

Sygn. akt KIO/KU 65/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 grudnia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 25 listopada 2015 r., do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju
ul. Nowogrodzka 47a
00-695 Warszawa

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18 listopada 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KU/110/15) przeprowadzonej w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w celu realizacji wspólnych inwestycji w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie w zakresie stwierdzonego naruszenia § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentu nie wymienionego w ww. rozporządzeniu; w pozostałym zaś zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub Kontrolujący) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w celu realizacji wspólnych inwestycji w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC*”.

Kontrola przeprowadzona została w okresie: 12.10.2015 r. – 18.11.2015 r.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej dnia 18 lipca 2015 r., przekazanej Zamawiającemu przy piśmie nr UZP/DKUE/W3/420/109(7)/15/JK, Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający dopuścił się naruszenia:

- art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do właściwości wykonawcy,
- art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ogólne, nieprecyzyjne i opierające się na całkowicie uznaniowej ocenie zamawiającego określenie jednego z kryteriów oceny ofert – „*Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia*”,
- art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, która doprowadziła do konieczności wprowadzenia zmian w ofertach,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie różnych wymogów dotyczących sposobu przygotowania ofert dla poszczególnych wykonawców,
- § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentu nie wymienionego w ww. rozporządzeniu,
- art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie innego niż cena kryterium wyboru spośród ofert przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów,
- art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia części ustawowych przesłanek zatrzymania wadium.

Powyższa ocena stanowiła konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej:

1. Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 11.2), iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej zastosuje następujące kryteria oceny ofert:
 - a. Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia (punkty A) -waga 80%,
 - b. Cena (punkty B) - waga 15%,
 - c. Wysokość środków pieniężnych, które Wykonawca zobowiąże się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC (punkty C) -waga 5%.

W pkt. 11.3 siwz zamawiający sprecyzował, iż punkty za kryterium „Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia” zostaną przyznane przez komisję przetargową dokonującą oceny punktowej (punkty A do 8 pkt) załączonego do oferty Opisu sposobu realizacji zamówienia. Wartość ta była sumą przyznanych ocen m.in. za następujące elementy: „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (zgodnie z art. 67 pkt 2 lit. b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WB) w kontekście realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa.”

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1-3 ustawy Pzp zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert dopuszczalnymi przez ustawę są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Ustawa Pzp w art. 91 ust. 3 zastrzega jednak, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zakaz ten nie dotyczy jedynie postępowań, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp - tzw. usługi niepriorytetowe.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w celu realizacji wspólnych inwestycji w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC. Wykonawca jako Menadżer Funduszu Funduszy Bridge VC ma tworzyć i zarządzać strukturą Funduszu Funduszy BRIDGE VC oraz zapewniać współfinansowanie inwestycji kapitałowych dokonywanych w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC. Na podstawie Wspólnego Słownika Zamówień zamówieniu przypisano kod CPV 66120000-7 - „inwestycyjne usługi bankowe i usługi powiązane”. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12 poz. 68), Załącznik nr 1 - Wykaz usług o charakterze priorytetowym, kategoria 6 Usługi finansowe: a) usługi ubezpieczeniowe, b) usługi bankowe i inwestycyjne - kody CPV od 6610000-1 do 66720000-3, usługa będąca przedmiotem zamówienia stanowi usługę priorytetową, nie zachodzi zatem wobec niej wyłączenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp.

W przepisie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp został ustanowiony generalny zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Z powyższego wynika, że właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie najkorzystniejszej oferty. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zastosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”. Dysponowanie odpowiednim personelem, który będzie brał udział w realizacji zamówienia niewątpliwie jest cechą charakteryzującą wykonawcę, odnoszącą się do jego właściwości. Przeprowadzenie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawców powinno poprzedzać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności te są niezależne od siebie, a ich konsekwencje prawne są odmienne. Ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast ocena przedmiotowa może być przeprowadzona na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu określenie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy warunków nie spełniają. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego.

W konsekwencji Kontrolujący stwierdził, że zastosowane w przedmiotowym postępowaniu kryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia” narusza art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ odnosi się do właściwości wykonawcy.

Jednocześnie wskazano, że termin implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, do której odwołuje się zamawiający w opisie kryterium, upływa 18 kwietnia 2016 r., natomiast przed tą datą zastosowanie ma obecnie jeszcze obowiązująca Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty, dostawy i usługi.

2. Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 11.2), iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej zastosuje następujące kryteria oceny ofert:

- a. Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia (punkty A) -waga 80%,
- b. Cena (punkty B) - waga 15%,
- c. Wysokość środków pieniężnych, które Wykonawca zobowiąże się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC (punkty C) - waga 5%.

W pkt. 11.3 siwz zamawiający sprecyzował, iż punkty za kryterium „Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia” zostaną przyznane przez komisję przetargową dokonującą oceny punktowej (punkty A do 8 pkt) załączonego do oferty Opisu sposobu realizacji zamówienia. Wartość ta była sumą przyznanych punktów za następujące elementy:

„a) organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (zgodnie z art. 67 pkt 2 lit. b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/1 B/WE) w kontekście realizacji celów Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa:

- oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego - 0 pkt,
- oferta spełnia niektóre oczekiwania zamawiającego - 1 pkt,
- oferta spełnia oczekiwania zamawiającego w stopniu zadowalającym - 2 pkt,
- oferta spełnia oczekiwania zamawiającego w pełni- 3 pkt,
- oferta znacznie przewyższa oczekiwania zamawiającego - 4 pkt;

b) poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due diligence ofert złożonych przez zespoły zarządzające, w kontekście celów i wymogów Funduszy Bridge VC i Bridge Ma (metody techniki narzędzia itp., które sprzyjać będą uzyskaniu obiektywnych i wiarygodnych rezultatów):

- oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego - 0 pkt,
- oferta spełnia niektóre oczekiwania zamawiającego - 1 pkt,
- oferta spełnia oczekiwania zamawiającego w stopniu zadowalającym - 2 pkt,
- oferta spełnia oczekiwania zamawiającego w pełni- 3 pkt,
- oferta znacznie przewyższa oczekiwania zamawiającego - 4 pkt".

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi natomiast, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Mając na uwadze powyższe przepisy, Kontrolujący wskazał, że zamawiający zobowiązany jest określić w siwz kryteria oceny ofert oraz metodę oceny ofert w taki sposób, który umożliwi wybranie oferty najkorzystniejszej, przy jednoczesnym zachowaniu uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Podstawową cechą, jaką powinno charakteryzować się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, dającą gwarancję zachowania zasady równego traktowania wykonawców jest przyjęcie jednolitych, sprecyzowanych i jasnych kryteriów oceny ofert. Oznacza to, że kryteria powinny być sformułowane w sposób pozwalający na obiektywną ocenę oferty, tj. pozwalający na jasne wskazanie, za co przyznawane będą punkty, a za co nie. Jedynie kryteria oceny skonstruowane w sposób uwzględniający powyższe warunki pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, iż zasada równego traktowania wykonawców została zachowana, a wybrana

została oferta rzeczywiście najbardziej korzystna.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 21.10.2015 r. wezwał zamawiającego do wyjaśnienia, w jaki sposób dokonał oceny ofert w zakresie ww. kryterium.

Zamawiający wyjaśnił, iż „przedmiotem zamówienia jest wykonywanie bardzo specjalistycznej i niemożliwej do wystandaryzowania (opisania w postaci liczbowych kryteriów) usługi, której zakres, cele oraz uwarunkowania biznesowe i prawne zostały szczegółowo opisane w OPZ”.

W odniesieniu do podkryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu...” zamawiający wyjaśnił, że zostało ono „zdefiniowane w sposób wyraźnie wskazujący, iż ocena zespołu zarządzającego przedstawionego w składanych ofertach będzie odnosić się do jego organizacji, kwalifikacji i doświadczenia w odniesieniu do możliwości realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa. Szczegółowa charakterystyka celów obu Funduszy oraz zadania stojące przed przyszłym zespołem zarządzającym zostały bardzo dokładnie opisane w OPZ. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający poprzez cele jakie mają Fundusze określił precyzyjnie swoje oczekiwania, które wykonawcy muszą spełnić i które będą podlegać ocenie”.

W przedmiocie podkryterium „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due diligence...” zamawiający wyjaśnił, że kryterium „Jednoznacznie wskazuje sposób oceny oferty w przedmiotowym aspekcie. Należy zauważyć, iż w OPZ zostało wyraźnie podkreślone, że kluczowym elementem realizacji Przedsięwzięcia będzie wybór zespołów zarządzających Funduszami VC i Funduszami Alfa o odpowiednim potencjale i doświadczeniu. W OPZ została obszernie przedstawiona strategia inwestycyjna Funduszu Funduszy Bridge VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa, w tym zasady wyboru zespołów zarządzających Funduszami VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa i cele, jakie mają zostać osiągnięte w horyzoncie realizacji zamówienia”.

W konsekwencji stwierdzono, iż podkryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu...” badane było poprzez ocenę „możliwości realizacji celów Funduszu Funduszy”. Kontrolujący nie zgodził się przy tym z zamawiającym, iż precyzyjne było określenie oczekiwań zamawiającego poprzez odniesienie kryteriów oceny ofert do celów, jakie mają Fundusze Funduszy, bowiem kryteria oceny ofert dotyczą „możliwości realizacji” tych celów, co za tym idzie - ocenie podlegają owe „możliwości” personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia. Zamawiający nie określił, jaką organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia uzna za spełniającą jego oczekiwania (dające gwarancji realizacji celów Funduszu Funduszy), poza ogólnym wskazaniem, że odnosić się one mają do realizacji celów Funduszu Funduszy. Stwierdzono także, że zamawiający nie określił, jakiego dokładnie personelu ma dotyczyć badanie „możliwości realizacji celów” Funduszy Funduszy - wbrew przywołanym

wyjaśnieniom zamawiającego z pisma z dnia 23.10.2015 r., w siwz nie znalazło się odniesienie, iż dotyczy to zespołu zarządzającego. Należy wskazać, że przedmiotowy zapis w siwz odnosił się do „personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, co jest innym pojęciem niż „zespół zarządzający”, bowiem zespół zarządzający jest jednym z „narzędzi” służących do realizacji zamówienia, zaś w zakres personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia wchodzi wszystkie osoby zaangażowane w jego realizację. Ocena, czy „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu...” spełniają oczekiwania zamawiającego w kontekście realizacji celów zamówienia pozostawiona została do dowolnej oceny zamawiającego. Zamawiający powinien był określić, jaka organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu spełniają oczekiwania zamawiającego i w jakim stopniu, aby możliwym było odniesienie tych kryteriów do personelu zaproponowanego przez wykonawców. Zamawiający nie określił też, jak należy rozumieć spełnienie „niektórych oczekiwań” (jednego, trzech?), które lub ile oczekiwań należy spełnić, aby osiągnąć „stopień zadowolający” i co będzie wpływać na „znaczne przewyższenie” jego oczekiwań.

Podobnie, zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznego opisu metody badania kryterium „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due diligence...”. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że przyjęty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapis jednoznacznie wskazuje sposób oceny, bowiem zamawiający wskazując, że oceniana będzie „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii (...) metody, techniki, narzędzia itp., które sprzyjać będą uzyskaniu obiektywnych i wiarygodnych rezultatów” pozostawił sobie pełną swobodę w ocenie, co będzie sprzyjać uzyskaniu ww. rezultatów, jak również, za wyjaśnieniami z dnia 23.10.2015 r. - „celów, jakie mają zostać osiągnięte w horyzoncie realizacji zamówienia”. Zamawiający nie określił, jakie konkretnie metody, techniki bądź narzędzia mogą sprzyjać uzyskaniu „obiektywnych i wiarygodnych rezultatów”, pozostawiając to dowolnej ocenie, uniemożliwiającej przyjęcie jednolitego, obiektywnego systemu punktowania rozwiązań zaproponowanych przez wykonawców. Podobnie jak wskazano wyżej, nie dookreślił też pojęć: „niektóre”, „stopień zadowolający”, „znacznie przewyższa oczekiwania”.

Kontrolujący stwierdził, że takie określenie kryteriów oceny ofert utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców narażając ich jednocześnie na subiektywną ocenę ofert przez zamawiającego bądź przyznanie mniejszej ilości punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązania, które byłoby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będzie ono oceniane i dodatkowo punktowane. W konsekwencji wyżej opisane kryteria oceny ofert prowadzą do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zauważono także, że w niniejszej sprawie nie może stanowić uzasadnienia dla

ustanowienia kryteriów oceny ofert w żaden sposób niezobiektywizowanych, okoliczność, iż przedmiotem zamówienia jest wykonywanie „bardzo specjalistycznej i niemożliwej do wystandaryzowania” usługi, bowiem przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie dialogu konkurencyjnego, w czasie którego zamawiający ma możliwość dokładnego określenia, jakie rozwiązania najbardziej spełniają jego potrzeby (art. 60e ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający powinien zatem wykorzystać możliwość dokładnego określenia swoich potrzeb i pożądaných przez niego rozwiązań i na tej podstawie oprzeć kryteria oceny ofert w sposób poddający się obiektywnej weryfikacji.

