stosowane przy opisie przedmiotu zamówienia

MARZENA JAWORSKA

Prawidłowe sporządzenie przedmiotu zamówienia jest jednym z głównych czynników wpływających na przebieg postępowania i efektywność udzielanych zamówień. Powinien być dokonany przez osoby dysponujące specjalistyczną wiedzą, w tym w razie potrzeby przy wykorzystaniu doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców podczas prowadzonych konsultacji rynkowych. W postępowaniach wieloetapowych do jego wypracowania dochodzi podczas prowadzonych negocjacji lub dialogu z wykonawcami.

Podstawowe zasady opisu przedmiotu zamówienia określone zostały w art. 99 nowego Pzp¹. Przepis ten stanowi doprecyzowanie dotychczasowej regulacji, zawartej w art. 29 ust. 1–3 i 3b oraz art. 30 ust. 7 obecnej ustawy², czyniąc ją bardziej zrozumiałą i przyjazną w stosowaniu. Wyrażone w nim reguły znajdują zastosowanie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, niezależnie od jego rodzaju czy wartości. Stanowią one realizację naczelnych zasad udzielania zamówień: przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

OPIS JEDNOZNACZNY I WYCZERPUJĄCY

Art. 99 ust. 1

Opis przedmiotu zamówienia jest podstawowym elementem warunków zamówienia, w rozumieniu art. 7 pkt 29 nowego Pzp. Determinuje krąg wykonawców zdolnych do złożenia oferty, kształtuje istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz stanowi punkt odniesienia na etapie badania zgodności ofert z warunkami zamówienia.

Przepis art. 99 ust. 1 nowego Pzp, tak jak obecny art. 29 ust. 1, wymaga dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dla spełnienia wymogu jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia konieczne jest użycie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Opis przedmiotu zamówienia nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych. Wyczerpujący opis powinien uwzględniać wszystkie wy-

magania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności określać zakres zamówienia. Są one wiążące dla wykonawców i zamawiającego i nie mogą być zmieniane na etapie badania ofert, a odstąpienia na etapie realizacji zamówienia mogą stanowić o niedopuszczalnej zmianie umowy.

Informacje zawarte w opisie przedmiotu zamówienia muszą pozwalać wszystkim wykonawcom na jednakowe, pełne i precyzyjne zidentyfikowanie wymagań zamawiającego (w kontekście ich indywidualnych możliwości należytego wykonania zamówienia), a także na złożenie porównywalnych ofert, zgodnych z warunkami zamówienia i prawidłowo wycenionych.

Jako niedopuszczalny należy zatem uznać opis przedmiotu zamówienia zbyt ogólny, niedookreślony co jego zakresu lub wymagań zamawiającego, niepozwalający na oszacowanie kosztów i ryzyka wykonania zamówienia.

Spełnienie tego wymogu powinno być oceniane przy uwzględnieniu okoliczności, że opis przedmiotu zamówienia kierowany jest do podmiotów profesjonalnie oferujących na rynku określone roboty budowlane, dostawy lub usługi, będące przedmiotem zamówienia. Jednocześnie, zgodnie z regułą *in dubio contra proferentem*, wszelkie niejasności, dwuznaczności zawarte w opisie przedmiotu zamówienia powinny być na etapie badania ofert rozstrzygane na korzyść wykonawców. Również zasada przejrzystości, wyrażona w art. 16 pkt 3 nowego Pzp, sprzeciwia się wyciąganiu negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niespełnienia przez niego wymagań, które nie zostały w sposób wyraźny określone w dokumentach zamówienia lub które budzą wątpliwości.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.).

² Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

OKREŚLENIE WYMAGANYCH CECH PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA **Art. 99 ust. 2**

W ślad za art. 42 ust. 1 zd. 2 i 3 dyrektywy 2014/24/UE³ oraz art. 60 ust. 1 zd. 2 i 3 dyrektywy 2014/25/UE⁴ przepis art. 99 ust. 2 nowego Pzp wymaga określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cech dostaw, usług lub robót budowlanych. Mogą się one odnosić w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia. Czynniki te, wymienione w ust. 2 jedynie jako przykładowe, nie muszą być istotnym elementem przedmiotu zamówienia. Muszą być jednak z nim związane oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Tym samym ustawodawca pozostawił zamawiającemu duży zakres swobody w określeniu wymaganych cech przedmiotu zamówienia. Zamawiający, uwzględniając własne potrzeby i zakładany efekt wykonania zamówienia, może zatem określić wymagane cechy danego przedmiotu zamówienia odnoszące się, np. do jego stanu w momencie nabycia lub realizacji, metody produkcji, wybranych faz jego cyklu życia, nawet jeśli nie są one istotnym elementem zamówienia, ale mają znaczenie dla zamawiającego.

Granice swobody w określaniu wymaganych cech wyznacza obowiązek:

- 1) zapewnienia związku stawianych wymagań z przedmiotem zamówienia (jego istotą i indywidualnymi właściwościami), a także
- 2) zachowania właściwej proporcji wymagań w stosunku do uzyskania oczekiwanego efektu z wykonania przedmiotu zamówienia oraz jego wartości (kosztów poniesionych nie tylko w związku z nabyciem przedmiotu zamówienia, ale też w poszczególnych jego cyklach życia).

