

Jowita Sawczuk

Czy wprowadzenie „dialogu technicznego” będzie narzędziem stymulującym innowacyjność w zamówieniach publicznych? – głos w dyskusji

Wstęp

Rozwój państwa czy regionu zależy w wielkim stopniu od wprowadzania do gospodarki rozwiązań nowoczesnych, innowacyjnych. Współczesna gospodarka w coraz większym stopniu opiera się na nowatorskich rozwiązaniach i jedynie szybkie reagowanie na zmieniające się tendencje pozwala uczestnikom rynku na skuteczny udział w grze konkurencyjnej. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej¹ nakłada na organy administracji publicznej każdego szczebla obowiązek wspierania rozwoju przedsiębiorczości (art. 8 ust. 1 *in principio*) poprzez tworzenie korzystnych warunków wykonywania działalności, w tym warunków zachęcających do inwestowania w innowację swoich produktów i usług². To właśnie zamówienia publiczne mają być jednym z narzędzi służących do zwiększenia popytu na innowacje. Wielkość rynku zamówień publicznych (16% PKB³) Unii Europejskiej poprzez dokonywane zamówienia pozwala na stymulowanie rynku, a tym samym zachęca prywatne podmioty do inwestycji w innowacyjne rozwiązania, jak również zachęca inwestorów do zakupu nowych technologii. Czy jednak jest innowacyjność?

Pojęcie **innowacji** pochodzi z języka łacińskiego: *innovare* oznacza „tworzenie czegoś nowego”⁴. Słownik języka polskiego definiuje innowacyjność jako wprowadzenie innowacji, natomiast samą innowację jako wprowadzenie czegoś nowego lub też rzecz

¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.).

² K. Kula, *Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert przetargowych stymulatorem innowacyjności technicznej* [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. II, referaty na IV Konferencję Naukową 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny 2011, s. 41.

³ *Risk management in the procurement of innovation. Concepts and empirical evidence*, EUR 24229 EN, <http://ec.europa.eu/research/research-eu>, 2010, s. 9.

⁴ Słownik łacińsko-polski, <http://slowniki.seda.pl/polsko-lacinski.html>.

nowo wprowadzoną⁵. Literatura wielokrotnie zajmowała się definiowaniem pojęcia innowacyjności⁶, jednak największy wpływ na teorie innowacji miał J. Schumpeter, autor tzw. twórczej destrukcji (*creative destruction*), zgodnie z którą rozwój polega na niszczeniu starych struktur i nieprzerwanym tworzeniu nowych, bardziej wydajnych rozwiązań⁷. Autor określa innowację jako:

- 1) wprowadzanie nowych produktów lub ulepszanie już istniejących;
- 2) wprowadzanie nowych metod produkcji lub ulepszanie już istniejących (organizacja produkcji);
- 3) otwieranie nowych rynków zbytu;
- 4) zdobywanie nowych źródeł materiałów czy surowców naturalnych;
- 5) tworzenie nowych struktur rynkowych w ramach danego rodzaju działalności.

Zamówienia publiczne określane są jako instrumentarium, które można wykorzystać do wspierania badań i innowacji. Zamówienia mogą być zachętą dla podmiotów prywatnych do wydawania pieniędzy na badania naukowe, których wykorzystanie w nowych technologiach zostanie zakupione przez zamawiających. Konkurencja między oferentami przesuwają się więc z ceny na korzyść z zaproponowanych rozwiązań⁸. Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Gospodarki i Urzędu Zamówień Publicznych zamówienia publiczne są narzędziem wspierającym innowacyjność⁹ i zwiększającym potencjał przedsiębiorstw i gospodarki. W literaturze przedmiotu toczy się dyskusja dotycząca wykorzystania już istniejących możliwości, jak również wprowadzenia nowych rozwiązań, których celem ma być zwiększenie innowacyjności, a tym samym podniesienie konkurencyjności przemysłu¹⁰.

⁵ Słownik języka polskiego, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/innowacja>.

⁶ Według D. Beggia innowacje to zastosowanie nowej wiedzy w procesie produkcji (por. D. Begg, S. Fisher, R. Dornbush, *Makroekonomia*, Warszawa 1994, t. 2, s. 338); P. Drucker określił innowację „jako szczególne narzędzie przedsiębiorców, za pomocą którego ze zmiany czynią okazję do podjęcia nowej działalności gospodarczej lub do świadczenia nowych usług” (*Innowacja i przedsiębiorczość. Praktyka i zasady*, Warszawa 1992); E. Okoń-Horodyńska definiuje innowacje szeroko jako proces polegający na przekształcaniu istniejących możliwości w nowe idee i wprowadzanie ich do praktycznego zastosowania (E. Okoń-Horodyńska, wykłady *Polityka innowacyjna UE*, za: A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*, Warszawa 2010, s. 7).