Jednocześnie wskazano, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie neguje możliwości zawarcia w ramach kryteriów oceny ofert tzw. kryteriów subiektywnych, tzn. uzależnionych od indywidualnej oceny członków komisji przetargowej zamawiającego, jednakże zwrócić należy uwagę, że w przypadku zastosowania takiego kryterium koniecznym jest ustalenie obiektywnej punktacji, z określeniem konkretnych cech zaproponowanych rozwiązań, za które będą przyznawane, w wyznaczonej przez zamawiającego ilości, punkty, Zdecydowanie nie może być uznany za poddający się obiektywnej weryfikacji sposób oceny jako „nie spełnianie oczekiwań Zamawiającego/spełnianie niektórych oczekiwań zamawiającego/ spełnianie oczekiwań Zamawiającego w stopniu zadowalającym/ spełnianie oczekiwań Zamawiającego w pełni/ znaczne przewyższanie oczekiwań Zamawiającego”, w sytuacji w której oczekiwania zostały określone jedynie jako „kontekst realizacji celów Funduszu Funduszy” (pkt 11.3.a siwz), rozumiany jako możliwość realizacji tych celów, bądź jako „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii (...) w kontekście celów i wymogów Funduszu Funduszy” (pkt 11.3.b siwz). Takie określenie metody badania kryteriów oceny ofert, wobec określenia jedynie poprzez kryteria uznaniowe, nie daje gwarancji zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający w takiej sytuacji mógł dowolnie przyznawać punkty w ramach przedmiotowego kryterium, co miało szczególne znaczenie, wobec okoliczności, iż kryterium to stanowiło 80% ogólnej oceny oferty.

Reasumując, Kontrolujący wskazał, że zbyt ogólne, nieprecyzyjne i opierające się na całkowicie uznaniowej ocenie zamawiającego określenie kryterium oceny ofert „Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia”., stanowiło naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Zamawiający w punkcie 11.5 siwz określił, że punkty za kryterium „Wysokość środków pieniężnych, które wykonawca zobowiązuje się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC” zostaną przyznane za wykazanie kwoty środków ponad wymagane minimum 45 mln EUR, co do których wnioskodawca pozyskał, na moment składania oferty, umowy od inwestorów prywatnych. Z wszystkich załączonych do oferty umów, ma wyraźnie wynikać wartość zobowiązania inwestorów prywatnych do wniesienia środków do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy, uwarunkowanego tylko i wyłącznie wyborem danej oferty przez zamawiającego.

Komisja przetargowa na podstawie załączonych do oferty umów miała dokonać oceny punktowej (punkty C do 8 pkt) przyznając po 0,1 punktu za każde pełne 843,75 tys. EUR wykazanych środków ponad wymagane minimum 45 mln EUR.

W toku postępowania, zamawiający w odpowiedzi na zapytanie do treści siwz skierowane na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp udzielił wyjaśnień w dniu 1.10.2015 r. (pismo z dnia 30.09.2015 r.), wskazując m.in. że „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić na inwestycje w ramach Bridge VC środki pieniężne, inne niż pochodzące ze źródeł publicznych, w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR oraz wykazać na moment składania oferty zobowiązania od Inwestorów Prywatnych w minimalnej wysokości owych 45 mln EUR. Z wszystkich załączonych do oferty umów, ma wyraźnie wynikać wartość zobowiązań Inwestorów Prywatnych do wniesienia środków do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy (na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln EUR)”.

W dniu 5 października 2015 r. o godz. 11:42 wykonawca I. złożył wniosek o wydłużenie terminu składania ofert do dnia 12.10.2015 r., motywując swoją prośbę tym, iż w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w siwz nie wskazano, że wykonawca obowiązany jest do przedstawienia umów, z których wynikać będzie zobowiązanie inwestorów prywatnych do przekazania kwoty nie mniejszej niż 45 mln euro do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy (jak wskazano w ww. odpowiedzi zamawiającego z dnia 1.10.2015 r.), Zdaniem wykonawcy ogłoszenie nie precyzowało, że warunkiem ważności oferty będzie nie tylko zobowiązanie do zapewnienia ww. 45 mln euro, ale również przedłożenie umów z inwestorami prywatnymi. Wykonawca wskazał, iż wobec powzięcia informacji o konieczności przedłożenia ww., umów z inwestorami prywatnym w zbyt późnym terminie, nie będzie w stanie skompletować oferty przed wyznaczonym czasem otwarcia ofert.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wezwał zamawiającego do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy pkt 11.5 siwz a odpowiedzią na pytania do siwz udzieloną w dniu 30.09.2015 r., polegającą na tym, iż w siwz zamawiający żądał przedłożenia umów od inwestorów prywatnych wykazujących zobowiązanie do przeznaczenia kwoty środków ponad wymagane minimum 45 mln euro, zaś zgodnie z ww. odpowiedzią na pytanie wykonawcy - również umów poświadczających zobowiązania inwestorów do przeznaczenia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln euro, nie zaś jedynie ponad tę kwotę.

Zamawiający w piśmie z dnia 23.10.2015 r. wyjaśnił, że „nie występują rozbieżności pomiędzy pkt 11.5 SIWZ, a udzieloną odpowiedzią, ponieważ zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania, jeden z wykonawców ~ I. nie posiadał własnych środków, które mógłby przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC. Jednocześnie należy podkreślić, że z informacji uzyskanych od drugiego z uczestników postępowania - konsorcjum P. - wynikało, że wymaganą minimalną kwotę środków pieniężnych, które wykonawca zobowiąże się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE

VC (45 mln euro), jest w stanie zapewnić jeden z członków konsorcjum i potwierdzić to, podpisując ofertę zawierającą oświadczenie w tym zakresie. W związku z tym każdy z dwóch uczestników przedmiotowego postępowania mógł w inny sposób wykazać zobowiązanie do przeznaczenia na inwestycje w ramach BRIDGE VC ww. minimalnej kwoty co najmniej 45 mln euro". Ponadto zamawiający zaznaczył, iż nie zmienił wymagań siwz w tym zakresie, „a jedynie dostosował odpowiedź, w celu wyjaśnienia treści SIWZ do indywidualnej sytuacji jednego z potencjalnych wykonawców".

3a. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający w uzasadnionych przypadkach może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie. Jeżeli zaś w wyniku zmiany treści siwz nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie (art. 38 ust. 6 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający na skutek zapytań wykonawców do siwz dokonał zmiany wymogów dotyczących sposobu przygotowania ofert. Zgodnie z pkt 11.5 siwz wykonawca zobowiązany był przedłożyć wraz z ofertą umowy z inwestorami prywatnymi, z których wynikało ich zobowiązanie do wniesienia do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy środków ponad minimalną kwotę 45 mln euro. Zgodnie zaś z wyjaśnieniami zamawiającego do siwz z dnia 1.10.2015 r., wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był przedłożyć umowy z inwestorami prywatnymi, z których wynikać będzie zobowiązanie inwestorów prywatnych do przekazania kwoty nie mniejszej niż 45 mln euro do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy. Nie ulega wątpliwości, iż zmiana w zakresie sposobu przygotowywania ofert może wymagać od wykonawców zmian w ofertach, co znajduje potwierdzenie we wniosku wykonawcy I. o przedłużenie terminu składania ofert. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego zawartym w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (pismo zamawiającego z dnia 23.10.2015 r.), iż nie zachodzą rozbieżności pomiędzy siwz a ww. odpowiedzią na zapytanie do siwz oraz, że nie zaszła zmiana w siwz. Zamawiający wprost wskazał, iż wobec informacji powziętych w toku dialogu konkurencyjnego „dostosował” odpowiedź na zapytanie do siwz poprzez „umożliwienie” wykonawcom w różny sposób wykazać zobowiązanie do przeznaczenia na inwestycje minimalnej kwoty co najmniej 45 mln euro. Taka możliwość nie była przewidziana w siwz, bowiem w pkt 11.5 siwz przewidywano jedynie konieczność wykazania zobowiązania do przeznaczenia na ww. inwestycje środków

powyżej wskazanej kwoty 45 mln euro. Należy przy tym podkreślić, iż zamawiający w ww. wyjaśnieniach do siwz postawił nowy wymóg, jakim było przedłożenie wraz z ofertą umów z inwestorami prywatnymi, z których wynikać będzie zobowiązanie inwestorów prywatnych do przekazania kwoty nie mniejszej niż 45 mln złotych do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy. Wymóg ten nie występował w siwz, ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący uznał, że zamawiający naruszył zapisy art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, wobec braku przedłużenia terminu składania ofert, pomimo dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, która doprowadziła do konieczności wprowadzenia zmian w ofertach. Nie pozostawia wątpliwości, iż konieczność uzyskania zobowiązań od inwestorów prywatnych na kwotę minimalną 45 mln euro powodowała, iż niezbędny był dodatkowy czas dla wprowadzenia zmian w ofertach, wobec czego zamawiający winien był wydłużyć termin składania ofert.

3b. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu przygotowania ofert. Z wyjaśnień zamawiającego do siwz z dnia 1.10.2015 r. wynika, iż wykonawca I. musiałby przedłożyć wraz z ofertą umowy z inwestorami prywatnymi, którzy zobowiążą się do przeznaczenia minimalnej kwoty 45 mln euro na rzecz FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy, zaś od wykonawcy konsorcjum P. zamawiający wymagał jedynie złożenia w treści oferty własnego zobowiązania do przeznaczenia kwoty 45 mln euro na rzecz FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy. Zamawiający ustanowił zatem dwa różne sposoby przygotowania ofert dla wykonawców, przy czym zmiany swiz w tym zakresie dokonał na kilka dni przed upływem terminu składania ofert, w drodze zmiany siwz. W rezultacie jeden z wykonawców zobowiązany był jedynie złożyć własne oświadczenie, drugi natomiast - umowy z inwestorami prywatnymi, zawierającymi zobowiązanie do przeznaczenia kwoty 45 mln euro, zamiast oświadczenia, że zapewni te środki. Powyższe wskazuje, iż wymogi postawione wobec oferty wykonawcy I. były o wiele bardziej sformalizowane i wymagające większego nakładu pracy w kompletowaniu oferty niż te postawione wykonawcy konsorcjum P. (w toku oceny ofert zamawiający również nie wymagał od tego wykonawcy złożenia ww. umów). Należy zatem uznać, iż zamawiający naruszając zasadę równego traktowania wykonawców dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

4. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej polegający na posiadaniu przez wykonawcę w dniach 31 grudnia 2012 r., 31 grudnia 2013 r. oraz 31 grudnia 2014 r. aktywów pod zarządzaniem o wartości co najmniej 4 mld PLN (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - za ten okres) oraz środków pieniężnych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiając żądał przedłożenia m.in. informacji o wartości aktywów pod zarządzaniem (towarzystwo funduszy inwestycyjnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych ma obowiązek przekazywać ją w sprawozdaniach miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego, zgodnie z par. 6 ust. 1 rozporządzenia z dnia 1 września 2009 r. w sprawie okresowych sprawozdań oraz bieżących informacji dotyczących działalności i sytuacji finansowej towarzystw funduszy inwestycyjnych i funduszy inwestycyjnych dostarczanych przez te podmioty Komisji Nadzoru Finansowego -Załącznik nr 2 część A VI - pozycje 1-4).

Zamawiający, wezwany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wyjaśnień w tym zakresie, w piśmie z dnia 3.11.2015 r. wskazał, iż żądanie przedmiotowego dokumentu uzasadnione było okolicznością, iż informacje o wartości aktywów pod zarządzaniem nie muszą być publikowane w sprawozdaniach finansowych, wobec czego koniecznym było powołanie innego dokumentu. Zamawiający podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział jedynie alternatywną możliwość przedłożenia sprawozdania miesięcznego przekazywanego do Komisji Nadzoru Finansowego, w sytuacji, gdy wartości aktywów pod zarządzaniem nie dało się ustalić na podstawie rocznego sprawozdania finansowego wykonawcy. Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie miał obowiązku przedkładać przedmiotowej informacji, a była to jedynie możliwość zarezerwowana na okoliczność, gdyby nie mógł on w inny sposób wykazać wartości aktywów pod zarządzaniem. Jako podstawę prawną żądania przedmiotowego dokumentu zamawiający wskazał art. 26 ust. 2c ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Przepis art. 25 ust. 2 ustawy Pzp z kolei stanowi, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane określi Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia. Wydane na podstawie ww. przepisu rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r, poz. 231) (dalej jako rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów) w § 1 ust. 1 zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający

może żądać w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W katalogu tym nie została wymieniona przekazywana przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych do Komisji Nadzoru Finansowego informacja o wartości aktywów pod zarządzaniem zawarta w sprawozdaniu miesięcznym.

Nie można zgodzić się z ww. twierdzeniami zamawiającego, iż wykonawcy nie byli zobligowani do przedkładania przedmiotowego dokumentu, a jedynie mieli taką możliwość. Redakcja ogłoszenia o zamówieniu nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający podając dokumenty, jakich żąda na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej i ekonomicznej nie przewidywał żadnej alternatywy, a jedynie wskazał wyliczone od punktów 1 - 3 dokumenty. Zamawiający również w żadnym innym punkcie ogłoszenia nie wskazywał, iż comiesięczne sprawozdanie przekazywane Komisji Nadzoru Finansowego można przedłożyć jako dokument alternatywny dla sprawozdania finansowego.

Uznano także, iż nieuprawnionym było powołanie się przez zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 3.11.2015 r. na art. 26 ust. 2c ustawy Pzp jako podstawy prawnej dla żądania przedmiotowego dokumentu. Przepis ten stanowi, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Przepis ten upoważnia wykonawcę, który nie dysponuje wymaganym przez zamawiającego dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, do złożenia innego, niewskazanego przez zamawiającego dokumentu, potwierdzającego spełnianie warunku. Wskazana norma prawna skierowana jest do wykonawców i nie może stanowić podstawy do żądania przez zamawiającego dowolnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy.

Kontrolujący stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu żądał dokumentu, który nie jest wymieniony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, do czego nie był uprawniony, co stanowiło naruszenie § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

5. Zamawiający w pkt 11.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzegł, iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej zastosuje następujące kryteria ofert:

- a. adekwatność koncepcji realizacji zamówienia (punkty A) -waga 80%,
- b. cena (punkty B) -waga 15%,
- c. wysokość środków pieniężnych, które Wykonawca zobowiąże się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC (punkty C) - waga 5%.

