

- 2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umocowaniem,
- 3) nieprzedłożenie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy,
- 4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy²³.

Nie każda odmowa podpisania umowy jest równoznaczna z uchYLENIEM się od jej zawarcia.

Wadium pieniężne, które było przechowywane na oprocentowanym rachunku, zatrzymuje się wraz z **odsetkami**. Jeżeli wadium zostało wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium.

Oddział 4

Opis przedmiotu zamówienia

Art. 99.

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

²³ Por. J. Grykiel, [w:] M. Gutowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2019, Legalis, Nb. 17 do art. 390

1. Uwagi ogólne. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i najistotniejszą czynnością przygotowawczą poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis stanowi podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych w postępowaniu, w szczególności ustalenia wartości zamówienia. Prawdopodobność opisu wpływa na jakość złożonych ofert i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia odpowiadać powinien uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. Sporządzając opis przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien mieć na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 i 99 ust. 2 Pzp oraz zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp.

2. Przejrzystość opisu przedmiotu zamówienia. Przepis art. 99 ust. 1 Pzp wprowadza pozytywne przesłanki prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Zważywszy, że adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy, a zatem profesjonaliści działający w danej branży, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w języku fachowym, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wykonawców działających w branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie Pzp), celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia²⁴. Przeciwnieństwem opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien jednak mieć na uwadze, że nieodpowiadającym normie z art. 99 ust. 1 może być także opis zbyt szczegółowy, który może skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji (art. 99 ust. 4 i 5 Pzp).

Na etapie procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia nieprzejrzysty przedmiot zamówienia jest wystarczającą podstawą do złożenia odwołania do KIO. Na etapie realizacyjnym, za nieznaające podstaw formalnych należy ocenić działania zamawiającego zmierzające do wyciągania negatywnych konsekwencji względem wykonawcy wskutek niedopełnienia

²⁴ Por. wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt 1129/19

jakoby przez niego obowiązków, jeśli nie wynikają one z dokumentacji zamówienia i przepisów obowiązującego prawa²⁵.

3. Opis przedmiotu zamówienia a utrudnianie uczciwej konkurencji. Przepis art. 99 ust. 4 Pzp wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 Pzp przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Cel regulacji z art. 99 ust. 4 Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane²⁶. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów²⁷. Zakazane normą z art. 99 ust. 4 Pzp jest wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, **który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane**

²⁵ Por. wyrok KIO z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1905/19

²⁶ Wyrok z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-413/17 *Roche Lietuva*, ECLI:EU:C:2018:865, pkt 37

²⁷ Wyrok w sprawie *Roche Lietuva*, pkt 41

przez konkretnego wykonawcę. **Znak towarowy** należy rozumieć zgodnie z treścią art. 120 ust. 1 Prawa własności przemysłowej jako każde oznaczenie umożliwiające odróżnienie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa oraz możliwe do przedstawienia w rejestrze znaków towarowych w sposób pozwalający na ustalenie jednoznacznego i dokładnego przedmiotu udzielonej ochrony. Ponadto na podstawie art. 120 ust. 2 Prawa własności przemysłowej znakiem towarowym, w rozumieniu ust. 1, może być w szczególności wyraz, włącznie z nazwiskiem, rysunek, litera, cyfra, kolor, forma przestrzenna, w tym kształt towaru lub opakowania, a także dźwięk. **Patent** w rozumieniu Prawa własności przemysłowej, przy braku innych dookreśleń, należy rozumieć szeroko jako prawo do wyłącznego korzystania z wynalazku przez określony czas, w sposób zarobkowy (przemysłowy, handlowy) na terytorium danego państwa lub państw, przyznane przez kompetentny organ państwowy, regionalny lub międzynarodowy. Odwołanie się do określonego patentu eliminuje wszystkich wykonawców nieposiadających prawa do wyłącznego korzystania z wynalazku. Poprzez **pochodzenie** produktu lub usługi należy uznać każde powiązanie produktu lub usługi z konkretnym miejscem – państwem czy regionem. **Źródło** jest w zamierzeniu ustawowym pojęciem nieostrym i oznacza wszelkie specyfikacje techniczne, karty katalogowe producenta lub wykonawcy itp, a także odesłania do specyfikacji i kart katalogowych, w których zawarty jest identyfikowalny konkretny produkt lub usługa (bez znaczenia, czy przywołany imiennie). **Szczególny proces** to pojęcie z dziedziny zarządzania i oznaczać może każdy proces, np. proces produkcyjny (technologiczny), proces dystrybucyjny, logistyczny, inny – związany z cyklem życia produktu, itp. Katalog powyższych uchybień ma charakter otwarty, zamawiający może opisać przedmiot zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy pomocy innych sposobów opisu niż wskazanych w przepisie.