Oznacza to, że zamawiający nie może wymagać cech zbędnych lub niemających znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć nabycie przedmiotu zamówienia lub cech pożądanых, ale nieproporcjonalnych do jego wartości.

WSPÓLNY SŁOWNIK ZAMÓWIENI **Art. 99 ust. 3**

Tak, jak na gruncie obecnie obowiązującej ustawy (art. 30 ust. 7), do opisu przedmiotu zamówienia należy sto-

sować nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Wspólny Słownik Zamówień (CPV – *Common Procurement Vocabulary*) stanowi jednolity system klasyfikacji udzielanych zamówień publicznych.

Celem jego (CPV) stosowania jest standaryzacja terminologii wykorzystywanej przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiających.

Wspólny Słownik Zamówień stosuje się do wszystkich zamówień publicznych. Obecnie Wspólny Słownik Zamówień obowiązuje w kształcie nadanym przez rozporządzenie Komisji (WE) Nr 213/2008 z 28.11.2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz.Urz. UE L Nr 74, s. 1), które stosuje się od 15.09.2008 r.

ZACHOWANIE ZASADY UCZCIWEJ KONKURENCJI **Art. 99 ust. 4**

Art. 99 ust. 4 nowego Pzp uszczegóławia, znany na gruncie art. 29 ust. 2 obecnej ustawy, zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Ta generalna zasada również wyznacza granice swobody zamawiającego podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że – co do zasady – każdy opis przedmiotu zamówienia zawęży konkurencję, ograniczając krąg wykonawców ubiegających się o pozyskanie zamówienia do tych, którzy są w stanie zrealizować określone zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający własne potrzeby i nastawiony na uzyskanie zakładanego efektu. W szczególności może wymagać nowoczesnych rozwiązań, wysokiej jakości, funkcjonalności czy parametrów przedmiotu zamówienia, a także zapewnienia określonych aspektów społecznych lub środowiskowych. Nie

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94 z 28.03.2014 r., s. 65 ze zm.).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94 z 28.03.2014 r., s. 243 ze zm.).

ma przy tym obowiązku dopuszczać wszystkich wykonawców, którzy oferują na rynku określone dostawy, usługi lub roboty budowlane, ale niespełniające jego wymagań. W szczególności okoliczność, że dany wykonawca nie posiada w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, odpowiadającego wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, nie przesądza o tym, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji.

Wymagania formułowane w opisie przedmiotu zamówienia muszą być jednak obiektywnie uzasadnione potrzebami zamawiającego, neutralne w stosunku do wykonawców (nieprowadzące do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy), niedyskryminujące potencjalnych wykonawców i niepowodujące nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o pozyskanie zamówienia.

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza on krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, bez umocowania tego opisu w obiektywnych potrzebach zamawiającego, należy uznać za utrudniające uczciwą konkurencję.

Jako szczególny przypadek opisu przedmiotu zamówienia, mogącego naruszyć uczciwą konkurencję, art. 99 ust. 4 nowego Pzp traktuje dokonanie opisu przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przepis ten oznacza zakaz stosowania wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretny produkt lub usługę świadczoną przez konkretnego wykonawcę, uprzywilejowując go lub uniemożliwiając innym złożenie oferty.

Zasada ta stanowi transpozycję na grunt prawa krajowego wytycznych wyrażonych w motywie 74 dyrektywy 2014/24/UE oraz motywie 83 dyrektywy 2014/25/UE. Prawodawca unijny wskazał w nim na obowiązek sporządzania specyfikacji technicznych w sposób umożliwiający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję, wobec czego powinny być one tak opracowywane, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, że wyrażony w art. 99 ust. 4 nowego Pzp zakaz nie dotyczy jedynie

przypadków używania oznaczeń bezpośrednio wskazujących na konkretny produkt lub usługę konkretnego wykonawcy, np. poprzez wymaganie zaofierowania określonej marki czy producenta. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będzie również opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem w sposób pośredni na konkretny produkt lub wykonawcę. Będzie tak w przypadku takiego dobrania przez zamawiającego zespołu wymaganych parametrów, cech czy funkcjonalności, które mogą być spełnione w całości wyłącznie przez zaofierowanie konkretnego produktu lub mogą być przedmiotem świadczenia jedynie konkretnego wykonawcy.

Wyrażony w tym przepisie zakaz nie ma jednak charakteru bezwzględny. W ściśle określonych sytuacjach zamawiający może wymagać zaofierowania konkretnego produktu, wskazanego z nazwy lub przez wskazanie producenta, lub usługi wykonanej przez konkretnego wykonawcę, jeżeli wynika to z braku możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego w inny sposób. W takim przypadku konkurencja może być zawężona do wykonawców będących pośrednikami lub przedstawicielami określonego producenta, a nawet mogą wystąpić przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

WSKAZANIE ZNAKÓW TOWAROWYCH, PATENTÓW LUB POCHODZENIA, ŹRÓDŁA LUB SZCZEGÓLNEGO PROCESU [Art. 99 ust. 5](#)

Art. 99 ust. 5 nowego Pzp określa warunki opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Skorzystanie z tej możliwości zostało uzależnione od:

- 1) braku możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, przy czym wykazanie tej okoliczności obciąża zamawiającego, oraz
- 2) równoczesnego dopuszczenia możliwości zaofierowania równoważnych produktów lub rozwiązań, poprzez zawarcie towarzyszącego wskazaniu określenia: „lub równoważny”.