W punkcie 11.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zastrzegł,

że jeżeli nie można będzie wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawiać będzie taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z wyższą liczbą punktów A.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp siwz zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Art. 91 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastrzegł, iż w przypadku, o którym mowa w powołanym art. 91 ust. 4 ustawy Pzp - gdy dwie lub więcej ofert przedstawiać będzie taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający wybierze ofertę, która uzyskała większą ilość punktów A, które przyznawane były za kryterium „adekwatność koncepcji realizacji zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący uznał, że zamawiający, przyjmując inne niż cena kryterium wyboru spośród ofert przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów, naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 4 ustawy Pzp.

6. Zamawiający w punktach 6.11 i 6.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał że, odpowiednio „zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej” i „zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”. Należy zwrócić uwagę, iż art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp przewidują więcej sytuacji, w których zamawiający zobligowany jest zatrzymać wadium - art. 46 ust. 4a ustawy Pzp stanowi, iż wadium zatrzymuje się także, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna określać „wymagania dotyczące wadium”. W sytuacji, w której zamawiający wskazywał w siwz ustawowe przesłanki zatrzymania wadium, niezasadnym było wskazanie jedynie ich części, przy pominięciu innych, co mogło wprowadzać wykonawców w błąd.

Zamawiający, pomijając w siwz część z ustawowych przesłanek zatrzymania wadium, nie zawarł pełnej informacji i wymagań dotyczących wadium, czym naruszył dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 listopada 2015 r., Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli poprzedniej wnosząc o ich uchylenie.

W pierwszej kolejności w ramach ogólnych zastrzeżeń, Zamawiający podniósł, że przedmiotowe postępowanie ma na tle postępowań prowadzonych w Polsce, jak i na terenie Unii Europejskiej charakter precedensowy i innowacyjny. Zamawiający respektując obowiązujący stan prawny w Polsce na dzień ogłoszenia postępowania, winien był uwzględnić możliwości wynikające z nowych przepisów europejskich obowiązujących już na terenie Unii, bowiem bez oparcia się o te nowe możliwości przeprowadzenie takiego postępowania z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia nie jest możliwe. Zamawiający podniósł, że całkowicie błędne jest założenie przez UZP, że do czasu implementacji Dyrektywy 2014/24/UE lub upływu terminu do jej implementacji należy traktować jej regulacje jako całkowicie martwe i nieobowiązujące oraz, że kraje członkowskie nie są zobligowane w żaden sposób do ich stosowania. W szczególności odnosi się to do sytuacji, w których przepisy nowych dyrektyw wynikają z wiążącego orzecznictwa organów sądowych Unii Europejskiej.

Zamawiający wskazał, że dyrektywy są instrumentem harmonizacji prawa państw członkowskich. W wyniku ich wydania i implementacji norm do prawa krajowego dochodzi do zbliżania porządków prawnych państw członkowskich. Zasady efektywności prawa unijnego nakładają na państwa członkowskie obowiązek powstrzymania się w okresie implementacji dyrektywy (czyli po jej wejściu w życie na płaszczyźnie unijnej, ale przed jej wdrożeniem do prawa krajowego) od wydawania przepisów wewnętrznych, które prowadziłyby do podważenia skuteczności dyrektywy. Takie stanowisko zostało potwierdzone m.in. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 listopada 2005 r. C-144/04 w którym wskazane zostało, że: (...) w istocie w okresie przewidzianym na dokonanie transpozycji dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane do powstrzymania się od przyjmowania przepisów, których charakter poważnie zagraża osiągnięciu celu tej dyrektywy. Dodatkowo, sądy krajowe już od momentu wejścia w życie dyrektywy zobowiązane są do dokonania oceny czy dane roszczenie oparte na podstawie krajowej może naruszać nieimplementowaną jeszcze dyrektywę, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości m.in. w wyroku w sprawie Adeneler z dnia 4 lipca 2006 r. (C-212/04) wskazując wprost, że: (...) począwszy od daty wejścia w życie dyrektywy, sądy państw członkowskich zobowiązane są tak dalece jak jest to możliwe do powstrzymania się od dokonywania wykładni prawa wewnętrznego w sposób, który poważnie zagrażałby - po upływie terminu dla jej transpozycji - osiągnięciu wskazanego w niej rezultatu. Kwestia dotycząca obowiązku stosowania i interpretowania przepisów krajowych zgodnie z dyrektywą także przed upływem terminu transpozycji została także potwierdzona w Opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawionej w dniu 27 października 2005 r. (pkt. 45 i n.). Zamawiający argumentował, że powyższe stwierdzenie odnieść należy również do działania organów kontroli.

W kontekście powyższego Zamawiający wskazał, że błędne z zasadami dotyczącymi wykładni i interpretacji przepisów unijnych jest stanowisko UZP nakazujące interpretować

przepisy PZP w całkowitym oderwaniu od regulacji określonych w Dyrektywie 2014/24/UE. Zgodnie z jednoznacznym stanowiskiem sądów unijnych, w zakresie stosowania przepisów dyrektywy po dniu jej wejścia w życie a przed upływem terminu do jej implementacji, art. 91 ust. 3 PZP należy interpretować wyłącznie w zakresie w jakim nie narusza on przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Odnosząc się szczegółowo do stanowiska Prezesa UZP, Zamawiający wskazał:

Ad 1. Kwestia zastosowania kryterium podmiotowego oceny ofert.

W odniesieniu do zarzutu UZP dotyczącego naruszenia zakazu określonego w art. 91 ust. 3 PZP, poprzez zastosowanie przez NCBR kryteriów oceny oferty o charakterze podmiotowym, Zamawiający wskazał, że przedmiotowy zarzut jest niezgodny z zasadami dotyczącymi wykładni oraz implementacji dyrektyw. Powoduje to, że wskazane w piśmie UZP twierdzenie jakoby przepis ten stanowił generalny zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów podmiotowych jest adekwatne jedynie w odniesieniu do aktualnego brzmienia przepisu PZP, ale błędne w zakresie jakim nie uwzględnia dopuszczalności zastosowania kryterium podmiotowego określonego wprost w art. 67 pkt. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE, tj. „organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia”.

Zamawiający wywodził dalej, że w postępowaniu nr 14/15/DK pt: Wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w celu realizacji wspólnych inwestycji w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC, bardzo istotnym elementem decydującym o sukcesie bądź też porażce całego przedsięwzięcia jest czynnik ludzki, czyli zespół osób, które będą odpowiedzialne po stronie Wykonawcy za należyte wykonanie zamówienia. NCBR mając na uwadze bardzo długi okres planowanej realizacji Zamówienia oraz ilość środków jakie zamierza w tym celu przeznaczyć, nie może dopuścić do tego, by zarządzanie tymi środkami zostało powierzone Wykonawcy, który pomimo spełnienia określonych warunków przedmiotowych nie dysponuje odpowiednim personelem gwarantującym najwyższą zawodową staranność, profesjonalizm oraz doświadczenie na tak trudnym rynku jakim jest rynek PE/VC. Podkreślono, że w celu należytego zabezpieczenia interesu państwa oraz mając na uwadze zasady dotyczące racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, NCBR zobowiązany był do podjęcia wszelkich stosownych działań. W tym celu m.in. zastosował kryterium podmiotowe w zakresie w jakim dozwolone jest to na podstawie art. 67 pkt. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE. Spełniając wskazany w tym przepisie warunek, tj. wykazując, że właściwość wyznaczonego personelu ma znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia, należy uznać, że dopuszczalna była ocena przez NCBR oferty w oparciu o kryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, które jako wyjątek od generalnego zakazu stosowania kryteriów podmiotowych, na podstawie

art. 91 ust. 3 Pzp, jest zgodne z prawem. Zamawiający wskazał także na art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE, podnosząc, że przepisy te mają analogiczne brzmienie. Tym samym „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia” zostały wskazane jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert -kryterium o charakterze jakościowym.

Argumentowano następnie, że na gruncie dyrektyw z 2014 r. oficjalnie i jednoznacznie przesądzone więc, że kryterium odnoszące się do jakości personelu (zespołu) mającego wykonywać przedmiot zamówienia nie dotyczy „właściwości wykonawcy” i nie łamie zakazu zawartego w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - przy założeniu, że kryterium to zostanie prawidłowo sformułowane, tj. będzie się odnosiło do konkretnego personelu (zespołu) wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ogólnie personelu wykonawcy bez wskazania jego powiązania z przedmiotem zamówienia i jego jakością. Tym samym kryterium to powinno być powiązane ze sposobem wykonania zamówienia.

W przedmiotowym zamówieniu zastosowanie kryterium podmiotowego było konieczne dla zrealizowania norm wynikających wprost z aktów prawa UE. W Rozporządzeniu KE nr 651/2014 w art. 21 ust 15 lit b ustawodawca wspólnotowy wskazuje, że zarządca lub pośrednik finansowy powinien być wybrany w drodze otwartego, przejrzystego i niedyskryminującego zaproszenia do składania ofert, opartego na obiektywnych kryteriach związanych z doświadczeniem, wiedzą fachową oraz potencjałem operacyjnym i finansowym. W innym akcie normatywnym UE - w rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) nr 480/2014 z dnia 3 marca 2014 r. (w załączeniu) w art. 7 ust. 2 ustawodawca UE wskazuje wyraźnie, że „przy wyborze podmiotu [wdrażającego instrument finansowy] instytucja zarządzająca odpowiednio uwzględnia charakter instrumentu finansowego, który ma być wdrożony, doświadczenie podmiotu we wdrażaniu podobnych instrumentów finansowych, wiedzę i doświadczenie proponowanych członków zespołu oraz zdolność operacyjną i finansową podmiotu”.

Wskazane rozporządzenie ma zastosowanie do przedmiotowego zamówienia, gdyż dotyczy wyboru podmiotu mającego wdrażać instrument finansowy, którego źródłem finansowania mają być środki z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i jego postanowienia winny być uwzględniane przy ocenie poprawności stosowania przepisów PZP i dyrektyw.

Mając na uwadze wyżej przytoczone przepisy rozporządzeń KE, należy podkreślić, że ze względu na to, iż są to przepisy zawarte w legislacji UE rangi rozporządzenia, stosuje się je bezpośrednio w porządku prawnym RP. Jednocześnie w przypadku ich niezgodności z normami zawartymi w przepisach prawa krajowego (ustaw lub rozporządzeń, tu wyjątkiem jest tylko Konstytucja), przepisy rozporządzeń UE mają pierwszeństwo stosowania przed przepisami prawa krajowego. Wynika to wprost z zasady prymatu prawa wspólnotowego nad prawem krajowym. Zatem, bez względu na istnienie w polskiej ustawie PZP przepisów

zakazujących stosowania kryteriów podmiotowych w ocenie ofert, w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia należy dać pierwszeństwo zastosowania ww. normom prawa wspólnotowego. Inne rozstrzygnięcie mogłoby prowadzić do uznania przez organy UE, że w procedurze wyboru podmiotu wdrażającego instrument finansowy Zamawiający (NCBR) nie zastosował przepisów prawa UE, które w tym przypadku powinny znaleźć zastosowanie.

Zamawiający stwierdził, że stanowisko wyrażone powyżej znajduje swoje uzasadnienie ponadto m.in. w wyroku TSUE w sprawie C-601/13 (Ambisig), gdzie Trybunał wskazał wprost, że: „przy udzielaniu zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, szkolenia i doradztwa, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 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 usług nie sprzeciwia się ustanowieniu przez instytucję zamawiającą kryterium, które pozwala na ocenę zdolności ekip zaproponowanych konkretnie przez ubiegających się dla wykonania tego zamówienia, i które uwzględnia skład ekipy, a także doświadczenie i życiorysy jej członków.”.

Zamawiający skonkludował, że ocena UZP nie uwzględnia powyższych okoliczności, wyciągając wnioski jedynie, co do naruszenia art. 91 ust. 3 PZP.

Ad 2. Kwestia zastosowania kryterium „czysto subiektywnego” oceny ofert - „Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia”

Zamawiający podniósł, że Kontrolujący nie wykazał, iż opis kryteriów był sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, na którą powołuje się w treści postawionych zarzutów. Sformułowano natomiast prawdziwą tezę nt. obowiązku doprecyzowania opisu kryteriów, ponieważ brak jednoznaczności mógłby utrudnić przygotowanie i złożenie oferty ze względu na brak dostatecznej informacji nt. tych jej elementów, które będą punktowane. Zamawiający podkreślił, że w omawianym postępowaniu do takiego uchybienia nie doszło.

Podniesiono również, że nie wykazano by w toku oceny ofert członkowie komisji oraz biegli, w związku z brakiem precyzji opisu kryteriów, różnie oceniali oferty. Ten drugi aspekt należy w ogóle pominąć ze względu na fakt, iż w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę, a więc ocena na podstawie podważanych kryteriów nie miała wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 36 ust 1, art. 91 ust 1 w zw. z art.7 ust 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że kryteria wskazane w ogłoszeniu i SIWZ odnoszą się do rezultatów postępowania określonych w OPZ, a w szczególności do pkt IV-VII. To zaś oznacza, że Zamawiający określił swoje oczekiwania dotyczące stanu docelowego, który powinien zostać osiągnięty poprzez realizację zamówienia i tym samym wskazał pod jakim kątem będzie oceniał oferty w dwóch podkryteriach w ramach tego kryterium. Podkreślono również, że ze względu na pionierski charakter przedmiotowego zamówienia publicznego, Zamawiający nie posiadał wiedzy o tym, jakie precyzyjnie powinny być: a) organizacja, kwalifikacje i

doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia oraz b) poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due diligence ofert złożonych przez zespoły zarządzające, w kontekście celów i wymogów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa (metody, techniki, narzędzia itp., które sprzyjać będą uzyskaniu obiektywnych i wiarygodnych rezultatów). Gdyby Zamawiający posiadał wiedzę o tym, jak powinna wyglądać organizacja, kwalifikacje i doświadczenie zespołu mającego realizować zamówienie oraz jak powinien wyglądać proces due diligence ofert składanych przez przyszłe zespoły zarządzające funduszami VC i Alfa, to nie musiałby prowadzić tego zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego. Jednakże, właśnie przez brak takiej wiedzy w czasie prowadzenia przedmiotowego zamówienia, Zamawiający musiał skorzystać z trybu dialogu konkurencyjnego (brak wiedzy o warunkach organizacyjnych i finansowych realizacji zamówienia). Stąd też Zamawiający opisał w OPZ oczekiwany stan docelowy - przedmiot działalności Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa oraz procesy, które wykonawca zamówienia będzie zobowiązany przeprowadzić, a złożone oferty mogły być oceniane w dwóch ww. podkryteriach w świetle prawdopodobieństwa osiągnięcia opisanych w OPZ celów zamówienia. Dopiero stan opisany ofertą spowoduje możliwość pełnej oceny odnoszącej się do zakładanych kryteriów.