⁷ J. Schumpeter, *Teoria rozwoju gospodarczego*, PWN, Warszawa 1960, s. 104.

⁸ European Commission, *Public Procurement for Research and Innovation. Developing procurement practices favourable to R&D and innovation*. Expert Group Report, Luxemburg 2005, s. 9.

⁹ *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, dokument został przyjęty przez Radę Ministrów dnia 8 kwietnia 2008 r.

¹⁰ I. Skubiszak-Kalinowska, M. Kulesza, *Innowacyjne zamówienia publiczne w Polsce – ekspertyza*, Warszawa 2011; J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. I i II – referaty na IV Konferencję Naukową, 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny 2011; B. Uliasz, *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2010.

1. Dialog techniczny jako instrument mający służyć zamówieniom innowacyjnym

Ustawa Prawo zamówień publicznych¹¹ (dalej: p.z.p.) w obecnym brzmieniu wskazuje instrumenty prawne wspierające innowacyjność, tym samym zwiększające potencjał przedsiębiorstw i gospodarki. Głównym jednak celem zamawiającego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i realizacja przedmiotu zamówienia. Zamawiający mają szereg środków prawnych, aby uzyskać jak największą efektywność przy wydatkowaniu środków publicznych¹². Najkorzystniejszą ofertą jest w świetle ustawy oferta z najniższą ceną albo oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 2 pkt 5 p.z.p.). Korzystny charakter oferty może zatem przejawiać się w obniżeniu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (efektywność zorientowana na koszty) lub w umożliwieniu w sposób najbardziej pełny realizacji celu tego zamówienia (efektywność zorientowana na zadanie)¹³. Rynek zamówień publicznych oparty jest na konkurencyjności, gdzie wykonawcy, konkurując między sobą, oferują rynkowi lepsze, tańsze, nowocześniejsze technicznie i technologicznie produkty, usługi realizowane z wykorzystaniem nowocześniejszych technologii¹⁴. Zaznaczyć przy tym należy, że wprowadzanie nowoczesnych rozwiązań niejednokrotnie wymaga przelamywania oporu zamawiających związanego z zachowawczym, konserwatywnym widzeniem rzeczywistości.

Obecnie do norm sprzyjających innowacyjności można zaliczyć między innymi możliwość stosowania dialogu konkurencyjnego (art. 60a i n. p.z.p.), rozwiązań wariantowych (art. 83 ust. 3 p.z.p.), opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych czy jakościowych (art. 30 ust. 6 p.z.p.) oraz kryteriów oceny ofert (art. 91 p.z.p.). Podkreślenia wymaga fakt, iż przepisy te w większości są zbieżne z instrumentami prawnymi promującymi innowacyjność przewidzianymi na gruncie prawa Unii Europejskiej, między innymi w dyrektywie 2004/18/WE¹⁵, jednakże w polskich regulacjach nadal brakuje „dialogu technicznego” przewidzianego w pkt 8

¹¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.

¹² A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na swobodę kontraktowania*, Bydgoszcz–Warszawa 2005, s. 37.

¹³ Por. H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2005, s. 41.

¹⁴ H. Nowicki, *System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność* [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. I – referaty na IV Konferencję Naukową, 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny 2011, s. 111.

¹⁵ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi

preambuły (analogicznie dyrektywa sektorowa 2004/17/WE¹⁶ w pkt 15 preambuły)¹⁷. Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych określają ramy prawne, a właściwie zasady, którymi mają się kierować ustawodawcy w państwach członkowskich przy tworzeniu krajowych regulacji zamówień publicznych. Analiza zapisów dyrektyw wskazuje, że większy nacisk położony jest na procedurę zakupu niż na to, co jest kupowanym towarem. Oznacza to, że zamawiający ma dużą swobodę w wyborze i określeniu przedmiotu zamówienia. Z jednej strony umożliwia to zakupy o niskiej jakości, z drugiej jednak daje możliwość zakupu produktów nowoczesnych poprzez stymulowanie inwestycji u oferentów¹⁸. Zgodnie z dyrektywą klasyczną (pkt 8 preambuły) przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje zamawiające mogą, przy wykorzystaniu dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji¹⁹.