Wyjaśnić przy tym należy, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie na konkretny produkt lub usługi świadczone przez konkretnego wykonawcę stanowi wyjątek od:

- 1) zasady opisywania przedmiotu zamówienia w sposób określony w przepisach art. 101–103 nowego Pzp oraz
- 2) zasady wyrażonej w art. 99 ust. 4 nowego Pzp, traktującej taki opis przedmiotu zamówienia jako utrudniający uczciwą konkurencję.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, może posłużyć się wskazaniem na konkretny produkt lub usługę świadczoną przez konkretnego wykonawcę, jeżeli opis przedmiotu zamówienia sporządzony w sposób określony w przepisach art. 101–103 nowego Pzp nie byłby wystarczająco precyzyjny i zrozumiały.

W pierwszej kolejności powinien zatem dążyć do określenia wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych. Dopiero w przypadku ustalenia, że możliwe do określenia parametry przedmiotu zamówienia nie są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia a zamawiającemu udzielenie zamówienia, zamawiający może sięgnąć po wskazania na konkretne produkty lub usługi świadczone przez konkretnego wykonawcę. Wskazania takie w żadnym wypadku nie mogą być stosowane jako alternatywne wobec podstawowych sposobów opisu przedmiotu zamówienia ani ich zastępować.

KRYTERIA SŁUŻĄCE OCENIE RÓWNOWAŻNOŚCI Art. 99 ust. 6

Jeżeli zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, zobowiązany jest dopuścić produkt lub usługi równoważne do wskazanych. W takim przypadku art. 99 ust. 6 nowego Pzp wyraźnie zobowiązuje do określenia w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności zaoferowanych w postępowaniu produktów lub usług w stosunku do wskazanych przez zamawiającego. Na gruncie obecnie obowiązującej ustawy zamawiający również jest zobowiązany wskazać takie kryteria. Obowiązek ten nie wynika jednak wprost z przepisów, a jedynie wywodzony jest z konieczności zapewnienia wykonawcom złożenia porównywalnych ofert, możliwych do zbadania pod względem ich zgodności z określonymi w postępowaniu wymaganiami. Wpisanie *expressis verbis* do nowego Pzp tej powinności z pewnością przyczyni się do właściwego stosowania tej regulacji.

Nieokreślenie tych kryteriów, przy jednoczesnym dopuszczeniu równoważności produktów lub usług, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niedopuszczalne jest również ogólne określenie, że jako rozwiązania równoważne będą traktowane te, których parametry lub właściwości nie są gorsze od wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Produkt równoważny, już z samej nazwy, nie stanowi produktu tożsamego, identycznego z wymaganym w opisie przedmiotu zamówienia. Dlatego też takie ogólne określenie czyni jedynie pozornym dopuszczenie produktów lub usług równoważnych, uniemożliwiając faktyczne ich zaoferowanie.

Zamawiający zobowiązany jest zatem do precyzyjnego wskazania, które z wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia cech, parametrów, funkcjonalności mają dla niego znaczenie na tyle istotne, by mogły decydować o równoważności.

PRZENIESIENIE PRAW WŁASNOŚCI INTELKTUALNEJ LUB UDZIELENIE LICENCJI

Art. 99 ust. 7

W art. 99 ust. 7 nowego Pzp zawarto regulację tożsamą z dotychczasowym art. 29 ust. 3b, będącą przeniesieniem na grunt prawa krajowego regulacji określonej w art. 42 ust. 1 zd. 4 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 60 ust. 1 zd. 4 dyrektywy 2014/25/UE. Wskazana w nim została możliwość określenia w opisie przedmiotu zamówienia konieczności przeniesienia przez wykonawcę praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji dotyczących przedmiotu zamówienia.

Efektom realizacji zamówienia mogą być bowiem dobra o charakterze niematerialnym, podlegające ochronie przez przepisy prawa autorskiego lub prawa własności przemysłowej. W takim wypadku zamawiający powinien zapewnić sobie możliwość faktycznego korzystania z efektów zamówienia poprzez przeniesienie odpowiednich praw w zakresie zgodnym z celem udzielenia zamówienia oraz odpowiednim do jego specyfiki.



MARZENA JAWORSKA

Radca prawny, wieloletni praktyk w dziedzinie zamówień publicznych, uczestnik i wykładowca konferencji i szkoleń dotyczących zamówień publicznych, autorka i współautorka wielu publikacji eksperckich,

w tym komentarza do Prawa zamówień publicznych, Wydawnictwa C.H. Beck, współnik JMGJ Jaworska, Matusiak, Grześkowiak, Jarnicka Kancelaria Prawna sp. j.