Argumentowano następnie, że Zamawiający bardzo precyzyjnie określił cele i wymogi Funduszy w opisie przedmiotu zamówienia. Wskazanie w ramach opisu kryteriów, iż oceniane będą metody, techniki i narzędzia nastawione na wiarygodne rezultaty omawianego przedsięwzięcia (czyli wspieranie rozwoju innowacyjnej przedsiębiorczości) jednoznacznie określa, że wskazanie spójnej i precyzyjnej metodyki i technik np. wyszukiwania przedsiębiorców kwalifikujących się do pozyskania wsparcia będzie punktowane. Podobnie wskazanie większej liczby narzędzi w tym zakresie zapewni wyższą punktację niż w przypadku uboższych ofert. Należy pamiętać, że tak sformułowane kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy PZP) są precyzyjne dla podmiotów ubiegających się o to zamówienia, nawet jeśli nie są jasne dla laika. W takim przypadku należy mieć na uwadze orzecznictwo dotyczące jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia (którego przecież pochodną są kryteria oceny ofert): „Użyte sformułowania do opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te są kierowane do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty (...)” (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. Ca 1019/06).

Zamawiający zaznaczył, że nie można określić kryterium „Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia” jako subiektywnego. Ocena ofert w kryterium (pkt 11.3 SIWZ) została podzielona na dwa podkryteria. Podkryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie

personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (zgodnie z art. 67 pkt. 2 lit. b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE) w kontekście realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa" zostało zdefiniowana w sposób wyraźnie wskazujący, iż ocena zespołu zarządzającego przedstawionego w składanych ofertach będzie odnosić się do jego organizacji, kwalifikacji i doświadczenia w odniesieniu do możliwości realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa opisanych szczegółowo w pkt. IV, VI-VII OPZ. Szczegółowa charakterystyka celów obu Funduszy oraz zadania stojące przed przyszłym zespołem zarządzającym zostały bardzo dokładnie opisane w OPZ. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający poprzez cele jakie mają Fundusze określił precyzyjnie swoje oczekiwania, które Wykonawcy muszą spełnić i które będą podlegać ocenie.

Zamawiający argumentował następnie, że wykonawcy, przedkładając swoje oferty mieli świadomość, iż prezentowana przez nich koncepcja realizacji zamówienia będzie oceniana zarówno w aspekcie kwalifikacji i doświadczenia, jak i możliwości (prawdopodobieństwa) zrealizowania strategii inwestycyjnej Funduszu Funduszy BRIdge VC i Funduszu Funduszy BRIdge Alfa poprzez zastosowanie zaproponowanej w ofertach organizacji Funduszu Funduszy i organizacji głównych procesów mających służyć realizacji zadań Funduszu Funduszy

Podniesiono w dalszej kolejności, że podkryterium „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due diligence ofert złożonych przez zespoły zarządzające, w kontekście celów i wymogów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa (metody, techniki, narzędzia itp., które sprzyjać będą uzyskaniu obiektywnych i wiarygodnych rezultatów)" jednoznacznie wskazuje sposób oceny oferty w przedmiotowym aspekcie. Należy zauważyć, iż w OPZ zostało wyraźnie podkreślone, że kluczowym elementem realizacji Przedsięwzięcia będzie wybór zespołów zarządzających Funduszami VC i Funduszami Alfa o odpowiednim potencjale i doświadczeniu. W OPZ została obszernie przedstawiona strategia inwestycyjna Funduszu Funduszy Bridge VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa, w tym zasady wyboru zespołów zarządzających Funduszami VC i Funduszami Alfa i cele, jakie mają zostać osiągnięte w horyzoncie realizacji zamówienia. Wykonawcy mieli pełną świadomość, że w przedmiotowym podkryterium oceniane będą metody, techniki i narzędzia badawcze oraz całościowa propozycja metodologii badania typu due diligence w kontekście możliwości zrealizowania celów strategii inwestycyjnej opisanej w OPZ. Znajomość przedmiotu zamówienia determinuje organizację zespołu i dobór osób pod kątem ich kwalifikacji i doświadczenia. Osoby o wyższym doświadczeniu będą otrzymywały więcej punktów niż osoby o niższym doświadczeniu itd. Żaden wykonawca nie odwoływał się od treści kryteriów, ani nie zadawał pytań w tym zakresie, co wyklucza możliwość wpływu tych kryteriów na złożenie oferty.

W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający precyzyjnie określił swoje oczekiwania, których możliwość spełnienia będzie podlegać ocenie. Podkreślono przy tym, że Wykonawcy na etapie dialogu konkurencyjnego (także na podstawie treści SIWZ) wiedzieli o konieczności spełnienia kryteriów wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe wynikających z art. 7 rozporządzenia KE nr 480/2014 oraz w trakcie postępowania nie składali środków ochrony prawnej dotyczących kryteriów oceny ofert.

Ponadto, jak podnosił Zamawiający, w omawianym przypadku nie było możliwe wskazanie bardziej „policzalnych” podkryteriów, np. stopy zwrotu z inwestycji dotychczasowej działalności kadry zarządzającej, gdyż dane te miałyby tylko wymiar historyczny i nie odnosiłyby się do danego zamówienia. Jednocześnie sposób oceny poprzez wskazane kryteria nie był kwestionowany poprzez wykonawców.

Wskazano również, że brak pytań w zakresie ww. podkryteriów oraz brak odwołań oznacza, że zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i odnoszące się do niego kryteria były dla wykonawców zrozumiałe i tym samym nie naruszały zasady uczciwej konkurencji, ani nie mogły decydować o woli złożenia przez nich oferty.

Zamawiający podkreślił następnie, że w przypadku obu kryteriów oferty są oceniane przez osoby mające wiadomości specjalne z danej dziedziny. Protokół postępowania potwierdza, iż powołano aż 9 biegłych. Osoby takie są władne ocenić zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców załączone do oferty opisy sposobu realizacji zamówienia, kierując się swoją wiedzą i wymaganiami SIWZ określającymi cele tworzenia funduszy. Znajomość tej tematyki jasno umożliwia stwierdzenie czy konkretna oferta jest lepsza czy też słabsza według opisanych wyżej kryteriów. Dopiero ustalenie, iż doszło do nierównego traktowania wykonawców mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia wady postępowania. W omawianym postępowaniu została złożona jedna oferta, stąd zarzut nierównego traktowania byłby niezasadny. Należy w związku z tym (a także w związku z brakiem pytań oraz odwołań w tym zakresie) uznać, iż kwestia kryteriów nie budziła wątpliwości wykonawców, nie decydowała o woli złożenia oferty i nie miała żadnego wpływu na wynik postępowania.

Podkreślono również, iż sam Kontrolujący stwierdził, iż ustalanie subiektywnych kryteriów oceny ofert jest dopuszczalne pod warunkiem ich odpowiedniego opisanie. Zamawiający wskazał, że opis był precyzyjny dla podmiotów profesjonalnie zajmujących się przedmiotem zamówienia. Wskazano, że ustawa Pzp nie określa w jaki sposób należy opisywać kryteria, a więc z przepisu nie wynika, że Zamawiający naruszył ustawę Pzp. Istotne jest również to, że podobny sposób formułowania kryteriów stosuje np. Komisja Europejska (np. postępowanie oznaczone: FISMA/2015/106/D, nr ogłoszenia o zamówieniu: 2015/S 227-412386, link do strony z SIWZ: <https://etendering.ted.europa.eu/document/document-file-download.html?docFileId=12912#>). W pkt 2.4 Specyfikacji określono:

"2.4. AWARD CRITERIA The tender will be awarded according to the best-value-for-money procedure, [kryteria wyboru oferty]

The quality of the tender will be evaluated based on the following criteria. The maximum total quality score is 100 points.

- Quality and relevance of the proposed methodology (60 points) 1. The methodology to analyse the effect of legal, regulatory, institutional and/or micro- and macro-economic factors on the primary (issuance) and secondary (trading and pricing) market activity in European covered bond markets. In particular, the following features of the methodology will be considered [w szczególności następujące cechy metodologii będą brane pod uwagę -przypis Zamawiającego]:

- the soundness and adequacy of the specific model-based, econometric or quantitative methodology to be used [trafność i adekwatność wskazanej metodologii ekonometrycznej lub ilościowej opartej na modelu - przypis Zamawiającego];
- the scope and relevance of the data to be used in the analysis, which should include a sufficiently representative breakdown of covered bonds from different European Union Member States and types of issuers;
- the assumptions made or methodology to be used to incorporate in the analysis the possible effects of changes to the legal, regulatory or institutional framework underpinning covered bond issuance and trading before the entry into force of those changes and the justification of the relevant time period used for the analysis; and - the specification and justification of the geographical level of analysis"

Zamawiający podał, że z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP nie wynika obowiązek, by opis sposobu oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów musiał być dokonany w jakiś szczególny sposób. Brak wyraźnego przepisu prawa w tym zakresie prowadzi do wniosku, że opis ten może być sporządzony w sposób właściwy dla danego zamówienia, zrozumiały i nie negowany przez wykonawców, a także pozwalający na wybór oferty najkorzystniejszej. Wszystkie te cele spełnił opis sposobu oceny podawany przez Zamawiającego. Konieczność stosowania pewnych szczególnych zasad sporządzania tego opisu jest wyłącznie poglądem organu kontroli, który nie może jednak przesądzać o naruszeniu prawa w zakresie, w którym prawo nie formułuje jakichkolwiek wymagań.

Ad 3. Kwestia różnych wymogów wobec wykonawców w odniesieniu do wykazania spełniania kryterium „45 mln euro”.

W zakresie naruszenia art. 38 ust 6 Pzp Zamawiający zakwestionował zasadność stanowiska Kontrolującego.

Podniesiono, że zgodnie z pkt. 8.2 SIWZ wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć Umowy od Inwestorów Prywatnych, z których wyraźnie wynika, iż spełnia kryterium

oceny oferty określone w pkt. 11.5 SIWZ. Punkty za kryterium „Wysokość środków pieniężnych, które Wykonawca zobowiązuje się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC” zostaną przyznane za wykazanie kwoty środków ponad wymagane minimum 45 mln EUR, co do których Wnioskodawca pozyskał, na moment składania oferty, umowy od Inwestorów Prywatnych.

Podkreślono, że nie występują rozbieżności pomiędzy pkt 11.5 SIWZ, a odpowiedzią udzieloną w ramach wyjaśnień, ponieważ zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania, jeden z wykonawców – I. nie posiadał własnych środków, które mógłby przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC. Wskazano przy tym, że z informacji uzyskanych od drugiego z uczestników postępowania - konsorcjum P. - wynikało, że wymaganą minimalną kwotę środków pieniężnych, które wykonawca zobowiąże się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC (45 mln euro), jest w stanie zapewnić jeden z członków konsorcjum i potwierdzić to, podpisując ofertę zawierającą oświadczenie w tym zakresie. W związku z tym każdy z dwóch uczestników przedmiotowego postępowania mógł w inny sposób wykazać zobowiązanie do przeznaczenia na inwestycje w ramach BRIDGE VC ww. minimalnej kwoty 45 mln EUR - konsorcjum P. poprzez złożenie wiążącej oferty, I. - poprzez złożenie kopii umów z inwestorami prywatnymi, z których wyraźnie będzie wynikać zobowiązanie do przeznaczenia przez nich na inwestycje w ramach BRIDGE VC łącznej kwoty co najmniej 45 mln EUR.

Zamawiający podkreślił, że nie zmodyfikował SIWZ a odpowiedzią jedynie dostosował wymagania do charakteru wykonawcy, którego sytuację znał z etapu dialogu konkurencyjnego. Wskazano, że gdyby nawet przyjąć, iż doszło do modyfikacji, to należy zwrócić uwagę, iż ustawa Pzp nakazuje przedłużenie terminu na złożenie oferty tylko w określonych okolicznościach, tj. jeżeli konieczny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. W omawianym przypadku zmiany takie nie zachodzą, ponieważ istotą ewentualnej modyfikacji jest przedstawienie *de facto* załączników w postaci umów potwierdzających spełnianie warunku, który nie uległ zmianie - tj. dysponowania środkami. Istotną zmianą byłaby zmiana parametrów finansowych, bądź zmiana parametrów wynagrodzenia (ryczałt, kosztorysowe), uzależnienie możliwości wykonania zamówienia od zgody osoby trzeciej, doprecyzowanie i wyjaśnienie rozbieżności, co niosłoby konieczność przedłużenia terminu, a okoliczności takie były już wielokrotnie przedmiotem wyroków ZA i KIO.