4. Dopuszczalność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą określeń zakazanych na podstawie art. 99 ust. 5 Pzp. Art 99 ust. 5 Pzp wprowadza przepis umożliwiający w ściśle określonych sytuacjach opisanie przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów) przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Art. 99 ust. 5 Pzp stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w art. 99 ust. 4 Pzp i umożliwia opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy pomocy np. znaków towarowych, gdy **nie jest możliwe** opisanie go zgodnie z wymaganiami, o których mowa w art. 99 ust. 1 Pzp. Brak możliwości opisanie przedmiotu zamówienia na zwykłych zasadach musi mieć charakter obiektywny, co wynika z brzmienia art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej, którego transpozycję stanowi omawiany przepis. W przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej wskazano, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp jest dopuszczalne, **jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób**. Dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy:

- 1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp, oraz
- 2) użytym znakom towarowym, patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Znak towarowy (patent, pochodzenie itp) w rozumieniu art. 99 ust. 5 Pzp stanowić będzie swoisty wzorec techniczny, jakościowy lub funkcjonalny w szczególny sposób zastępujący opis, o jakim mowa w art. 99 ust. 1 i art. 101 Pzp. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego (art. 99 ust. 6 Pzp). TSUE wskazał na możliwość stosowania tej normy wyłącznie w drodze wyjątku i tylko z zachowaniem ścisłej wykładni²⁸. Nie będzie zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych jako konstytutywnego elementu opisu przedmiotu zamówienia, jeśli jest możliwe obiektywne opisanie przedmiotu przy pomocy zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 Pzp.

5. Kryteria „równoważności”. Celem art. 99 ust. 6 Pzp jest poinformowanie wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 Pzp, uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował zwrot „lub równoważny” oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności. Kryteriami równoważności będą wybrane cechy określające przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania. Doniosłe znaczenie będzie miało właściwe ujęcie przez zamawiającego cech równoważnych. Co do zasady przedmiot zamówienia składać się może z całego zbioru cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia²⁹. Orzecznictwo KIO wskazało trzy występujące na tym tle podstawowe błędy w opisie równoważności³⁰, w różnym stopniu dyskwalifikujące sformułowany opis.

Pierwszym z nich jest brak precyzji opisu kryteriów równoważności. Nieprecyzyjne kryteria operują pojęciami ogólnymi lub słabo weryfikowalnymi, np. odesłaniami do jakości produktu równoważnego, przez co nie pozwalają na identyfikację produktu równoważnego.

Drugim ujawnionym błędem jest pozorny opis rozwiązań równoważnych. Opis równoważności zostaje sformułowany w taki sposób, że nie istnieje na rynku rozwiązanie równoważne do rozwiązania referencyjnego wskazanego w SWZ. Przejawem tego błędu będzie np. obowiązek nałożony na wykonawców, aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne produktu równoważnego były równe lub lepsze od parametrów produktu identyfikowalnego, np. imiennie wskazanego. Jest to niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może bowiem zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty³¹.

²⁸ Wyrok w sprawie *Roche Lietuva*, pkt 38

²⁹ Por. wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19

³⁰ Por. wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., sygn. KIO 1960/17

³¹ Por. wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19

Trzeci ujawniony błąd związany jest z ustaleniem dla wykonawców oferujących rozwiązania równoważne obowiązku wykazania dodatkowych cech i funkcjonalności produktu lub usługi, które nie obciążają wykonawcy oferującego rozwiązania referencyjne, np. wyższe wymagania co do produktu równoważnego (produkt równoważny jest produktem „z wyższej półki” niż referencyjny).

