

Czy dopuszczalne jest stosowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów, które nakładałyby na uczestników przetargu obowiązek posiadania certyfikatów wystawionych przez wskazane przez zamawiającego podmioty, lub grupy podmiotów – np. TÜV, lub ENEC?

W odpowiedzi na pytanie, należy kierować się przede wszystkim treścią art. 29 ustawy z dnia 9 sierpnia 2013 r. - prawo zamówień publicznych, który to przepis formułuje zasady opisywania przedmiotu przetargu. Ustęp 3 tego artykułu wprost zawiera odpowiedź na zadane pytanie :

„3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny””

Tak więc co do zasady, przedmiot zamówienia nie może być opisany przez wskazanie konkretnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wyjątek od tej zasady stanowią przypadki, w których przedmiotu zamówienia nie można opisać w inny sposób, ale konieczne jest wtedy opatrzenie takiego opisu słowami „lub równoważny”. Z tego sformułowania wyraźnie wynika, że celem cytowanego przepisu jest dopuszczenie do przetargu możliwie najszerszego grona uczestników, którzy mogą zaproponować przedmiot zamówienia posiadający wszelkie niezbędne cechy.

W odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, przedstawionego przez Pana Prezesa Zarządu należy stwierdzić, że z cytowanego przepisu dość jasno wynika, zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie między innymi znaków towarowych. W tym miejscu należy odwołać się do art. 120 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, w którym zdefiniowano pojęcie „Znaku Towarowego”. Definicja zawarta w art. 120 wskazuje, że znakiem towarowym jest każde oznaczenie nadające się

do odróżnienia towaru jednej firmy od towaru innej firmy, a ponadto oznaczeniem takim może być także wyraz. Biorąc pod uwagę przedmiot działalności jednostek akredytowanych i notyfikowanych należy przyjąć, że nazwa konkretnego certyfikatu (np. TÜV, lub ENEC) również powinna być uznawana za znak towarowy. Z cytowanego art. 29 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych wynika, że posłużenie się przy opisie znakiem towarowym jest jednak dopuszczalne pod warunkiem spełnienia łącznie trzech przesłanek:

- jest to uzasadnione specyfiką zamówienia,
- zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń,
- wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Biorąc pod uwagę przebieg procesu oceny zgodności produktów z europejskimi dyrektywami, oraz przepisami krajowymi należy stwierdzić, że w odniesieniu do certyfikatów posiadanych przez podmioty startujące w przetargach, nie jest konieczne wskazywanie nazwy konkretnego, określonego certyfikatu. Za taką interpretacją przemawia fakt, że chcąc w sposób dostatecznie dokładny opisać wymogi, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia (a których spełnienie potwierdzają odpowiednie certyfikaty), wystarczające będzie wskazanie konkretnej normy, zgodnie z obowiązującymi standardami międzynarodowymi.

Na marginesie należy jeszcze stwierdzić, że kwestia równoważności przedmiotu zamówienia była już niejednokrotnie rozpatrywana przez Sądy Administracyjne. I tak, Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu, w wyroku z dnia 12 lutego 2015 r., wydanym pod sygn. akt III Sa/Wr 884/14 stwierdził:

„Oznaczenia równoważności nie może zastąpić użycie jakichkolwiek innych zwrotów, gdyż z przepisu art. 29 ust. 3 p.z.p. wynika wprost, że zamawiający ma obowiązek użycia konkretnego zwrotu "lub równoważny", a nie jego zamiennika. Zapis ten musi zostać zatem wprost przeniesiony do opisu przedmiotu zamówienia.”

potwierdzając tym samym, że nawet jeżeli by niemożliwe było opisanie przedmiotu zamówienia w sposób przewidziany w ogólnej normie art. 29 ust. 3 ustawy, to konieczne jest zawarcie sformułowania „lub równoważny”. Zawarcie tego sformułowania w odniesieniu do konkretnych certyfikatów umożliwia zgłaszanie produktów nie posiadających tych certyfikatów, ale spełniających te same normy, co potwierdzają stosowne certyfikaty, np. wystawione przez ZETOM.

W przypadku stwierdzenia, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia znalazły się sformułowania niezgodne z art. 29 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych, podmiotowi biorącemu udział w przetargu przysługuje prawo do wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ustawy o zamówieniach publicznych.