Zauważono także, że wniosek Wykonawcy I. dotyczący wydłużenia terminu składania ofert został złożony na 18 minut przed upływem terminu składania ofert. Świadczy to co najmniej o braku należytej staranności tego wykonawcy, jeśli nie o lekkomyślności bo tak złożony wniosek w ogóle nie musiał dotrzeć do osób, które władne były podjąć taką decyzję w odpowiednim terminie. Profesjonalny wykonawca nie może abstrahować od takiej sytuacji. Skoro wykonawca wiedział, że nie może pozyskać wymaganych w SIWZ dokumentów, to

powinien złożyć podobny wniosek odpowiednio wcześniej. Zwraca uwagę fakt, iż zaproszenie do składania ofert wraz z SIWZ i ww. wymogiem określonym w pkt 8.2 oraz 11.5 SIWZ, został przekazany wykonawcom w dniu 24 września. Nawet gdyby Zamawiający powinien był wydłużyć termin składania ofert, to byłoby to niemożliwe, ponieważ wysłanie informacji o wydłużeniu terminu nie mogło dojść do wykonawców z odpowiednim wyprzedzeniem. Przygotowanie odpowiedniego pisma, jego podpisanie przez odpowiednią osobę, zeskanowanie i wysłanie do wykonawców wymaga odpowiednio długiego czasu, nie mówiąc już o tym, że niezbędną byłaby zmiana ogłoszenia o zamówieniu, które powinno zostać opublikowane przed upływem terminu składania ofert, aby wykonawcy mogli przed tym terminem dowiedzieć się z powszechnie dostępnego publikatora o zmianie ogłoszenia. Wystarczy wskazać, iż sprostowania ogłoszeń dokonywane są najwcześniej następnego dnia (publikacja następuje każdego dnia rano), a najczęściej mają miejsce kilka dni po przekazaniu, aby stwierdzić, że wydłużenie terminu nie było możliwe.

Niemniej jednak należy uznać, że w postępowaniu nie doszło w omawianym zakresie do zmiany SIWZ, a zarzut postawiony w kontroli jest bezpodstawny.

Ad 4. Kwestia żądania dokumentów nie wymienionych w rozporządzeniu Prezesa RM.

Podkreślono, że Zamawiający w postępowaniu posługiwał się wykazem dokumentów przewidzianych w Pzp i rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.01.2013 r., nie naruszając również art. 25 ust 2 PZP. Zamawiający na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 3 PZP, zawarł w ogłoszeniu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 5 Pzp tak określił warunki udziału w postępowaniu, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, aby mógł zweryfikować zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Dlatego też na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 2 Pzp zamieścił w ogłoszeniu w pkt III.2.2.2.2) informację, iż na potwierdzenie warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp (dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej) Wykonawcy powinni przedstawić: 2) Sprawozdanie finansowe albo jego część, (...potwierdzające, że na dzień 31 grudnia 2012 r., 31 grudnia 2013 r. oraz 31 grudnia 2014 r. zarządzali aktywami o wartości co najmniej 4 mld PLN(...).

Już na etapie przygotowania postępowania Zamawiający uzyskał opinie od niezależnego eksperta w dziedzinie księgowości Towarzystw Funduszy Inwestycyjnych, z której wynikało, iż roczne sprawozdanie finansowe TFI sporządzane jest w oparciu o przepisy ustawy o rachunkowości. Wobec braku obowiązku publikowania w sprawozdaniu finansowym informacji o wielkości aktywów, którymi zarządza TFI, przedmiotowe dane przedstawiane są w sposób dowolny i niezunifikowany. Zatem jako dowód spełniania warunku, o którym mowa w ww. ogłoszeniu w pkt III.2.2.2.2) Towarzystwo może przedstawić złożone do KNF miesięczne sprawozdanie, o którym mowa powyżej, z zastrzeżeniem klauzuli poufności

zawartych w raportach informacji.

Nadmieniono, że ustawodawca w art. 26 ust. 2c Pzp przewidział, iż jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Zamawiający przyjął zatem, że Wykonawca może przedstawić dokumenty zamienne, które potwierdzają spełnienie postawionego przez Zamawiającego warunku. Podsumowując, Zamawiający działał w oparciu o przepisy Pzp oraz rozporządzenia. W przypadku złożonego sprawozdania finansowego zarówno przez I., jak i P. nie można było ustalić wartości aktywów pod zarządzaniem, które było warunkiem sine qua non wyboru Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

Wskazano jednocześnie, że w tym przypadku zarzut Kontrolującego jest niezrozumiały. Zgodzić należy się, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej powinien odpowiadać treści dokumentów wymaganych na jego potwierdzenie, a więc dokumentów określonych w rozporządzeniu ws. rodzajów dokumentów. Jednak z ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, żeby Zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu nieznajdującego się w tym rozporządzeniu. Postawiony zarzut odnosi się do brzmienia pkt III.2.2 ogłoszenia - „Zdolność ekonomiczna i finansowa”, którym podano następującą informację: „Sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności, - potwierdzające, że na dzień 31 grudnia 2012 r., 31 grudnia 2013 r. oraz 31 grudnia 2014 r. zarządzali aktywami o wartości co najmniej 4 mld PLN (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres). Informację o wartości aktywów pod zarządzaniem - towarzystwo funduszy inwestycyjnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych - ma obowiązek przekazywać w sprawozdaniach miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego zgodnie z par 6 ust. 1 rozporządzenia z dnia 1 września 2009 r. w sprawie okresowych sprawozdań oraz bieżących informacji dotyczących działalności i sytuacji finansowej towarzystw funduszy inwestycyjnych i funduszy inwestycyjnych dostarczanych przez te podmioty Komisji Nadzoru Finansowego (Załącznik nr 2 część A VI - pozycje 1-4;]”

Wywodzenie z powyższego, że Zamawiający wymagał złożenia sprawozdania miesięcznego przekazywanego do KNF jest nadinterpretacją. Zamawiający wskazał, iż dokumentem wymaganym na potwierdzenie warunku jest „sprawozdanie finansowe albo jego część” zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów. Wzmianka dotycząca sprawozdań składanych KNF nie ma charakteru wymogu, a jedynie

informacji, która ma wyjaśnić o jakie aktywa chodzi. Jest to zbieżne z brzmieniem samego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku (pkt III.2.2 ust. 1 ppkt 1), gdzie Zamawiający również wyjaśnił jak należy rozumieć wartość aktywów: „Przez aktywa pod zarządzaniem (assets under management, AuM) rozumie się sumę wartości majątkowych w szczególności w postaci środków pieniężnych, papierów wartościowych oraz innych instrumentów finansowych, powierzonych Wykonawcy, oraz podlegających jego decyzjom inwestycyjnym podejmowanych i realizowanych w interesie powierzających. Przykładowo: dla towarzystw funduszy inwestycyjnych przez aktywa pod zarządzaniem rozumieć należy sumę wartości wskazanych w Załączniku 2 pt. „WZÓR SPRAWOZDANIEMIESIĘCZNE TOWARZYSTWA FUNDUSZY INWESTYCYJNYCH ZA OKRES OD DO”, Część pkt. VI”.

Sformułowanie: „informację o wartości aktywów pod zarządzaniem - towarzystwo funduszy inwestycyjnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych - ma obowiązek przekazywać w sprawozdaniach miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego” miałoby charakter wymogu gdyby brzmiało: lub (albo oraz) informację o wartości aktywów pod zarządzaniem - którą towarzystwo funduszy inwestycyjnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych - ma obowiązek przekazywać w sprawozdaniach miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego”. Z ogłoszenia nie wynika, że omawiany dokument należy złożyć oprócz sprawozdania finansowego. W związku z powyższym należy uznać, że jedynym wymaganym dokumentem było właśnie sprawozdanie finansowe. Nie było zresztą powodów, aby Zamawiający miał wymagać innego konkretnego dokumentu, skoro wartość aktywów jest zgodnie z brzmieniem art. 45 ust. 3 ustawy o rachunkowości (Dz.U. 2013, poz. 330 ze zm.) elementem sprawozdania finansowego składanego przez fundusze inwestycyjne: „3. Sprawozdanie finansowe jednostek określonych w art. 64 ust. 1, podlegające corocznemu badaniu, obejmuje ponadto zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym, a w przypadku funduszy inwestycyjnych - zestawienie zmian w aktywach netto, oraz rachunek przepływów pieniężnych, z zastrzeżeniem ust. 3a.”

Jednocześnie zaznaczono, że w odniesieniu do innych podmiotów, dla których obowiązek podawania wartości zarządzanych aktywów w sprawozdaniu nie istnieje, była możliwość złożenia innego dokumentu w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, a więc wymóg samego warunku nie ograniczał konkurencji lecz przeciwnie - rozszerzał ją i był dopuszczalny. Zwrócono również uwagę, że w postępowaniu żaden wykonawca nie został wykluczony, ani nie zadawał pytań w tym zakresie (choć pytania do ogłoszenia pojawiły się i Zamawiający na nie odpowiadał), a więc należy przyjąć, że wykonawcy prawidłowo zrozumieli, iż podważana informacja ma jedynie charakter informacyjny. Co więcej wykonawca I. nie dołączył do wniosku sprawozdań składanych do KNF i dopiero po wezwaniu do uzupełnienia, w którym Zamawiający poinformował wykonawcę, że w przypadku tego

wykonawcy (TFI) można złożyć sprawozdania składane do KNF, odpowiednie dokumenty zostały złożone. Wskazanie w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów informacji, iż konkretny dokument stanowi źródło wymaganych informacji nie jest błędem Zamawiającego, a wręcz świadczy o prawidłowości jego działań.

Ad 5. Kwestia wskazania sprzecznie z art. 91 ust. 4 ustawy PZP sposobu postępowania w przypadku złożenia ofert o takim samym bilansie punktów

Zamawiający wskazał, że w SIWZ kryteria i ich wagi, określono następująco:

- a. Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia (punkty A) - waga 80%,
- b. Cena (punkty B)- waga 15%,
- c. Wysokość środków pieniężnych, które wykonawca zobowiązuje się przeznaczyć na inwestycje w ramach Bridge VC (punkty C) - waga 5%.

Zamawiający stwierdził, że w związku z zapisem 11.7 SIWZ wskazującym na zasady oceny ofert w przypadku złożenia ofert o takim samym bilansie ceny i innych kryteriów oceny ofert nie można postawić zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, gdyż zapisy SIWZ zgodne są z tym artykułem. Możliwa jest analiza adekwatności powyższych zapisów SIWZ względem art. 91 ust.4 PZP nakazującego w określonej sytuacji dokonanie wyboru w odniesieniu do kryterium ceny.

Zwrócono uwagę, iż w świetle postanowień nowej dyrektywy klasycznej, tj. jej art. 67 ust. 4, przewidziane przez Zamawiającego zapisy odpowiadają kryteriom określonym w dyrektywie. Wskazuje ona na konieczność zapewnienia przy ich pomocy, efektywnej konkurencji. Nie można im natomiast zarzucić niedopuszczalnej swobody, co jest zabronione w świetle przepisów wskazanej dyrektywy. Podnieść należy, iż dyrektywa nie posługuje się swoistą klauzulą kolizyjną określoną w obowiązującym ustawie Pzp w art. 91 ust. 4 „w przypadku złożenia ofert z takim samym bilansem ceny i innych kryteriów oceny ofert” nakazującą posłużyć się niższą ceną. Takiego zapisu dyrektywa nie zawiera. Pozostawia ona ograniczoną swobodę wykonawcy w kształtowaniu kryteriów wyboru.

Podniesiono następnie, że Zamawiający nie mógł dopuścić, aby o ewentualnym wyborze oferty decydowała cena, ponieważ stanowiła ona niewielki udział w ogólnej kwocie jaką miał zarządzać Menadżer Funduszy i decyzje Zamawiającego są adekwatne do możliwości wskazanych dyrektywą.

Konkludując wskazano, że działania Zamawiającego mieszczą się więc w regułach wynikających z obowiązujących już reguł dyrektywy.

Ad 6. Wskazanie wybiórczych przesłanek zatrzymania wadium sprzecznie z art. 46 ust. 4a ustawy PZP.

Zamawiający argumentował, że wbrew stanowisku zawartemu w wynikach kontroli,

Zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 36 ust 1 pkt 8 Pzp, gdyż zgodnie z wymogami ustawy zawarł wymagania dotyczące wadium, odpowiednio do trybu postępowania i etapu, na którym było postępowanie. Wadium ma za zadanie zabezpieczyć ofertę. Nieuzasadnionym jest odnoszenie się do przepisów dotyczących wadium, które dotyczą okoliczności możliwych do zaistnienia na wcześniejszym etapie postępowania, który w dodatku został zakończony przed etapem, na którym wadium należy złożyć. Skoro na etapie składania ofert nie była przewidziana procedura wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, jako że były one złożone w poprzednim etapie postępowania, to tym samym taki stan faktyczny nie mógł zaistnieć, a zatem i wskazywanie dodatkowej okoliczności umożliwiającej zatrzymanie wadium, nie było zasadne. Co za tym idzie zarzut naruszenia ustawy Pzp w zakresie możliwości wprowadzenia wykonawców w błąd jest niezasadny, a opisywany stan faktyczny pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Prezes UZP w piśmie z dnia 7 grudnia 2015 r., w odpowiedzi na pismo z dnia 25 listopada 2015 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w celu realizacji wspólnych inwestycji w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC” poinformował, że uwzględniono zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zaś w pozostałym zakresie podtrzymane zostało stanowisko wyrażone w ww. Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, odnośnie wskazanych tam naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Kontrolujący, odnosząc się do podniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń, poinformował, że:

1. W przedmiocie stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie przez Zamawiającego niezgodnego z ww. artykułem kryterium oceny ofert, które odnosiło się do właściwości wykonawcy, tj. do „organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”.