Niezależnie od wyżej wymienionych przykładów wadliwie opisanych kryteriów równoważności nieprawidłowe może być także dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego, tj. w oparciu o takie właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia. Wszystkie powyższe błędy w opisie kryteriów równoważności mogą być rozpatrywane pod kątem braku zachowania uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

6. Kody CPV. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się kody CPV, tj. kody określone w załączniku do rozporządzenia w sprawie CPV. Jest to uniwersalny europejski system klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych i przyjmuje postać katalogu. Zamawiający na mocy przepisu zobowiązany jest przyporządkować opis przedmiotu zamówienia do nazw wskazanych w katalogu i opisać przedmiot także za pomocą dziewięciocyfrowych kodów.

7. Prawa własności intelektualnej i udzielanie licencji. Przepis art. 99 ust. 7 Pzp ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny, tzn. nie tworzy uprawnień, którego zamawiający by nie posiadał, przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Intencją ustawodawcy było podkreślenie, że przeniesienie autorskich praw majątkowych (wraz z niezbędną informacją, na jakich polach eksploatacji może to nastąpić) lub pozyskanie licencji również może być treścią opisu przedmiotu zamówienia. Okoliczności wskazujące na zasadność co najmniej rozważenia przeniesienia praw autorskich lub zakupu licencji związane są z przedmiotem niektórych zamówień publicznych (np. na zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego czy wykonanie usługi projektowania architektoniczno-budowlanego). Podkreślić należy, że wykonanie takich zamówień przez wykonawcę, jeśli nie towarzyszy temu przeniesienie praw autorskich na zamawiającego, nie zabezpiecza w sposób dostateczny jego interesów.

Art. 100.

1. W przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się, z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, chyba że nie jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia.

2. Jeżeli wymagania, o których mowa w ust. 1, wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie wymagań dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu.

1. Obligatoryjność normy. Art. 100 ust. 1 Pzp ma unijną genezę i stanowi transpozycję art. 42 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Przepis zawiera konstytutywną normę nakazującą zamawiającemu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań w zakresie

dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, jeśli przedmiot zamówienia będzie przeznaczony do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego. Regulacja nakazuje zatem uwzględnienie potrzeb osób niepełnosprawnych przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Powyższy przepis odnosi się do wszystkich zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych włącznie z pracownikami zamawiającego. W celu ustalenia zakresu obowiązku wynikającego z art. 100 ust. 1 Pzp pomocne będzie odwołanie się do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oraz do definicji „projektowania dla wszystkich” czy też „projektowania uniwersalnego” zawartych w Deklaracji Sztokholmskiej EIDD. Zgodnie z powyższymi regulacjami strony Konwencji (m.in. państwa członkowskie UE) mają podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, dostępu do środowiska fizycznego, środków transportu, informacji i komunikacji, w tym technologii systemów informacyjno-komunikacyjnych, a także do innych urządzeń i usług, powszechnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych, itp. Zgodnie z Deklaracją Sztokholmską EIDD „projektowanie dla wszystkich jest projektowaniem biorącym pod uwagę różnorodność potrzeb ludzkich, uczestniczenie w życiu społecznym i równouprawnienie. Celem projektowania dla wszystkich jest stworzenie wszystkim ludziom równych szans brania udziału we wszystkich dziedzinach życia. Zgodnie z deklaracją, aby cel ten został osiągnięty, otaczająca nas architektura, przedmioty codziennego użytku, usługi, kultura i informacja – krótko mówiąc, wszystko co jest wyprodukowane przez ludzi i dla ludzi – musi być dostępne i przystosowane dla każdej osoby w naszym społeczeństwie z możliwością adaptacji do zmian, jakie progresywnie następują u każdego człowieka”³². Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia dowolnego rodzaju (na usługi, dostawy, roboty budowlane), obowiązany jest zatem dokonać ustalenia, czy uzyskany przedmiot zamówienia może być wykorzystywany przez osoby niepełnosprawne. Jeśli tak, zamawiający zobowiązany jest do dokonania w opisie przedmiotu zamówienia takich zapisów, które uczynią efekt zamówienia możliwym do wykorzystania także przez osoby niepełnosprawne **na równych zasadach z innymi osobami**. Sposób wykonania tego obowiązku spoczywa na zamawiającym, który uwzględnia na tę okoliczność charakter poszczególnego zamówienia.