Kolejna planowana nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych daje zamawiającemu możliwość skorzystania z instytucji dialogu technicznego, wskazując tę instytucję jako instrument, dzięki któremu zamawiający będą mogli dokonywać zamówień innowacyjnych. Ustawodawca proponuje dodanie art. 31a ust. 1²⁰, zgodnie z którym zamawiający przed wszczęciem postępowania może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań (proponowany art. 31a ust. 2). Projekt zakłada, że zamawiający o zamiarze skorzystania z dialogu technicznego będzie zobowiązany do poinformowania na swojej stronie internetowej (proponowany art. 31b), jak również zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, z którym związany był przeprowadzony uprzednio dialog techniczny (proponowany art. 31c). Koresponduje z tym uzasadnienie do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym dialog techniczny został opisany jako narzędzie, które pozwoli

(Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114; Dz. Urz. UE polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132, z późn. zm.).

¹⁶ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1; Dz. Urz. UE polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19, z późn. zm.).

¹⁷ Ch.H. Bovis, *The New Public Procurement Regime of the European Union: A Critical Analysis Policy, Law and Jurisprudence*, E.L. Rev. 2005, nr 30(5), s. 607–630; J.M. Heblly, *European public procurement: legislative history of the 'utilities' directive 2004/17/EC*, Wolters Kluwer 2008, s. 413.

¹⁸ European Commission, *Public Procurement for Research and Innovation. Developing procurement practices favourable to R&D and innovation*, Expert Group Report, Luxemburg 2005, s. 9.

¹⁹ S. Treumer, *Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal Treatment of Tenderers*, P.P.L.R. 1998, nr 8, s. 147.

²⁰ UZP, *Uzasadnienie do projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 7 marca 2012*, www.uzp.gov.pl.

na uzyskanie doradztwa w zakresie najlepszych, najnowocześniejszych i najkorzystniejszych technicznie, technologicznie, organizacyjnie i ekonomicznie rozwiązań mogących służyć realizacji potrzeb zamawiającego i być przedmiotem udzielanego zamówienia publicznego²¹. Co najważniejsze z punktu widzenia zamawiającego (dysponenta publicznych pieniędzy), zastosowanie dialogu technicznego może poprawić jakość i wydajność produktów oferowanych obywatelom poprzez wdrożenie innowacyjnych towarów i usług. Wprowadzone w ten sposób nowoczesne technologie mogą wejść do użytku w branżach prywatnych. Jak podkreśla się w literaturze, poprzez zakup innowacyjnych rozwiązań również inne cele (np. zrównoważony rozwój) mogą być osiągnięte²².

2. Wpływ dialogu technicznego na opis przedmiotu zamówienia jako kluczowego elementu specyfikacji

Poważnym mankamentem wpływającym na efektywność systemu zamówień publicznych jest niewłaściwe sprecyzowanie celu, dla którego realizowany jest przetarg. Stan taki powoduje późniejszą dowolność wyboru, nieporównywalność ofert albo otrzymanie przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego potrzebom zamawiającego. Niezwykle istotnym elementem całego procesu udzielania zamówienia jest zatem właściwie przygotowana dokumentacja przetargowa (specyfikacja istotnych warunków zamówienia – s.i.w.z.)²³. Prawo zamówień publicznych określa minimalną treść ogłoszenia i s.i.w.z.²⁴ S.i.w.z. jest więc nie tylko podstawowym, ale i najważniejszym dokumentem w postępowaniu przetargowym²⁵. Koresponduje z nim wyrażona w art. 7 p.z.p. zasada nakładająca na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasady te odnoszą się do każdego etapu postępowania, czyli do etapu poprzedzającego wszczęcie samego postępowania (dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 2 p.z.p.), ustalania warunków

²¹ *Ibidem*.

²² European Commission, *Public Procurement for Research and Innovation. Developing procurement practices favourable to R&D and innovation*, Expert Group Report, Luxembourg 2005, s. 9.

²³ A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne...*, s. 117.