Kontrolujący wskazał, że Zamawiający podniósł, iż przedmiotowy zarzut jest niezasadny, bowiem nie uwzględnia on obowiązującej Dyrektywy 2014/24/WE. Zgodnie z art. 67 ust. 2 lit. b ww. dyrektywy, zdaniem Zamawiającego dopuszczalne jest zastosowanie kryterium „organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia”. Zamawiający podkreślił, iż w zw. ze wskazaną regulacją Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE zastosowanie kryterium odnoszącego się do właściwości wykonawcy nie łamie zakazu określonego w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał także, iż zastosowanie kryterium podmiotowego

było konieczne dla wypełnienia normy art. 21 ust. 15 lit. B Rozporządzenia KE 651/2014, który wskazuje, że zarządca lub pośrednik finansowy powinien być wybrany w drodze otwartego, przejrzystego i niedyskryminującego zaproszenia do składania ofert, opartego na obiektywnych kryteriach związanych z doświadczeniem, wiedzą fachową oraz potencjałem operacyjnym i finansowym. Ponadto zastosowanie ww. kryterium było konieczne wobec dyspozycji art. 7 ust. 2 Rozporządzenia delegowanego Komisji Unii Europejskiej nr 480/2014, który stanowi, że przy wyborze podmiotu wdrażającego instrument finansowy instytucja zarządzająca odpowiednio uwzględnia charakter instrumentu finansowego, który ma być wdrożony, doświadczenie podmiotu we wdrażaniu podobnych instrumentów finansowych, wiedzę i doświadczenie proponowanych członków zespołu oraz zdolność operacyjną i finansową podmiotu. Ponadto, dla poparcia swoich twierdzeń, Zamawiający powołał się na orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz opinię Rzecznika Generalnego z dnia 27.10.2005 r.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Zamawiającego Kontrolujący stwierdził, że nie zachodzą podstawy do ich uwzględnienia. Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli, art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zawiera zakaz stosowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, w szczególności dotyczących jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z powyższego wynika, że właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie najkorzystniejszej oferty. Przeprowadzenie przez zamawiającego kwalifikacji wykonawców zdolnych do prawidłowego wykonania zamówienia (oceny podmiotowej wykonawców) powinno poprzedzać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności te są niezależne od siebie a ich konsekwencje prawne są odmienne. Ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast ocena przedmiotowa może być przeprowadzona na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu określenie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy warunków nie spełniają. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zastały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego.

Ponadto wskazano, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Katalog kryteriów jest otwarty, nie ulega jednak wątpliwości, że powinny dotyczyć przedmiotu zamówienia. Zatem zamawiający zobowiązany jest badać np. cenę, parametry, termin wykonania, itp.

Wskazano następnie, że mając na uwadze szczególny, innowacyjny charakter zamówienia, oraz wyjątkową specyfikę jego przedmiotu można uznać, iż w postępowaniu dotyczącym takiego przedmiotu zamówienia możliwym byłoby uznanie, iż właściwości

wykonawcy mają więc wpływ na jakość świadczonych usług. W sytuacji takiej, opis kryteriów oceny ofert nawiązujący do tych kluczowych właściwości wykonawcy, które jednocześnie stanowią o właściwościach przedmiotu zamówienia nie naruszałby art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego można wskazać orzeczenie w sprawie Renco, w którym orzekając na gruncie dyrektywy 92/50/EWG2, Trybunał uznał, że kryteria takie jak doświadczenie i kwalifikacje techniczne wykonawcy jak i jakość podwykonawców są czynnikami, które mogą wpłynąć na wartość oferty i mogą być uwzględniane wśród kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (wyrok z dnia 25 lutego 2003 r. w sprawie T-4/01 Renco SpA przeciwko Radzie Unii Europejskiej, ECLI:EU:T:2003:37, pkt 69).

Ponadto, w wyroku w sprawie Ambisig, Trybunał stwierdził, że przy udzielaniu zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, szkolenia i doradztwa, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE nie sprzeciwia się ustanowieniu przez instytucję zamawiającą kryterium, które pozwala na ocenę zdolności ekip zaproponowanych konkretnie przez ubiegających się dla wykonania tego zamówienia, i które uwzględnia skład ekipy, a także doświadczenie i życiorysy jej członków (wyrok z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/13 Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informacao Geográfica SA przeciwko Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém i Nucleo Inicial - Formação e Consultoria Lda, ECLI:EU:C:2015:204, pkt 35; zob. także przedstawiona w dniu 18 grudnia 2014 r. opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta w tej sprawie, ECU:EU:C:2014:2474, pkt 22 i nast.).

Podniesiono przy tym, że kryteria oceny ofert dotyczące właściwości wykonawcy można by uznać jako odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a tym samym za zgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, jednak przedmiotowe kryteria oceny ofert musiałyby być opisane w sposób precyzyjny, jasny i niepozostawiający wątpliwości, że oceniane będą właściwości wykonawcy, które mają wpływ na poziom wykonania zamówienia. Koniecznym byłoby również, ażeby kryteria oceny ofert sformułowane zostały w sposób, który gwarantuje, iż ocena właściwości wykonawcy w odpowiedni sposób uwzględniać będzie wpływ tej właściwości na wykonanie zamówienia. Jednakże, podkreślić należy, że stanowiłoby to wyjątek od zasady wyrażonej art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, natomiast zgodnie z regułami wykładni prawa, wyjątki należy interpretować zawężająco

W przedmiotowym stanie faktycznym nie można jednak uznać, że Zamawiający był uprawniony do zastosowania podmiotowego kryterium oceny ofert, bowiem ocenił jedynie „organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia” bez wyspecyfikowania w jaki konkretnie sposób będzie to mieć przełożenie na poziom wykonania zamówienia. Zamawiający również w złożonych zastrzeżeniach nie wykazał, które właściwości wykonawcy będą oceniane w realizacji zamówienia. W szczególności nie wykazał jaka konkretnie organizacja personelu wykonawcy będzie oceniana przez

Zamawiającego. Narodowe Centrum Badań i Rozwoju nie określiło również jakie konkretnie doświadczenie i kwalifikacje będą przez niego oceniane ww. kryterium. Zamawiający nie wskazał także, jak cechy wykonawcy, stanowiące kryteria oceny ofert, wpływać będą na jakość oferowanej usługi, a tym samym podniosą wartość oferty i samej realizowanej następnie usługi.

Prezes UZP stwierdził więc, że w niniejszej sprawie należy uznać, że wprowadzenie w opisie kryterium oceny ofert, jedynie zapisu, iż oceniane będą „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia” nie pozwala na stwierdzenie, iż Zamawiający wypełnił wszystkie wymogi zastosowania ww. wyjątku od zasady, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. Przedmiotowy zapis nie pozwala na jednoznaczne określenie, iż oceniane będą właściwości wykonawcy mające wpływ na poziom wykonania zamówienia oraz to, w jaki sposób właściwości te będą oceniane.

Reasumując, stwierdzono, iż mając na uwadze przedmiot zamówienia, byłoby teoretycznie możliwym odstępnie od zasady wyrażonej w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp i zastosowanie kryterium oceny ofert odwołującego się do właściwości wykonawcy, jednakże z uwagi na fakt, iż Zamawiający w niewłaściwy sposób dokonał opisu ww. kryterium, nie może znaleźć zastosowania wyjątek od zasady zakazu stosowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy. Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy.

2. W odniesieniu do wskazanego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na zbyt ogólnym, nieprecyzyjnym i opierającym się na całkowicie uznaniowej ocenie Zamawiającego określeniu kryterium oceny ofert „Adekwatność koncepcji realizacji zamówienia”.

Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający podniósł, iż nie wykazano, że członkowie komisji przetargowej oraz biegli różnie oceniali złożone oferty. Ponadto Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zamówienie miało charakter pionierski, wobec czego Zamawiający nie posiadał wiedzy, o tym, jak powinny być, ocenianie (przewidziane jako podkryteria) organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia oraz poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due diligence ofert złożonych przez zespoły zarządzające, w kontekście celów i wymogów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa (metody, techniki narzędzia ftp., które sprzyjać będą uzyskaniu obiektywnych i wiarygodnych rezultatów). Zamawiający podniósł, iż brak ww. wiedzy potwierdza okoliczność, iż postępowanie prowadzone było w trybie dialogu konkurencyjnego. Zamawiający podkreślił,

iż kwestionowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kryteria odnoszą się do zakładanych rezultatów postępowania dokładnie opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, zatem jego oczekiwania zostały określone poprzez opisanie stanu docelowego, jaki powinien zostać osiągnięty przez realizację zamówienia. Ponadto Zamawiający podniósł, iż sformułowane kryteria są precyzyjne dla podmiotów ubiegających się o te zamówienia. Wnoszący zastrzeżenia wskazał też, iż brak odwołań oraz pytań w zakresie przedmiotowych kryteriów świadczy o tym, iż opis przedmiotu zamówienia i odnoszące się do niego kryteria były dla wykonawców zrozumiałe, zatem nie naruszały zasady uczciwej konkurencji i nie mogły decydować o woli złożenia przez nich oferty. Zamawiający wskazał ponadto, iż oferty oceniane były przez osoby posiadające wiadomości specjalne z odpowiednich dziedzin, wobec czego nie stanowiło dla nich trudności dokonanie oceny, która oferta była w zakresie wskazanych kryteriów bardziej korzystna. Zamawiający wskazał również, iż w organizowanym postępowaniu została złożona jedna oferta, stąd zarzut nierównego traktowania wykonawcy, byłby zdaniem Zamawiającego niezasadny.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, Kontrolujący wskazał, że nie znajduje on uzasadnienia w obowiązujących przepisach i stanie faktycznym sprawy. Nie może stanowić o precyzyjności i klarowności przyjętych kryteriów okoliczność, iż nie zachodziły różnice w dokonanych przez biegłych ocenach ofert, z tego chociażby powodu, że - jak sam podnosi Zamawiający - złożona została tylko jedna oferta. Nie można również zgodzić się z pozostałymi twierdzeniami odnoszącymi się do wiedzy specjalistycznej - że okoliczność, iż oceny ofert dokonywały osoby posiadające wiedzę specjalistyczną, wobec czego tak sformułowane kryteria były wystarczające, jak też, że sformułowane kryteria były precyzyjne dla podmiotów ubiegających się udzielenie zamówienia. Należy wskazać, że zamawiający może wprowadzić do specyfikacji istotnych warunków zamówienia trudno mierzalne kryteria oceny ofert, jednakże powinno to zostać dokonane ze szczególną starannością i ostrożnością oraz w taki sposób, aby możliwa była weryfikacja tych kryteriów (tak KIO w wyroku z dnia 17.10.2013 r., sygn. KIO 2349/13). Kryteria oceny ofert powinny być tak sformułowane, aby wyłączona została możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny ofert przez zamawiającego, zaś weryfikacja tej oceny była możliwa nie tylko przez zamawiającego, ale również podmioty zewnętrzne, w tym wykonawców, a także przez każdą osobę znającą treść ofert - w tym organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak KIO w wyroku z dnia 21.07.2014 r., sygn. KIO 1389/14). Wobec powyższego uznać należy, iż dokonywanie oceny ofert przez osoby odznaczające się posiadaniem wiedzy specjalistycznej oraz zrozumienie kryteriów oceny ofert przez wykonawców nie świadczy o prawidłowym - precyzyjnym i obiektywnym opisanu tych kryteriów. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż „pionierski” charakter zamówienia oraz jego specyfika uniemożliwiły zastosowanie bardziej obiektywnych,

precyzyjnych i weryfikowalnych kryteriów oceny ofert. Jak wskazuje sam Zamawiający - zamówienie ze względu na jego charakter prowadzone było w trybie dialogu konkurencyjnego, zgodnie zaś z art. 60e ust. 1 ustawy Pzp dialog z wykonawcami prowadzony jest do momentu, gdy zamawiający jest w stanie określić rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby, natomiast art. 60e ust. 3 stanowi, że zamawiający, wraz z zaproszeniem do składania ofert, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu, przekazuje wykonawcom siwz. Zatem - co wskazano już w informacji o wyniku kontroli, Zamawiający, dzięki przeprowadzeniu postępowania właśnie w ww. trybie miał możliwość prawidłowego sformułowania kryteriów oceny ofert, bowiem określająca kryteria oceny ofert specyfikacja istotnych warunków zamówienia przekazywana jest wraz z zaproszeniem do składania ofert, które następuje już po zakończeniu dialogu z wykonawcami. Zamawiający wskazuje również, iż ze względu na charakter zamówienia niemożliwym było zastosowanie „bardziej policzalnych” kryteriów oceny ofert. Uznać należy, iż w tym zakresie Zamawiający przeczy sam sobie, bowiem w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazuje, iż „Wskazanie w ramach opisu kryteriów, iż oceniane będą metody, techniki i narzędzia nastawione na wiarygodne rezultaty omawianego przedsięwzięcia (czyli wspieranie rozwoju innowacyjnej przedsiębiorczości) jednoznacznie określa, że wskazanie spójnej i precyzyjnej metodyki i technik np. wyszukiwania przedsiębiorców kwalifikujących się do pozyskania wsparcia będzie punktowane. Podobnie wskazanie większej liczby narzędzi w tym zakresie się zapewni wyższą punktację niż w przypadku uboższych ofert”, ponadto w ramach podkryterium „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii...”, Zamawiający wskazał, że „osoby o wyższym doświadczeniu będą otrzymywały więcej punktów niż osoby o niższym doświadczeniu”. Należy zatem uznać, iż było możliwe bardziej precyzyjne - „policzalne” - określenie metody przyznawania punktów w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert niż uczynił to Zamawiający, wprowadzając całkowicie subiektywny klucz przyznawania punktów, czego nie podważył, a co szerzej omówione zostało w informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się również ze stanowiskiem Zamawiającego, iż przyjęcie przedmiotowego kryterium oceny ofert nie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ze względu na nie odniesienie się (poza zanegowaniem stwierdzonego naruszenia) do informacji dot. przedmiotowego naruszenia zawartej w informacji o wyniku kontroli, wskazano, iż Prezes Urzędu podtrzymuje przedstawione tam stanowisko, które znajduje oparcie również w orzecznictwie Krajowej Izbie Odwoławczej. W powołanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.10.2013 r., wydanym w sprawie, gdzie - podobnie jak w niniejszym postępowaniu - zamawiający przyjął kryteria określone w sposób niejasny i niepozwalający na weryfikację prawidłowości oceny ofert, wskazano, że „Izba nie neguje możliwości wprowadzenia kryterium jakościowego do treści SIWZ, jednakże powinno to zostać dokonane ze szczególną starannością i ostrożnością

oraz w taki sposób, aby możliwa była weryfikacja tych kryteriów, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca. Jak wskazano powyżej Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na chwilę składania ofert pozostają w niepewności jak oceniane będą oferty, przez co nie jest możliwe ich przygotowanie w taki sposób, aby w maksymalnym stopniu odpowiadały potrzebom Zamawiającego. Po drugie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawową zasadę określają równe traktowanie wykonawców w postępowaniu. Nadto podkreśla się przejrzystość postępowania. W niniejszym postępowaniu w ocenie Izby zasada równego traktowania wykonawców została naruszona".