2. Norma z art. 100 ust. 1 a wymagania w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych w innych aktach prawnych. Norma z art. 100 ust. 1 Pzp zawiera ogólną regułę uwzględniania w opisie przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych. Jeżeli natomiast inne akty prawne nakładają na zamawiającego podobne lub bardziej szczegółowe obowiązki związane z zapewnianiem dostępności dla osób niepełnosprawnych (np. w art. 5 pkt 4 Prawa budowlanego, który dotyczy zapewnienia warunków do korzystania z obiektów przez osoby niepełnosprawne), to należy przyjąć, że zamawiający, przestrzegając tych obowiązków, wypełnia także dyspozycję art. 100 ust. 1 Pzp.

3. Dopuszczalność odstąpienia od wymagania. Przepis zezwala zamawiającemu na odstąpienie od wymogu uwzględniania wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, jeżeli jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia.

³² Szerzej o Konwencji Narodów Zjednoczonych oraz Deklaracji Sztokholmskiej w M. Stręciwilk, M. Olejarsz [red], *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2017

Art. 101.

1. Przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez:

- 1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;
- 2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do:
 - a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,
 - b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,
 - c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.³³),
 - d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywę Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, z późn. zm.³⁴),
 - e) norm międzynarodowych,
 - f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania,
 - g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne;
- 3) odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech;
- 4) odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych,

³³ Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 103 z 12.04.2013, str. 10, Dz. Urz. UE L 157 z 27.05.2014, str. 76 oraz Dz. Urz. UE L 159 z 28.05.2014, str. 41.

³⁴ Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 241 z 17.09.2015, str. 1.

specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.

2. Przez normę należy rozumieć specyfikację techniczną przyjętą przez krajową, europejską lub międzynarodową instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe, w tym Polską Normę, normę europejską lub normę międzynarodową.

3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2, przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2020 r. poz. 215 i 471);
- 3) polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;
- 4) krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.

4. Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

5. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104–107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

6. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający nie może odrzucić oferty zgodnej z Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli te normy, oceny techniczne, specyfikacje i systemy referencji technicznych dotyczą wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności określonych przez zamawiającego, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104–107, że

obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.

1. Uwagi ogólne. W art. 101 ust. 1 Pzp określono trzy sposoby formułowania opisu przedmiotu zamówienia niezależnie od rodzaju zamówienia:

- 1) poprzez określenie kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp),
- 2) poprzez odniesienie do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, opisanych za pomocą norm i standardów (art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp),
- 3) sposób mieszany, tj. przy pomocy kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności oraz poprzez odniesienie do norm i standardów (art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp).

O wyborze któregośkolwiek ze sposobów decyduje zamawiający. Aktualność zachowują zatem zasady określone w art. 99 ust. 4 i 5 Pzp. Wybór zamawiającego co do sposobu opisu nie zwalnia go z obowiązku przestrzegania przepisów obowiązującego prawa, jeśli przepisy te wskazują na obligatoryjne wymagania techniczne, którym musi odpowiadać przedmiot zakupu. Przepisy te znajdują się najczęściej, choć nie wyłącznie, w aktach prawnych rangi rozporządzenia właściwego ministra i regulują szczegółowe warunki techniczne niektórych wyrobów czy zasady dopuszczania ich do użytkowania.

2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności. Wybierając sposób opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, zamawiający operuje wyłącznie precyzyjnie określonymi parametrami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności pozwalającymi wykonawcy na ustalenie i wykonanie zamówienia, a zamawiającemu na jego udzielenie. W opisie dokonany tym sposobem zamawiający określa cechy usługi, dostawy lub robót budowlanych (w rozumieniu art. 99 ust. 2 Pzp), ale już niekoniecznie cechy poszczególnych materiałów, produktów lub usług składających się na zamówienie. W motywie 74 preambuły dyrektywy klasycznej wskazano, że „opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie celu (uniknięcia sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę). Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerzej”.

3. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wymagane cechy poszczególnych materiałów, produktów lub usług (opis za pomocą norm). W tym sposobie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający posługuje się wyłącznie wymaganymi cechami poszczególnych materiałów, produktów lub usług. Opis nie ma charakteru funkcjonalnego, stanowi natomiast zbiór poszczególnych cech materiałów, produktów lub usług. Cechy materiałów, produktów lub usług mogą dotyczyć elementów określonych w art. 102 Pzp. W art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazano, że opisując cechy materiałów, produktów lub usług, zamawiający **odnosi się** w kolejności preferencji przede wszystkim do Polskich Norm przenoszących normy europejskie, a dopiero w przypadku ich braku do innych norm, ocen lub standardów. Konieczność **odniesienia się** w opisie przedmiotu zamówienia przede wszystkim do norm **nie oznacza**, że norma stanowi element opisu

przedmiotu zamówienia (choć może stanowić taki element), ale że normy (oceny lub standardy) są płaszczyzną, pewnym wzorcem, za pomocą których zamawiający określa istotne dla siebie cechy materiałów, produktów lub usług. Cechy te winny gwarantować dokonanie zakupu zgodnie ze zobiektywizowanymi i rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a zatem mogą określać wyższe lub niższe wartości niż przypisane im w normach. Zamawiający nie jest jednak zwolniony z przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 4 Pzp), w szczególności wtedy, gdy oczekuje wyższych cech jakościowych materiałów, produktów lub usług niż wskazane w normie (lub innych systemach referencji technicznych). Opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie można sporządzić w sposób sprzeczny z właściwymi normami (lub kolejnymi systemami referencji technicznych).

4. Normy w zamówieniach publicznych. Art. 101 ust. 2 Pzp zawiera definicję normy, która transponuje definicję z pkt 2 załącznika VII do dyrektywy klasycznej. W świetle dyrektywy klasycznej „norma” oznacza specyfikację techniczną przyjętą przez uznaną instytucję normalizacyjną (międzynarodową, europejską lub krajową) w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe. Krajowym aktem prawnym określającym podstawowe cele i zasady normalizacji jest ustawa o normalizacji. Istotna dla stosowania Polskich Norm przenoszących normy europejskie jest ustawa o systemie oceny zgodności, która posługuje się pojęciem norm zharmonizowanych. Normy nie stanowią części systemu powszechnie obowiązującego prawa, mogą mieć swe źródło jedynie w woli podmiotów odwołujących się na zasadzie dobrowolności do tychże norm. Polska Norma może być wyłącznie normą krajową, przyjętą w drodze konsensu i zatwierdzoną przez krajową jednostkę normalizacyjną, powszechnie dostępną, oznaczoną – na zasadzie wyłączności – symbolem PN albo wprowadzeniem normy europejskiej (odpowiednio art. 5 ust. 1 i art. 2 ustawy o normalizacji). Polska Norma przenosząca normę europejską (zharmonizowana) jest preferowanym modelem opisu przedmiotu zamówienia za pomocą systemów referencji technicznych względem Polskiej Normy. Normy zharmonizowane są to normy opracowane przez europejskie jednostki normalizacyjne (CEN, CENELEC, ETSI) na podstawie mandatu udzielonego przez Komisję Europejską i przyjmowane przez te europejskie jednostki normalizacyjne zgodnie z ich procedurami wewnętrznymi. W polskim systemie prawnym przeniesienie (przyjęcie) norm europejskich do systemu Polskich Norm (norm krajowych) następuje w trybie przewidzianym w art. 13 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności, zgodnie z którym Prezes Polskiego Komitetu Normalizacyjnego ogłasza dwa razy w roku, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, numery i tytuły norm zharmonizowanych wraz z tytułami aktów prawnych wdrażających dyrektywę nowego podejścia i danymi dotyczącymi miejsca ich publikacji, a także informacje o ogłoszonych przez Komisję Europejską okresach przejściowych stosowania domniemania zgodności i ostrzeżeniach dotyczących ograniczenia domniemania zgodności, według stanu na dzień 30 czerwca i dzień 31 grudnia każdego roku. Powyższe obwieszczenia zawierają metryczkę legislacyjną z numerami dyrektyw oraz wykazy Polskich Norm zharmonizowanych (oznaczonych jako PN-EN), wprowadzających europejskie normy zharmonizowane. Użytemu w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp pojęciu „Polskich Norm przenoszących normy europejskie” odpowiadają Polskie Normy, ogłaszane w obwieszczeniach Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego, ogłaszanych w Monitorze Polskim na podstawie art. 13 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności.