²⁴ O relacjach między s.i.w.z. a ogłoszeniem wypowiedziała się KIO w wyroku z 2 czerwca 2010 r., KIO/UZP 939/10, podnosząc, że: „ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów s.i.w.z. nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać np. sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymieniając przy tym taki sam katalog dokumentów, które należy wraz z ofertą przedłożyć”. W tym samym orzeczeniu Izba podkreśliła, że: „zamawiający powinien dochować należytej staranności sporządzając obydwie dokumenty przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszelkie rozbieżności między s.i.w.z. a ogłoszeniem należy interpretować w sposób, który zagwarantuje realizację ww. zasad”.

²⁵ Zamawiający sporządza specyfikację w każdym z trybów udzielania zamówienia, z wyjątkiem zamówienia z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej.

udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 p.z.p.²⁶) oraz kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 1 pkt 3 p.z.p.), jak i do całego procesu związanego z prowadzeniem procedury i obejmującego etap od wszczęcia postępowania, wyjaśniania postanowień s.i.w.z., rozpatrywania środków ochrony prawnej, badania i oceny ofert (art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 p.z.p.), aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego²⁷. Do obowiązków organizatora postępowania należy jak najbardziej jasne²⁸ i dokładne sformułowanie w s.i.w.z. opisu przedmiotu zamówienia²⁹. Opis przedmiotu zamówienia nie tylko pozwala na identyfikację tego przedmiotu, ale również pełni funkcję normatywną jako składnik s.i.w.z.³⁰ Podkreślić należy, że zamawiający musi rozpocząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego od precyzyjnego określenia swoich oczekiwań i potrzeb. Jest to najbardziej newralgiczny moment w przetargu, gdyż determinuje on cały dalszy przebieg postępowania, wliczając w to wybór trybu, określenie wartości postępowania i możliwość składania ofert, również tych zawierających rozwiązania o charakterze innowacyjnym³¹. Na tym właśnie etapie znajduje zastosowanie dialog techniczny, który z założenia ma występować w sytuacji, gdy organizator przetargu nie ma wystarczająco rozległej i specjalistycznej wiedzy w zakresie nowych technologii czy innowacyjnych rozwiązań dostępnych na rynku. Dialog techniczny polega na zwróceniu się do profesjonalnych firm zewnętrznych wyspecjalizowanych w danym segmencie, tak aby najlepiej zbadać potrzeby zamawiającego i określić optymalne rozwiązania. Zaznaczyć jednak trzeba, że dyskusja zamawiającego z sektorem prywatnym nie jest trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i służy jedynie do określenia przedmiotu zamówienia³². W literaturze podkreśla się zalety, jakie daje dialog techniczny, wskazując przede wszystkim, że zamawiający uzyskuje informacje o dostępnych na rynku rozwiązaniach w zakresie m.in.: 1) przedmiotu zamówienia

²⁶ Poprzednio art. 22 ust. 2 zmieniony nowelą z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

²⁷ Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) regulowała tę kwestię w art. 16, który stanowił, że zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Natomiast odnośnie 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.

²⁸ Wyrok KIO z 7 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 434/10: „w przypadku gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień s.i.w.z., okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający, nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy”.

²⁹ Wyrok KIO z 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1648//09; wyrok KIO z 2 lutego 2011 r., KIO/122/11.

³⁰ Wyrok SO w Katowicach z 17 marca 2009 r., XIX Ga 72/08.

³¹ *Prawo europejskie. Dialog techniczny*, Informator UZP, nr 2–3/2012, s. 4, www.uzp.gov.pl.

³² M. Rutkowska, *Dialog techniczny jako instrument wspierania innowacyjności [w:] Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. II – referaty na IV Konferencję Naukową, 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny 2011.

czy 2) finansowych aspektach zamówienia³³. Przy czym zamawiający ma obowiązek czuwać, aby udział podmiotu trzeciego nie naruszył konkurencji.

Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 p.z.p.). Przedmiotu zamówienia nie można natomiast opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 p.z.p.)³⁴. Już sama możliwość³⁵ utrudnienia uczciwej konkurencji wskazuje, iż dla uznania naruszenia zakazu ustanowionego w powyższej normie prawnej wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji (tzw. dyskryminacja pośrednia³⁶), niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio³⁷. Do wskazania nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy zatem jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji³⁸. W przestrzeganiu zasady zachowania uczciwej konkurencji (a także zasady równości) etap formułowania opisu przedmiotu zamówienia ma znaczenie kluczowe, czemu ustawodawca dał wyraz, podkreślając w osobnym przepisie³⁹ zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 p.z.p.). Przedmiot zamówienia powinien zostać opisany poprzez podanie jego cech technicznych i jakościowych, przy użyciu jednoznacznych sformułowań, z odwołaniem się do powszechnie dostępnych standardów, w miarę możliwości z podaniem wielkości liczbowych charakteryzujących przedmiot zamówienia w celu maksymalnej obiekty-

³³ A. Soltysińska, J. Jerka, *Wykładnia przepisów prawa zamówień publicznych oraz wytycznych zawartych w dyrektywach w zakresie stosowania Nowego Podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2011, s. 81.