Mając na uwadze treść art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 wzw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i okoliczności sprawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zawarte w Informacji o wyniku kontroli stanowisko, iż Zamawiający naruszył ww. przepis ustawy Pzp .

3. W zakresie wskazanego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 38 ust. 6 Pzp.

Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający powtórzył argumenty zawarte w piśmie z dnia 23.10.2015 r., iż nie nastąpiła modyfikacja siwz, a Zamawiający jedynie dostosował do charakteru wykonawcy wymóg dotyczący sposobu wykazania zobowiązania przeznaczenia na inwestycje w ramach Bridge VC łącznej kwoty co najmniej 45 mln euro. Zamawiający umożliwił wykonawcom wykazanie zobowiązania przeznaczenia przedmiotowych środków na inwestycje w ramach Bridge VC w różny sposób - konsorcjum P. miało zawrzeć w ofercie zobowiązanie do przeznaczenia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln euro, zaś wykonawca I. powinien przedłożyć umowy poświadczające zobowiązania inwestorów do przeznaczenia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln euro. Ponadto Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, iż art. 38 ust. 6 ustawy Pzp nakazuje przedłużenie terminu składania ofert w sytuacji, gdy zmiana siwz powoduje, iż potrzebny jest dodatkowy niezbędny czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zaś wskazany w wyjaśnieniach do siwz wymóg przedłożenia wraz z ofertą umów poświadczających zobowiązanie inwestorów prywatnych do przeznaczenia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln dotyczy nie samej oferty, a jedynie załączników do niej, wobec czego nie zaszła przesłanka przedłużenia terminu składania ofert. Zamawiający podniósł także, iż wniosek wykonawcy I. wpłynął na 18 minut przed upływem terminu składania ofert, wobec czego, ze względu na zbyt krótki czas na podjęcie odpowiednich działań formalnych, nie było realnie możliwym wydłużenie terminu składania ofert.

Odnosząc się do powyższego zastrzeżenia Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, iż nie ma podstaw dla uznania podniesionych przez Zamawiającego argumentów. W pierwszej kolejności wskazano, iż Zamawiający nie odniósł się do meritum wskazanej w informacji o wyniku kontroli zmiany siwz, która dokonana została w dniu 1.10.2015 r., odpowiedzią na pytanie wykonawcy do siwz z dnia 30.09.2015 r. Zmiana

ta polegała na tym, iż w siwz Zamawiający żądał przedłożenia umów od inwestorów prywatnych wykazujących zobowiązanie do przeznaczenia kwoty środków ponad wymagane minimum 45 mln euro, zaś zgodnie z ww. odpowiedzią na pytanie wykonawcy - również umów poświadczających zobowiązania inwestorów do przeznaczenia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln euro, nie zaś jedynie ponad tę kwotę.

Wobec okoliczności, iż Zamawiający nie przedstawił nowych (innych niż wskazane w informacji o wyniku kontroli) argumentów mających potwierdzić, iż nie doszło do zmiany siwz, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko przedstawione w tym zakresie w informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc się natomiast do argumentu Zamawiającego, iż przedmiotowa zmiana siwz nie wymagała wprowadzenia modyfikacji w samej ofercie, a jedynie w załącznikach do niej, wskazano, iż stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie znajduje żadnego oparcia w obowiązującym stanie prawnym. Zamawiający, zgodnie z ww. odpowiedzią na pytanie do siwz zażądał załączenia do oferty umów z inwestorami prywatnymi, co konieczne było dla dokonania oceny oferty według jednego z przewidzianych kryteriów oceny ofert, zatem oferta bez przedmiotowych załączników byłaby niepełna, nie byłaby możliwa jej prawidłowa ocena. Zatem wprowadzenie wymogu przedłożenia wraz z ofertą nowych dokumentów, stanowiło w rozumieniu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zmianę specyfikacji istotnych warunków umowy, nieprowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, która powodowała, że niezbędny był dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, wobec czego Zamawiający zobowiązany był do przedłużenia terminu składania ofert. Mając na uwadze powyższe, uznano ww. argument Zamawiającego za bezzasadny.

Podobnie, za bezpodstawne uznano twierdzenie Zamawiającego, iż nie było możliwym wydłużenie terminu składania ofert wobec zbyt późnego złożenia przez wykonawcę I. wniosku o przedłużenie tego terminu. Artykuł 38 ust. 6 ustawy Pzp nie uzależnia obowiązku wydłużenia terminu składania ofert od wniosku wykonawcy, a od zaistnienia wskazanych w tym przepisie przesłanek. W niniejszej sprawie, zmiana siwz nastąpiła w dniu 1.10.2015 r., wraz z udzieleniem wykonawcy odpowiedzi wykonawcy na ww. pytanie. Termin składania ofert ustalony był na dzień 5.10.2015 r., zatem od dnia, w którym dokonana została zmiana siwz dzieliły go jedynie cztery dni, w tym sobota i niedziela, zaś termin składania ofert wypadł w poniedziałek.

Wobec powyższego, stwierdzono, że wykonawcy nie dysponowali odpowiednim czasem na dokonanie zmian w ofertach, zatem Zamawiający, z mocy prawa na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp powinien był udzielić wykonawcom dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach. Podkreślono, iż zobowiązanie zamawiającego do udzielenia ww. dodatkowego czasu wynika z ustawy i jest całkowicie niezależne od ewentualnych wniosków wykonawców w tym przedmiocie.

Mając na uwadze treść art. 38 ust. 6 ustawy Pzp i okoliczności sprawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zawarte w Informacji o wyniku kontroli stanowisko, iż Zamawiający poprzez zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert, pomimo dokonania zmiany w siwz, która nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia, ale powodowała, że niezbędny był dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, naruszył ww. przepis ustawy Pzp.

Wskazano także, iż Zamawiający nie przedstawił argumentacji do stwierdzonego w pkt 2.3b informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Niemniej jednak, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w zakresie ww. naruszenia podtrzymuje stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli.

4. W przedmiocie stwierdzonego naruszenia § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał, że Zamawiający podniósł, iż nadinterpretacją ze strony Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych było uznanie, iż Zamawiający żądał od wykonawców złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym „informacji o wartości aktywów pod zarządzaniem (towarzystwo funduszy inwestycyjnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych ma obowiązek przekazywać ją w sprawozdaniach miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego, zgodnie z par 6 ust. 1 rozporządzenia z dnia 1 września 2009 r. w sprawie okresowych sprawozdań oraz bieżących informacji dotyczących działalności i sytuacji finansowej towarzystw funduszy inwestycyjnych i funduszy inwestycyjnych dostarczanych przez te podmioty Komisji Nadzoru Finansowego - Załącznik nr 2 część A VI - pozycje 1-4)". Zamawiający podniósł, iż przedmiotowy zapis ogłoszenia o zamówieniu nie stanowił wymogu, a był jedynie informacją dookreślającą charakter przedmiotowych aktywów, zaś jedynym dokumentem wymaganym na potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej było sprawozdanie finansowe. Zamawiający wskazał również, iż wobec dyspozycji art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, przyjął, że wykonawca ma możliwość złożenia dokumentów innych niż określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto Zamawiający podniósł, iż pierwotnie wykonawca I. nie przedłożył wraz z wnioskiem ww. sprawozdań miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego, jednak uzupełnił go na wezwanie, w którym został poinformowany, iż taki dokument powinien złożyć. Zamawiający wskazał, iż okoliczność ta potwierdza jego prawidłowe działanie w przedmiotowym zakresie.

Odnosząc się do powyższego zastrzeżenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że nie ma podstaw dla uznania przedstawionej powyżej argumentacji Zamawiającego za zasadnej. Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli, redakcja

przedmiotowego zapisu ogłoszenia nie pozostawia wątpliwości, iż Zamawiający wymagał przedłożenia przekazywanej przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych do Komisji Nadzoru Finansowego informacji o wartości aktywów pod zarządaniem zawartej w sprawozdaniu miesięcznym. W dyskutowanym punkcie III.2.2) 2.2) ogłoszenia, Zamawiający wskazał, że wykonawca, dla potwierdzenia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej powinien przedstawić trzy dokumenty, które wymienione zostały bez zastosowania spójników wskazujących na możliwość przedłożenia wskazanych dokumentów zamiennie. Wykonawca zobowiązany był zatem przedłożyć trzy dokumenty: sprawozdanie finansowe lub jego część, informację o wartości aktywów pod zarządzeniem oraz informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, iż z omawianego punktu ogłoszenia wynikało, iż wykonawca zobowiązany był przedłożyć jedynie sprawozdanie finansowe lub jego część. Powyższe dowodzi, iż przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja dotycząca sposobu odczytania jest sprzeczna ze sposobem jego odczytania wynikającym z zasad języka polskiego oraz doświadczenia życiowego. Brak użycia spójników „lub” bądź „albo”, brak zastosowania zwrotu typu „przez które rozumie się”, „tzn.” „to jest”, pozwalającego na przyjęcie, iż zapis dot. „informacji o wartości aktywów pod zarządzeniem...” stanowi informację o charakterze aktywów”, nie pozostawia wątpliwości, iż Zamawiający żądał trzech różnych, niezamiennych dokumentów. Potwierdza to również, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, okoliczność, iż Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pismem z dnia 23.07.2015 r. wezwał wykonawcę I. do złożenia wyjaśnień, z których będzie wynikać spełnianie warunku zarządzania aktywami o wartości 4 mld złotych w dniach 31 grudnia 2012, 2013 i 2014 roku, potwierdzonych złożeniem sprawozdań miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego, zawierających przedmiotową informację o wartości aktywów. Z wskazania, iż ww. wyjaśnienia poparte powinny być tym konkretnym dokumentem jasno wynika, że przedłożenie tego dokumentu było obowiązkiem wykonawcy - w innym wypadku też Zamawiający nie byłby uprawniony do wezwania wykonawcy o przedłożenie przedmiotowego dokumentu. Ponadto, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie wskazuje, iż art. 26 ust. 2c ustawy Pzp zawiera uprawnienie wykonawcy, nie upoważnia zaś zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów niewymienionych w ww. rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów.

Mając na uwadze treść § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. i okoliczności sprawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zawarte w Informacji o wyniku kontroli stanowisko, iż Zamawiający poprzez zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu przedłożenia przez wykonawcę przekazywanej przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych do Komisji Nadzoru

Finansowego informacji o wartości aktywów pod zarządzaniem zawartej w sprawozdaniu miesięcznym naruszył ww. przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

5. W przedmiocie wskazanego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie innego niż cena kryterium wyboru spośród ofert przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów.

Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający podniósł, iż art. 67 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE nie stanowi, w przeciwieństwie do art. 91 ust. 4 ustawy Pzp zasady, iż w przypadku złożenia ofert z takim samym bilansem ceny i innych kryteriów oceny ofert należy wybrać ofertę z niższą ceną. Zamawiający wskazał, iż reguły ww. dyrektywy już obowiązują, on zaś nie mógł dopuścić by o wyborze oferty decydowała cena, ponieważ „stanowiła ona niewielki udział w ogólnej kwocie jaką miał zarządzać Menadżer Funduszy”.

Odnosząc się powyższego zastrzeżenia uznano, że nie zasługuje ono na uwzględnienie, wobec czego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko, iż Zamawiający dopuścił się określonego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 91 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazano, iż wobec dyspozycji art. 91 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający nie mógłby zastosować wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mechanizmu, zakładającego, że w sytuacji gdy dwie lub więcej ofert przedstawiać będzie taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, Zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z wyższą liczbą punktów A, przyznawanych za kryterium inne niż cena. Wobec powyższego, określanie w siwz mechanizmu, którego Zamawiający nie mógł w świetle obowiązujących przepisów zastosować, prowadziło do wprowadzenia w błąd wykonawców.

6. W zakresie wskazanego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, polegającego na pominięciu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednej z ustawowych przesłanek zatrzymania wadium.

