

KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

„Kubacki & Kubacki” s.c.

radca prawny Czesław Kubacki radca prawny Dominik Kubacki

58-500 Jelenia Góra ul. Groszowa 7, tel. (fax) 075 6474004

e-mail: dkubacki@radcakubacki.pl

RADA MIEJSKA GMINY
LUBOMIERZ
59-623 3151, 075 783 3166
tel. 075 783 3151, 075 783 3166
fax 075 783 3166

Jelenia Góra, dnia 2 kwietnia 2019 r.

Opinia prawna

w zakresie dokonania analizy prawnej petycji, która wpłynęła do biura RM Gminy Lubomierz od przedsiębiorców

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również zamówień dokonywanych na podstawie art. 4 pkt 8 upzp, nie wolno zastrzegać, bez konkretnego powodu uzasadnionego konkretnym zamówieniem, aby podmiot wykonujący zamówienie albo jego część miał siedzibę na terenie danej gminy.

Zamawiający musi zachować zasadę uczciwej konkurencji - naczelną zasadę obowiązującą przy udzielaniu zamówień publicznych, która została wyrażona w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wykonawca powinien dobrze zrealizować zamówienie.

Istotą prawidłowego wykonania umowy nie jest bowiem miejsce siedziby jego wykonawcy ale sposób jej realizacji. Z punktu widzenia zamawiającego istotne powinny być więc kwestie związane ze specyfiką zamówienia np. z czasem reakcji Wykonawcy, sposobem zgłaszania problemów i zasadami kontaktów pomiędzy stronami, zasadami (procedurami) przeglądu i napraw przedmiotu zamówienia, itd. itp.

Zasady te wynikają wprost z art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych (zwaną dalej: pzp) i są fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania wskazanych zasad tak w fazie przygotowywania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opracowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, przygotowując warunki konkursu, powołując komisję przetargową lub sąd konkursowy, zamawiający musi więc postępować tak, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i w przyszłości równo traktować wszystkich wykonawców.

Obowiązek przestrzegania omawianych zasad ciąży także na zamawiającym w trakcie prowadzenia postępowania (w każdym trybie).

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji jest jednym najczęstszych zarzutów podnoszonych przez wykonawców w stosowanych przez nich środkach ochrony prawnej. Zasada ta ma wpływ na postępowanie zarówno na etapie jego przygotowywania, jak i prowadzenia. Jednakże szczególną uwagę należy zwrócić na regulacje odnoszące się do określania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, które wymagają bezwzględnego stosowania zasady uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tak więc opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest w stosunku do niego proporcjonalny, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie ma oczywiście obowiązku dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym takich które będą niezdolne do realizacji w należyty sposób. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 roku, XII Ga 143/09, niepubl.: *„Przepisy Ustawy nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia”*. Zamawiający musi tak określić warunki udziału w postępowaniu, aby nie naruszając zasady uczciwej konkurencji, zamówienie zostało wykonane zgodnie z uzasadnionymi oczekiwaniami zamawiającego.

Zasadę uczciwej konkurencji należy mieć również na uwadze przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający przy formułowaniu zapisów SIWZ nie może posługiwać się sformułowaniami lub parametrami, które wskazywałyby na konkretny wyrób, produkt, czy też wykonawcę. Ponadto należy wskazać, iż wykonawca nie musi udowadniać, że określenia odnoszące się do przedmiotu zamówienia faktycznie naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Wystarczające jest jedynie wskazanie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez sformułowanie niezgodnego z przepisami pzp opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2010 roku (KIO/UZP 961/10): (...) *Zgodnie z ugruntowaną w dotychczasowym orzecznictwie Izby opinią, dla uznania, iż Zamawiający naruszył powołany przepis,*

wystarczającym jest jedynie wykazanie, iż opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony Odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Zamawiający, poprzez poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym, w ocenie Izby, jest jedynie wskazanie, iż opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić. (...)

Najczęstszymi przypadkami naruszania zasady uczciwej konkurencji są: dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, określanie parametrów kupowanego sprzętu w taki sposób, że spełnia je tylko jeden producent czy dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych, wygórowanych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

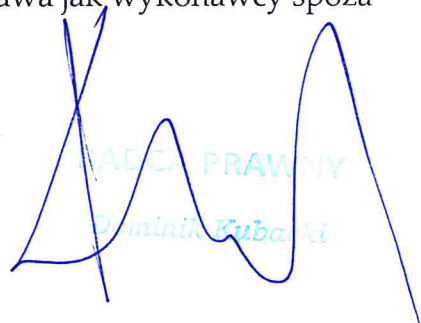
Z zasadą uczciwej konkurencji nierozłącznie związana jest zasada równości, zwana również zasadą równego traktowania ubiegających się o zamówienie.

Zgodnie z tą zasadą wszystkich wykonawców należy traktować na równych zasadach, z zachowaniem tożsamyh kryteriów wobec wszystkich. Zamawiającemu nie może zastosować wymagań, które będą preferować określonego wykonawcę, np. poprzez postawienie warunku posiadania doświadczenia w realizacji zamówień na rzecz konkretnego zamawiającego.

Zasada ta obowiązuje zarówno na etapie stawiania warunków udziału w postępowaniu, jak również podczas oceny złożonych ofert czy wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zasada równego traktowania oznacza zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców ze względu na ich status prawny. Aktualna pozostaje teza wyroku Sądu Najwyższego z 13 grudnia 1999 r., gdzie Sąd Najwyższy stwierdza, iż: *z reguły równości i uczciwej konkurencji wynika, że o zamówienie publiczne zasadniczo może ubiegać się każdy, nawet osoba nieprowadząca zawodowej działalności gospodarczej, jeżeli tylko spełnia ustawowe lub indywidualnie wyznaczone przez zamawiającego warunki.*

Z zasady równości wynika również nakaz równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie ze względu na siedzibę wykonawcy i jego właściwości. Wykonawcy krajowi mają takie same prawa jak wykonawcy spoza Polski.



A handwritten signature in blue ink is visible at the bottom right of the page. The signature is stylized and appears to be 'Dominik Kubacki'. Behind the signature, there is a faint, light blue watermark that reads 'KANCELARIA PRAWNA Dominik Kubacki'.