³⁴ Por. wyrok KIO z 20 marca 2009 r., KIO/UZP 285/09, 300/09: „(...) iż zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. 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”.

³⁵ Por. wyrok KIO z 1 października 2008 r., KIO/UZP 984/08; wyrok SO w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05.

³⁶ Przykładem dyskryminacji pośredniej jest użycie w opisie przedmiotu zamówienia wymogów oraz parametrów technicznych, których łączne zestawienie zawęży wybór zamawiającego do konkretnej marki i modelu samochodu osobowego (KN/3/09, KND/46/11); żądanie pojedynczego wymogu lub parametru technicznego powodującego, iż wymagania zamawiającego spełnia tylko konkretna marka i model samochodu osobowego (KN/91/08); żądanie określonych rozwiązań technicznych, które spełnia jedynie określony model samochodu osobowego (KN/79/09, KND/46/11).

³⁷ Przykładem dyskryminacji bezpośredniej jest opisanie przedmiotu zamówienia poprzez podanie nazw własnych wskazujących na konkretny produkt (KN/64/2007).

³⁸ *Opis przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP*, Informator UZP, lipiec 2009 (1), s. 34–35.

³⁹ Pismo UZP z 7 stycznia 2000 r., brak sygnatury, S. Podat. 2003, nr 12, poz. 19.

wizacji opisu⁴⁰. Wzmocnieniem zasady uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia jest ust. 3 art. 29 p.z.p., który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszy określenie „lub równoważne” lub inne równoznaczne wyrazy⁴¹. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu⁴².

Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych przedmiotu zamówienia lub wskazanie wymagań funkcjonalnych (art. 30 p.z.p.), w sytuacji m.in. wyboru rozwiązań niekonwencjonalnych dla zaspokojenia zindywidualizowanych potrzeb zamawiającego⁴³. Cechy techniczne i jakościowe przedmiotu zamówienia winny być określone przy zachowaniu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane lub normy innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Dalej przepisy art. 30 ust. 1–3 p.z.p. wymagają opisanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem norm, aprobat, specyfikacji i innych technicznych systemów odniesienia ustanowionych przez organy normalizacyjne, w określonej kolejności ich stosowania⁴⁴.

Korzystanie z przywołanych w omawianym artykule standardów jest przydatne przede wszystkim przy tworzeniu specyfikacji technicznych, gdyż standardy te są z założenia jednoznaczne i nie mają charakteru dyskryminującego. Warto zwrócić uwagę na fakt, że zamawiający ma dokonać opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem

⁴⁰ H. Strzelczyk, B. Chojecka, *Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik*, Warszawa 2004, s. 21.

⁴¹ Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Warszawie z 28 sierpnia 2008 r., RIO-IV-R-24/07-K-64/7, za: M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych*, Warszawa 2009, s. 194.

⁴² Często spotykanym błędem jest opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnych parametrów technicznych, które spełnia tylko jeden produkt/producent. W uchwale KIO z 25 maja 2010 r., KIO/KD 36/10, czytamy, że „zamawiający, opisując przedmiot w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej s.i.w.z.) poprzez wskazanie na konkretny produkt, tj. oleje, których producentem jest (...), pomimo istnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez dopuszczenia istnienia możliwości składania ofert równoważnych, naruszył regulację art. 29 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, oferujących produkty innych marek”. Takie opisanie przedmiotu bez wątplenia jest wadliwe, gdyż faworyzuje konkretnych wykonawców.

⁴³ Orzeczenie GKO z 25 września 2006 r., DF/GKO-4900-49/62/RN-26/06/1585, za: M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 201.