5. Inne systemy referencji technicznych. W art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp wprowadzono kolejność systemów referencji służących do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech materiałów, produktów i usług. Kolejność nie jest dowolna, zamawiający wybiera kolejny system referencji technicznych (określony w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a-g Pzp), gdy system bezpośrednio poprzedzający nie istnieje dla określonej cechy materiału, produktu i usługi lub gdy jest nieadekwatny. W przypadku braku (lub nieadekwatności) Polskich Norm przenoszących normy europejskie, zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech materiałów, produktów i usług stosuje normy innych państw członkowskich EEA (członkowie to państwa należące do UE oraz Norwegia, Islandia i Liechtenstein) przenoszących normy europejskie. Następne w kolejności są europejskie oceny techniczne (znajdujące zastosowanie zasadniczo w robotach budowlanych) w rozumieniu pkt c, wspólne specyfikacje techniczne w rozumieniu pkt d, normy międzynarodowe, (inne) specyfikacje techniczne, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjęte przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania oraz inne systemy referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne. Brak lub nieadekwatność międzynarodowych systemów służących do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech materiałów, produktów lub usług, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp, umożliwia zamawiającemu skorzystanie z systemów krajowych, o których mowa w art. 101 ust. 3 Pzp. W takim przypadku przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności: Polskie Normy, krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy o wyrobach budowlanych, polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw, a także krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.

Poprzez europejskie oceny techniczne rozumie się udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia 305/2011 ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych. Wspólnymi specyfikacjami technicznymi są specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia 1025/2012 w sprawie normalizacji europejskiej. Biorąc pod uwagę powyższe, przez wspólną specyfikację techniczną należy rozumieć specyfikację techniczną dotyczącą technologii informacyjno-komunikacyjnej (ICT), spełniającą wymagania określone w załączniku II do cyt. powyżej rozporządzenia i zidentyfikowaną przez Komisję Europejską. Wspólne specyfikacje techniczne nie są normami krajowymi, europejskimi ani międzynarodowymi.

6. Mieszany opis przedmiotu zamówienia. Art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp dopuszczają mieszane sposoby opisu przedmiotu zamówienia zarówno za pomocą wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności, jak również za pomocą cech materiałów, produktów i usług. W art. 101 ust. 1 pkt 3 Pzp opisano zwykły system mieszany, na podstawie którego zamawiający opisuje przedmiot zamówienia poprzez odniesienie do systemów referencji technicznych, a w zakresie wybranych cech – do wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności. W ramach sposobu, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 4 Pzp, opis przedmiotu zamówienia formułuje się poprzez określenie kategorii wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych (jak w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp), a przywoływane w opisie systemy referencji technicznych

stanowią środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami wydajnościowymi lub funkcjonalnymi.

7. Równoważność norm. Art. 101 ust. 4 Pzp stanowi, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Przepis ma zastosowanie do sytuacji, w których zamawiający formułuje opis poprzez odniesienie do norm (innych systemów referencji technicznych), tj. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Zamawiający realizuje obowiązek wynikający z treści przepisu, zapewniając, aby przywołanej w opisie konkretnej normie (innemu systemowi referencji technicznej) towarzyszyło określenie „lub równoważny”. Przepis art. 101 ust. 4 Pzp, odmiennie niż art. 99 ust. 6 Pzp, nie wskazuje konieczności określenia kryteriów równoważności ani imiennego wskazania norm równoważnych.