⁴⁴ Omówienie pojęć z art. 30 p.z.p. znajduje się w załączniku XXI dyrektywy sektorowej 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz załącznika nr VI do dyrektywy klasycznej 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Polskich Norm przenoszących normy europejskie, a więc mają one charakter jedynie pomocniczy w określeniu minimalnych lub maksymalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia nie musi być zatem opisany ściśle za pomocą norm, może też mieć standardy wyższe niż te, które wynikają z polskich norm (art. 30 ust. 6 p.z.p.)⁴⁵. Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji⁴⁶. Nie spełni wymogów poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia posłużenie się w opisie bliżej niezdefiniowanymi pojęciami „oryginalny”, „nieregenerowany”, „zgodny z zaleceniem producenta sprzętu”, „autentyczny” czy „niezafalszowany”⁴⁷.

Z powyższego wynika, że korzystanie z pomocy podmiotu trzeciego w ramach dialogu nie może wpłynąć na opis przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczy konkurencję i zawęzi ją jedynie do możliwości nabycia dóbr lub usług od podmiotu, który brał udział w dialogu technicznym. Z przedmiotowym stwierdzeniem koresponduje uzasadnienie do nowelizacji, w którym wyraźnie podkreślono, że „uzyskane przez zamawiającego doradztwo lub informacje odnośnie sposobu opisu przedmiotu zamówienia lub określenia warunków umowy powinno być następstwem dialogu technicznego prowadzonego z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji. Zachowanie tej zasady wymaga jednakowego traktowania przez zamawiającego w toku dialogu technicznego wszystkich potencjalnych wykonawców oraz oferowanych przez nich rozwiązań. Proponuje się również jednoznaczne uregulowanie normy wskazującej, iż dialog techniczny nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji. W celu wyeliminowania stosowania dialogu technicznego prowadzącego do ograniczania konkurencji oraz zapewnienia transparentności zastosowania tego dialogu w stosunku do wszystkich potencjalnych wykonawców przedmiotu zamówienia opisanego w wyniku jego zastosowania, proponuje się, aby informację o jego zastosowaniu zamawiający zamieszczał w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dialog dotyczył. Informacje o przeprowadzeniu dialogu technicznego, podmiotach, które w nim uczestniczyły oraz o jego wpływie na opis przedmiotu zamówienia, powinny, jako dotyczące przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, stanowić załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia”⁴⁸.

⁴⁵ J. Olszewska, *Zasady konstruowania opisu przedmiotu zamówienia na usługi i dostawy. Zamówienia związane z usługami priorytetowymi i niepriorytetowymi. Komentarz praktyczny*, LEX 110300.

⁴⁶ Wyrok SO w Lublinie z 9 listopada 2005 r., II Ca 587/05; wyrok KIO z 16 czerwca 2008 r., KIO/UZP 553/08; wyrok KIO z 20 marca 2009 r., KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09.

⁴⁷ Stanowisko odrębne zaprezentował Zespół Arbitrów w wyroku z 19 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-101/06, www.uzp.gov.pl.

⁴⁸ UZP, *Część ogólna założeń ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych wykraczającej poza implementację dyrektywy obronnej*, www.uzp.gov.pl [dostęp: 1 marca 2011].

3. Obowiązki zamawiającego związane z udziałem podmiotu trzeciego na etapie sporządzania specyfikacji

Obecnie przepisy prawa zamówień publicznych nie regulują działań podejmowanych przez zamawiających na etapie poprzedzającym przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chociaż nie wykluczają możliwości korzystania przez zamawiających z profesjonalnego doradztwa (badanie rynku) na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴⁹. Zamawiający poprzez badanie rynku dokonuje inwentaryzacji możliwości dostępnych na danym rynku. Propozycje dostępne na rynku wskazują na konkretne rozwiązania techniczne, jak również wykonawców, którzy mogą je dostarczyć. Zamawiający są jedynie zobowiązani odzwierciedlić czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem postępowania w protokole z postępowania⁵⁰ i tam zamieścić dane osób, które uczestniczyły w wykonaniu poszczególnych czynności w postępowaniu⁵¹. W przypadkach, w których zamawiający decyduje się zatrudnić zewnętrznych konsultantów, zawsze istnieje ryzyko, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia będzie przygotowana dla konkretnego produktu czy wykonawcy. Badanie rynku nie wyklucza interakcji organizatora postępowania z wykonawcą, podczas gdy dialog techniczny zakłada taką interakcję. Jednak zasadniczą różnicą między badaniem rynku i dialogiem technicznym jest to, że dialog skupia się na poszukiwaniu konkretnego rozwiązania lub konkretnych danych technicznych, podczas gdy badanie rynku koncentruje się raczej na zakresie oferty uczestników rynku⁵². Jak podkreśla się w literaturze, dialog techniczny jest instrumentem w rękach podmiotu publicznego, pozwalającym wykorzystać potencjał firm doradczych i konsultingowych, ekspertów oraz naukowców przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Efektem tej współpracy powinna być korekta nieścisłości w formułowaniu treści dokumentacji przetargowej⁵³. Zamawiający stosujący dialog techniczny zobowiązani będą także pamiętać o tym, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami, które uczestniczyły w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie utrudni uczciwej konkurencji. Nakłada to na zamawiających obowiązek wykluczenia wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu

⁴⁹ *Opis przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP*, Informator UZP, lipiec 2009 (1), s. 34–35.

⁵⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

⁵¹ A. Sołtysińska, J. Jerka, *op. cit.*, s. 82.

⁵² European Commission, *Public Procurement for Research and Innovation. Developing procurement practices favourable to R&D and innovation*, Expert Group Report, Luxemburg 2005, s. 9.

⁵³ A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne...*, s. 23.

sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p.). U podstaw posłużenia się przez prawodawcę tym przepisem tkwi założenie, że udział takich wykonawców w przygotowaniu postępowania powoduje, z jednej strony, nabycie przez zamawiającego unikalnej, niedostępnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, z drugiej zaś wykonawca, posiadając informacje o przedmiocie zamówienia, ma pozycję uprzywilejowaną w stosunku do innych uczestników postępowania, co w konsekwencji oznacza zagrożenie naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p.)⁵⁴. Uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a rezultat pracy powinien być bez zmian wykorzystany przez zamawiającego w s.i.w.z.⁵⁵ Do czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem zamówienia należą przede wszystkim: określenie przedmiotu zamówienia (m.in. związane z przygotowaniem koncepcji oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, sporządzeniem programu funkcjonalno-użytkowego), określenie wartości szacunkowej zamówienia (np. związane ze sporządzeniem kosztorysu inwestorskiego), sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁵⁶. Oznacza to, że wykluczeniu podlegają jedynie ci wykonawcy, których udział na etapie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia ograniczy konkurencję⁵⁷. Zamawiający, zanim podejmie decyzję w sprawie wykluczenia, zobowiązany jest zbadać⁵⁸, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu utrudni

⁵⁴ Od noweli do prawa zamówień publicznych z 7 kwietnia 2006 r. w ustawie brak wyjątku od omawianej zasady, zgodnie z którym dokonywać czynności związanych z przygotowaniem postępowania mógł autor miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, jeżeli przedmiotem postępowania były prace projektowe wynikające z tych planów.

⁵⁵ Wyrok KIO z 26 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1739/09: „Dla wypełnienia przesłanki określonej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. konieczne jest wystąpienie dwóch okoliczności, z którymi ustawa wiąże skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, polegających bądź na wykonywaniu bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania bądź na posługiwaniu się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania. Jedynie gdy udział takiego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji, nie zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania (...). O bezpośredniości czynności, z którymi ustawa wiąże skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można mówić jedynie, gdy ich celem jest przygotowanie postępowania”.

⁵⁶ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 120; G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, komentarz do pkt 8 do art. 24, stan prawny 2009 r., Legalis; por. wyrok KIO z 26 sierpnia 2010 r., KIO 1696/10; por. opinia prawna UZP, *Wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania*, dostępna na stronie www.uzp.gov.pl.

⁵⁷ Wyrok KIO z 29 stycznia 2008 r., KIO/UZP 120/07, www.uzp.gov.pl; wyrok ZA UZP z 17 września 2007 r., UZP/ZO/0-1129/07, www.uzp.gov.pl.

⁵⁸ Por. orzeczenie ETS z 3 marca 2005 r. w sprawie C-21/03 i C-34/03, *Fabricom*, ECR 2005, nr 3A, s. I-01559: „Nie jest zgodny z dyrektywą przepis, zgodnie z którym nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie

uczciwą konkurencję⁵⁹. Jeżeli zamawiający nie stwierdzi naruszenia konkurencji, to nawet jeżeli wykonawca realizował czynności związane z przygotowaniem postępowania bezpośrednio, nie może to być powodem jego wykluczenia⁶⁰. Będzie tak w szczególności, gdy działania podejmowane przez wykonawcę wynikają wyłącznie z istoty konkurencji, a wykonawca taki, uczestnicząc w przygotowaniu postępowania, nie dokonał czynności (np. odpowiednio nie sformułował postanowienia s.i.w.z.) lub nie uzyskał informacji, które pozwoliłyby mu na odpowiednio wcześniejsze przygotowanie się do postępowania czy też poczynienie określonych inwestycji, które umożliwiłyby mu uzyskanie zamówienia publicznego przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie konkurencji⁶¹. Wiąże się to z kolejną różnicą i konsekwencjami prawnymi zastosowania badania rynku bądź dialogu technicznego i dotyczy pytania, czy wykonawcy przysługuje prawo wszczęcia procedury odwoławczej poza formalną procedurą udzielania zamówienia i poza formalnym zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie. Innymi słowy, od którego momentu wykonawcy przysługuje możliwość wszczęcia postępowania odwoławczego. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. (sprawa C-26/03, *Stadt Halle*⁶²) dokonał rozróżnienia decyzji instytucji zamawiających na takie, które mogą być weryfikowane, oraz na takie, które nie będą takiej weryfikacji podlegać. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości czynności i decyzje podejmowane w ramach badania rynku nie podlegają weryfikacji, w odróżnieniu od dokonywanych w ramach dialogu technicznego, bowiem instytucja ta została przewidziana przez regulacje dotyczące zamówień publicznych⁶³.

Zakończenie

Analizując dialog techniczny, trudno oprzeć się wrażeniu, że nie jest to instytucja nowa ani tym bardziej że nastąpi gwałtowny przełom w zamówieniach. Wątpliwe jest, by zamawiający, stosując dialog techniczny, zaczęli bez wyjątków dokonywać zamówień innowacyjnych, ani tym bardziej by zrezygnowali z ceny jako głównego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Wydaje się wręcz, że dialog techniczny służyć może jedynie do zidentyfikowania wykonawców biorących udział w przygotowaniu specyfikacji i ewentualnej kontroli przez pozostałych wykonawców okoliczności zaistnienia

tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji”.

⁵⁹ S. Treumer, *Technical Dialogue and the Principle of Equal Treatment – Dealing with Conflict of Interests after Fabricom*, PPL.R. 2007, nr 2, s. 99–115.

⁶⁰ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2009, komentarz do pkt 19 do art. 24; P. Wiśniewski [w:] A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów*, Warszawa 2006, s. 134 i 135; G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, komentarz do pkt 8 do art. 24.

⁶¹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, komentarz do pkt 8 do art. 24.

⁶² ECR 2005, nr 1, s. I-00001.

⁶³ I. Skubiszak-Kalinowska, M. Kulesza, *op. cit.*, s. 175.

(bądź nie) przy opisie przedmiotu zamówienia faktu naruszenia uczciwej konkurencji. Wskazywanie dialogu technicznego jako normy, która pozwoli na uzyskanie doradztwa w zakresie najlepszych, najnowocześniejszych i najkorzystniejszych technicznie, technologicznie, organizacyjnie i ekonomicznie rozwiązań mogących służyć realizacji potrzeb zamawiającego, nie jest poparte dodatkowymi rozwiązaniami w zakresie wymogów dotyczących kryteriów oceny ofert czy ofert wariantowych. Natomiast pozytywnym efektem stosowania dialogu technicznego będzie możliwość konsultowania rozwiązań, jakie oferuje rynek, tak aby w jak najlepszy sposób zamawiający mógł zaspokoić swoje potrzeby. Ta elastyczność jest niezbędna w praktyce zamawiających, szczególnie tych, którym często brakuje doświadczonych specjalistów w zakresie nowoczesnych i innowacyjnych technologii. Zamawiający, korzystając z dialogu technicznego, będzie miał możliwość uzyskania niezbędnych informacji, ograniczając tym samym potrzebę zatrudniania konsultantów zewnętrznych do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia⁶⁴. Dodatkowo dialog pozwoli podmiotom prywatnym na lepsze zrozumienie oczekiwań zamawiającego, a w efekcie – zaproponowanie mu innowacyjnych rozwiązań przy zachowaniu zasad konkurencyjności i przejrzystości prowadzonego dialogu. Na koniec należy podkreślić, że dialog techniczny będzie narzędziem w rękę zamawiającego i to od niego zależy, jaki z niego zrobi użytek w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

⁶⁴ European Commission, *Public Procurement for Research and Innovation. Developing procurement practices favourable to R&D and innovation*, Expert Group Report, Luxembourg 2005, s. 9.