8. Możliwość złożenia oferty zawierającej rozwiązanie równoważne względem funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia lub względem opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm. Przepis art. 101 ust. 5 Pzp stanowi, że w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp, wykonawca może w ofercie zaproponować rozwiązania nieodpowiadające wprost normom referencyjnym, ale w równoważnym stopniu spełniające wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Podobnie art. 101 ust. 6 Pzp stanowi, że w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp, wykonawca może zaproponować w ofercie rozwiązania równoważne, pod warunkiem że są one zgodne z normami (Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny) i spełniają one wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego. Dodatkowym wymaganiem, o którym stanowią przepisy art. 101 ust. 5 i 6 Pzp, jest wymaganie wykazania (udowodnienia) w ofercie, że zastosowane przez wykonawcę rozwiązania są istotnie równoważne (tj. spełniają wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia dla danego rozwiązania). Zaproponowanie rozwiązań równoważnych rozwiązaniom referencyjnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem wykonawcy, które wykazuje **w ofercie**. Oferta zawierająca rozwiązania równoważne przedstawia rozwiązanie, które nie odpowiada wprost przywołanej w opisie przedmiotu zamówienia normie lub opisowi funkcjonalnemu, ale posiada pewne istotne dla zamawiającego cechy i parametry, wystarczające dla osiągnięcia celów zamówienia. Rozwiązanie równoważne musi być przez wykonawcę **udowodnione**. Jeżeli wykonawca dostatecznie udowodni, że proponowane przez niego rozwiązanie jest równoważne, zamawiający nie ma możliwości odrzucenia oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Podstawą do odrzucenia oferty w szczególności nie może być wyłącznie stwierdzenie, że zaproponowane rozwiązanie nie odpowiada opisanej w opisie przedmiotu zamówienia normie (art. 101 ust. 5 Pzp) czy parametrom wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 6 Pzp).

Rozwiązanie równoważne musi być wskazane w ofercie wykonawcy. Zwrócił na to uwagę TSUE, stwierdzając, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. Sprawdzenie i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą bowiem mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby podmiot ten już na tym etapie dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia³⁵. Nie jest dopuszczalne badanie równoważności zaoferowanych rozwiązań na etapie po dokonaniu badania i oceny ofert, w szczególności na etapie realizacyjnym, gdyż może być oceniane jako niedopuszczalna zmiana oferty (art. 223 Pzp). Podobną ocenę prezentuje KIO, która w orzeczeniach wydawanych w tym przedmiocie na podstawie Pzp2004 oceniała taką praktykę jako niezgodną z prawem³⁶. Po drugie, ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy. Wykonawca wykazuje równoważność zasadniczo przy użyciu dowolnych (wiarygodnych) środków. Niewykazanie równoważności skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Art. 102.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagane cechy materiału, produktu lub usługi, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat;**
- 2) wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych;**
- 3) określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości;**
- 4) określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania;**
- 5) określonego opakowania i oznakowania;**
- 6) określonej etykiety;**
- 7) instrukcji użytkowania;**
- 8) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych;**
- 9) dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2021 r. poz. 514);**
- 10) określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania;**
- 11) warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych;**
- 12) metod i technik budowy;**
- 13) wszelkich pozostałych warunków technicznych.**

³⁵ Wyrok z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 *VAR Srl i Azienda Trasporti Milanesei SpA (ATM) przeciwko Iveco Orecchia SpA*, ECLI:EU:C:2018:568

³⁶ Por. np. wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 413/17

2. W przypadku, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na dostawę lub usługi wymagane cechy produktu lub usługi, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 4–7 oraz 10;
- 2) określonych poziomów jakości;
- 3) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany;
- 4) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

1. **Uwagi ogólne.** Art. 102 Pzp transponuje w podziale na roboty budowlane (art. 102 ust. 1 Pzp) oraz dostawy i usługi (art. 102 ust. 2 Pzp) zakres przedmiotowy definicji „specyfikacji technicznej” z pkt 2 załącznika VII do dyrektywy klasycznej. W ślad za dyrektywą klasyczną art. 102 Pzp wskazuje, jakie elementy (cechy materiałów, produktów czy usług) mogą się składać na całość zaleceń technicznych zamawiającego zawartych w dokumentach zamówienia. Innymi słowy, przepis określa, na podstawie jakich przykładowych cech można charakteryzować poszczególne materiały, produkty lub usługi, za pomocą których z kolei można opisać roboty budowlane, dostawy i usługi.

2. **Wzajemna relacja art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 102 Pzp.** Art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje na możliwość opisu przedmiotu zamówienia za pośrednictwem cech materiału produktu lub usługi, których katalog otwarty znajduje się w art. 102 Pzp. Z kolei prawidłowe odniesienie się do cech z art. 102 Pzp nastąpić może wyłącznie w oparciu o normy i inne systemy referencji technicznej w zgodzie z art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 102 Pzp znaleźć może ponadto zastosowanie do mieszanego typu opisu, który formułowany jest w części w oparciu o zbiór poszczególnych cech materiałów, produktów lub usług (art. 101 ust. 1 pkt 3 Pzp). Nic nie stoi na przeszkodzie, aby charakterystyka wskazana w art. 102 Pzp posłużyła jako wsparcie dla przygotowywanego opisu funkcjonalnego, o jakim mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Art. 103.

1. Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

4. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

- 1) dokumentacji projektowej,
- 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) programu funkcjonalno-użytkowego

– mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

1. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Ustawodawca w sposób szczególny potraktował opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, poświęcając mu odrębny artykuł. Przepis art. 103 Pzp, odmiennie niż art. 102 Pzp, który w ust. 1 również odnosi się do robót budowlanych, zawiera normę obligatoryjną nakazującą zamawiającemu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego – za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zakres i forma tych dokumentów opisana została w Prawie budowlanym oraz w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, wydanego na podstawie delegacji ustawowej z art. 103 ust. 4 Pzp. Dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych i – dla zamówień na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego – program funkcjonalno-użytkowy służą do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej 130 000 zł dla zamówień klasycznych i wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla zamówień sektorowych i z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

2. Dokumentacja projektowa. Pojęcie dokumentacji projektowej nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w Prawie budowlanym. W rozporządzeniu, o jakim mowa w art. 103 ust. 4 Pzp, wskazano natomiast zakres przedmiotowy dokumentacji projektowej, który różni się w zależności od wymagalności uzyskania pozwolenia na budowę. Oznacza to, że zakres wymaganego na gruncie Pzp opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane uzależniony jest od regulacji innej ustawy, tj. Prawa budowlanego, które w rozdziale 4 pn. „Postępowanie poprzedzające rozpoczęcie robót budowlanych” reguluje sposób uzyskania pozwolenia na budowę, formę pozwolenia oraz wyłączenie z obowiązku uzyskania pozwolenia. Katalog dokumentów składających się na dokumentację projektową jest katalogiem otwartym, tzn. może zawierać także inne dokumenty niż obligatoryjne wskazane w rozporządzeniu. W przypadku gdy do wykonania robót budowlanych wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, dokumentacja projektowa składa się z:

- 1) projektu budowlanego,
- 2) projektów wykonawczych,
- 3) przedmiaru robót oraz
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

W przypadku gdy do wykonania robót nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, dokumentacja projektowa ma mniejszy zakres i składa się z:

- 1) planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania,
- 2) przedmiaru robót,
- 3) projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Zakres przedmiotowy podstawowych dokumentów składających się na dokumentację projektową określony został w Prawie budowlanym lub w dalszych przepisach rozporządzenia. Prawo

budowlane określa w art. 34 projekt budowlany i elementy, które powinien zawierać. Projekty wykonawcze i przedmiary robót zostały natomiast opisane w rozporządzeniu.

3. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. Pojęcie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, podobnie jak dokumentacji projektowej, również nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w Prawie budowlanym. Definicja specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych znajduje się natomiast w § 12 rozporządzenia wykonawczego ministra. W świetle definicji specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Zakres przedmiotowy i forma specyfikacji została określona w dalszych przepisach rozporządzenia (§ 13–14) i może się różnić w zależności od stopnia skomplikowania robót budowlanych.

4. Program funkcjonalno-użytkowy. Program funkcjonalno-użytkowy został zdefiniowany zarówno w art. 103 ust. 3 Pzp, jak również w rozporządzeniu ministra. Definicja ustawowa dotyczy zakresu przedmiotowego planu i wskazuje, że obejmuje on opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Definicja z rozporządzenia ma charakter funkcjonalny i stanowi, że służy on do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program funkcjonalno-użytkowy zastępuje dokumentację projektową i STWiORB, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego.

Oddział 5 Przedmiotowe środki dowodowe

Art. 104.

1. W przypadku zamówień o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, zamawiający, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami, może w opisie przedmiotu zamówienia, opisie kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia żądać od wykonawcy określonej etykiety, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 1) wymagania etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;
- 2) wymagania etykiety są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;
- 3) wymagania etykiety są opracowywane i przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- 4) etykiety oraz wymagania etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;