Kontrolujący wskazał, że Zamawiający wyszedł z niezasadnego założenia, iż na etapie składania ofert nie może zaistnieć sytuacja w której zamawiający zobligowany będzie do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 do złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp bądź pełnomocnictw. Wskazano na sytuację, do której odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4.01.2012 r. (KIO 2754/11) - zamawiający zobligowany był do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia pełnomocnictw potwierdzających upoważnienie do wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą. W niniejszej sprawie Zamawiający nie mógł przewidzieć, iż taka lub podobna sytuacja nie zaistnieje i nie będzie zobligowany do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto, wskazano, iż zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co

wskazuje na obowiązek Zamawiającego do czuwania w czasie całego postępowania, czy dokonywane czynności pozostają w zgodzie z ustawą. Wobec powyższego, Zamawiający, nawet w razie powzięcia, już po zaproszeniu wykonawców do składania ofert, wątpliwości w przedmiocie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów określonych w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, ma obowiązek wezwać ich na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ażeby nie dopuścić do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

Jednakże, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uwzględnił zastrzeżenie Zamawiającego, wobec okoliczności, iż art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie określa, jakie informacje dotyczące wadium powinny znaleźć się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś możliwość zatrzymania wadium w ww. opisaney sytuacji wynika wprost z art. 46 ust 4a ustawy Pzp, zatem zamawiający nie miał obowiązku podawania przedmiotowej informacji. Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednocześnie zaznaczono, iż w sytuacji, gdy Zamawiający decyduje się na zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o przesłankach zatrzymania wadium, zobowiązany jest wskazać je kompleksowo i nie może pomijać części z nich, bowiem działanie takie może wprowadzać wykonawców w błąd.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń Prezes UZP, stosownie do art. 167 ust. 2 Pzp, złożone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego i Kontrolującego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie jedynie w części dotyczącej stwierdzonego naruszenia § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp; w pozostałym zaś zakresie zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego, które Izba uznała za zasadne, należy w pierwszej kolejności wskazać, że okoliczności sprawy nie dają jednoznacznych podstaw dla stwierdzenia Kontrolującego, uczynionego podstawą przypisanego Zamawiającemu naruszenia, iż informacja o wartości aktywów pod zarządzaniem została przewidziana przez Zamawiającego, jako odrębny dokument, co do którego ewentualny brak złożenia tego dokumentu skutkowałby automatycznie wykluczeniem wykonawcy. Oparcie się w tej materii

jedynie na przyjętej przez Kontrolującego wykładni redakcji ogłoszenia o zamówieniu, nie daje pełnego obrazu sprawy i nie uwzględnia przyjętego przez Zamawiającego sposobu procedowania, który może stanowić kontekst interpretacyjny przy odkodowywaniu istoty tej części treści ogłoszenia o zamówieniu. Wbrew stwierdzeniu zawartego w wynikach kontroli określenie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego nie przybrało postaci wyliczenia „od punktów 1 – 3”. W akapicie dotyczącym dokumentów składanych na potwierdzenie warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, podpunkt 2 nie zawiera tego rodzaju konstrukcji, wymienia natomiast żądane dokumenty w sposób następujący: *„Sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności potwierdzające, że na dzień 31 grudnia 2012 r., 31 grudnia 2013 r. oraz 31 grudnia 2014 r. zarządzali aktywami o wartości co najmniej 4 mld PLN (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres). Informację o wartości aktywów pod zarządzeniem – towarzystwo funduszy inwestycyjnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych – ma obowiązek przekazywać w sprawozdaniach miesięcznych przekazywanych do Komisji Nadzoru Finansowego zgodnie z par. 6 ust. 1 rozporządzenia z dnia 1 września 2009 r. w sprawie okresowych sprawozdań oraz bieżących informacji dotyczących działalności i sytuacji finansowej towarzystw funduszy inwestycyjnych dostarczanych przez te podmioty Komisji Nadzoru Finansowego (Załącznik nr 2 część A VI – pozycje 1-4;] Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR (wedle średniego kursu NBP z dnia opublikowania niniejszego ogłoszenia) – wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków.”.*

Jak widać, brzmienie powyższego zapisu nie wylicza dokumentów „od punktów 1 – 3”. Średnik umieszczony na końcu spornego zdania drugiego może także być odczytywany, jako oddzielenie jednego rodzaju dokumentów (a więc sprawozdania finansowego) oraz drugiego (a więc informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej). Uznanie, że zdanie drugie z powyższego zapisu kreuje obowiązek złożenia odrębnego dokumentu jawi się wątpliwie także z tego względu, że w istocie Zamawiający żądałby wówczas różnych dokumentów dla potwierdzenia tego samego warunku. Dla potwierdzenia zarządzania aktywami o określonej wartości należałoby złożyć sprawozdanie finansowe lub jego część, i jednocześnie informację o wartości aktywów pod zarządzeniem. Co także istotne w treści spornego zdania drugiego nie wymieniano, że informacje o wartości aktywów pod zarządzeniem mają dotyczyć stanu rzeczy na konkretne dni (tak jak to zostało podane w

zdaniu pierwszym). Sama treść i konstrukcja tego zdania drugiego ma przy tym charakter informacyjny – wskazuje, że określone podmioty mają obowiązek składania określonych sprawozdań do Komisji Nadzoru Finansowego. Zdanie drugie referuje tym samym, w ocenie Izby, do dokumentu wskazanego w zdaniu pierwszym (do sprawozdania finansowego) i może być odczytywane, zarówno jako uszczegółowienie, jakiego rodzaju informacji Zamawiający będzie oczekiwał i poszukiwał w złożonych sprawozdaniach, jak również jako dookreślenie charakteru aktywów, co do których wykonawca, na określony dzień, ma obowiązek wykazania się ich zarządzaniem.

Przyjęta przez Kontrolującego wykładnia treści ogłoszenia o zamówieniu, której nadano kluczowego znaczenia dla przypisania zaistnienia naruszenia po stronie Zamawiającego, nie jawi się więc, jako jedyna logicznie dopuszczalna. Zarówno sama treść, jak i konstrukcja tej części ogłoszenia o zamówieniu pozwala także na odmienne wnioski, znajdujące przy tym oparcie w przyjętym przez Zamawiającego sposobie działania. Sporne zdanie drugie (niezależnie od tego, że nie jest poprzedzone odrębną numeracją), nie jest również wewnętrznie skonstruowane w taki sposób, który eliminowałby odmienne, niż przyjęte przez Kontrolującego, rozumienie jego treści – inaczej byłoby gdyby przykładowo zdanie to stanowiło o informacji od danego podmiotu „którą ma obowiązek przekazywać”, a nie jedynie mówiło o pewnym obowiązku wynikającym dla określonym podmiotów ze stosownych regulacji. Również te argumenty można skutecznie przeciwstawić argumentom Kontrolującego o braku użycia spójników „lub” bądź „albo”, czy braku zastosowania zwrotu typu „przez które rozumie się”, „tzn.” „to jest”.

Należy także odnotować, że w protokole z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 11 i 17 czerwca 2015 r. przyjęte zostały ostateczne założenia do treści ogłoszenia, które przekazane będzie do publikacji. W załączonym do treści protokołu projekcie ogłoszenia (przedstawiającego ostateczne założenia) w pkt III.2.2 ppkt 2 wskazano wymagane dokumenty w sposób następujący: „1) *Oświadczenie o spełnieniu warunków, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 uPzp, 2) Sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności potwierdzające, że na dzień 31 grudnia 2012 r., 31 grudnia 2013 r. oraz 31 grudnia 2014 r. zarządzał aktywami o wartości co najmniej 4 mld PLN; 3) Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR (wedle średniego kursu NBP z dnia opublikowania niniejszego ogłoszenia) – wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu*

składania wniosków.”. Brak jest w powyższych założeniach żądania (jako odrębnego i koniecznego dokumentu) informacji o wartości aktywów pod zarządzaniem.

Co także istotne, w toku postępowania, Zamawiający – w sytuacji braku przedmiotowych informacji – nie stosował art. 26 ust. 3 Pzp. Gdyby, przyjmując tezę o wyodrębnieniu, jako żądanego przez Zamawiającego w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, a tym samym niezbędnego, dokumentu w postaci informacji o wartości aktywów pod zarządzaniem, to oczywistym jest, że Zamawiający wzywałby do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – gdyż ten tryb jest właściwy do żądania uzupełnienia dokumentów wymaganych w ramach warunków udziału w postępowaniu, których wykonawca nie złożył. Zamawiający natomiast stosował w tym postępowaniu tryb z art. 26 ust. 4 Pzp, a sama treść wezwania z dnia 23 lipca 2015 r., pozwala wnioskować, iż przedmiotem żądanych wyjaśnień Zamawiający czynił dokument w postaci sprawozdania finansowego (którego możliwość żądania jest bezsporna). Zamawiający w zakresie żądanych wyjaśnień nie nakazywał przy tym złożenia sprawozdań miesięcznych (w treści wezwania brak jest przykładowo zwrotu „Zamawiający żąda złożenia sprawozdań miesięcznych...”) a jedynie wskazał, że na potwierdzenie składanych wyjaśnień „właściwym będzie” przedłożenie sprawozdań.

W ocenie Izby nawet także przy uznaniu stanowiska Kontrolującego, iż Zamawiający żądał trzech różnych, niezamiennych dokumentów, brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający wykroczył poza katalog dokumentów określonych rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r, poz. 231). Kontrolujący nie kwestionował samego warunku udziału w postępowaniu. Skoro sam warunek nie budził zastrzeżeń to jako w pełni zasadne jawi się postępowanie Zamawiającego, który poprzez odpowiednie dokumenty dążył do przeprowadzenia weryfikacji tego warunku w sposób rzeczowy, a nie pozorny. W wynikach kontroli nie zakwestionowano okoliczności, iż sprawozdania finansowe nie muszą podawać informacji dotyczących aktywów pozostających pod zarządzaniem towarzystwa funduszy inwestycyjnych. Poprzestanie jedynie na powieleniu treści § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia mogłoby zakończyć się otrzymaniem przez Zamawiającego dokumentów, które mogłyby *de facto* okazać się dokumentami nie wystarczającymi do zweryfikowania, w sposób rzeczywisty, rdzenia i istoty postawionego wymogu warunkującego udział w postępowaniu, a więc zweryfikowania, czy dany podmiot legitymuje się okolicznością zarządzania – w określonej perspektywie czasowej – aktywami o wartości co najmniej 4 mld PLN.

Nie stanowi także, w ocenie Izby, argumentu przesądzającego stwierdzenie Kontrolującego, iż w katalogu z § 1 ww. rozporządzenia nie została wymieniona przekazywana przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych do Komisji Nadzoru Finansowego informacja o

wartości aktywów pod zarządzaniem zawarta w sprawozdaniu miesięcznym. Rozporządzenie określa „rodzaje dokumentów” i trudno wymagać, by musiało wymieniać „z nazwy” wszystkie potencjalne dokumenty, które mogą zostać zakwalifikowane do danego „rodzaju dokumentów”, a tym samym trudno uznawać za bezwzględna regułę, że skoro nazwy danego dokumentu nie wymieniono *expressis verbis* to tym samym jest to *a limine* dokument spoza katalogu. Istotna jest merytoryczna zawartość dokumentu, i tak przykładowo wykazy, które wymienia § 1 rozporządzenia, nawet gdyby zostały inaczej nazwane przez wykonawcę, ale zawierałyby wymagane przepisami informacje, to niewątpliwie brak by było podstaw do ich dyskwalifikowania. Zakwestionowana przez Kontrolującego informacja o wartości aktywów pod zarządzaniem, będąca w istocie sprawozdaniem, może zostać przypisana do rodzajów dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia. Kontrolujący nie podjął się analizy tego rodzaju możliwości, bądź jej braku. Przepis § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia mówi o „sprawozdaniu finansowym albo jego części”. W klasycznym ujęciu są to sprawozdania finansowe, o których traktują przepisy ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, Dz.U.2013.330 j.t., (art. 45 i nast.). Brzmienie § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia ma jednak pewien uniwersalny charakter. Jego wykładania nie musi być wykładnią zawężającą, i możliwe jest przyjęcie optyki nakierowanej na ocenę przedmiotowo istotnych elementów danego dokumentu, a nie tylko na jego nazwę, czy tryb i podstawy prawne, w jakim jest składany (w szczególności, że sprawozdaniami finansowymi – pomimo, że w sposób nierozzerwalny dotyczą warunku udziału i mogą nawet stanowić bardziej wartościowe i pełniejsze, niż „klasyczne” sprawozdania finansowe, źródło informacji koniecznych do zweryfikowania postawionego warunku udziału – nie mogą być jakiegokolwiek inne sprawozdania, składane na podstawie przepisów innych, niż ustawa o rachunkowości, ustaw lub rozporządzeń). Należy wskazać, że w odniesieniu do podmiotów niezobowiązanych do sporządzania sprawozdań finansowych, przepis § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia zawiera otwarty katalog dokumentów („inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności”). Prawodawca dał więc wyraz szerokiego podejścia do dokumentów obrazujących sytuację finansową wykonawcy. Jako zasadne jawi się postrzeganie w tożsamy sposób „sprawozdań finansowych”. Ocena ta nie może oczywiście oznaczać dowolności ze strony wykonawców, lecz powinna być odczytywana, jako przyznanie prawa zamawiającemu do żądania dokumentu, który może nie być „klasycznym” sprawozdaniem finansowym, jednak może być dokumentem rodzajowo przynależnym do dokumentów, jakimi są sprawozdania finansowe. Jeżeli więc zachowane są pewne podstawowe elementy – obowiązek składania sprawozdania wynika z przepisów prawa (co gwarantuje równe traktowanie wykonawców), sprawozdawczość ma charakter okresowy, a przede wszystkim sprawozdania te dotyczą i obrazują sytuację finansową danego podmiotu – to brak jest powodów, by odmawiać zamawiającemu prawa do żądania ich złożenia, jeżeli tylko jest to uzasadnione okolicznościami danego postępowania, a przede wszystkim treścią

postawionych warunków udziału w postępowaniu. Okoliczności niniejszej sprawy potwierdzają, że same „klasyczne” sprawozdania finansowe mogą okazać się dokumentami niewystarczającymi do rzetelnego zweryfikowania warunku udziału w postępowaniu, którego prawidłowości Kontrolujący nie kwestionował, zwłaszcza gdy krąg potencjalnych wykonawców stanowią podmioty o szczególnym statusie (co może przekładać się na zakres i rodzaj obowiązków sprawozdawczych, dotyczących wszak ciągle sytuacji finansowej). Zamawiający musi mieć natomiast narzędzia, by móc zweryfikować spełnienie postawionych warunków w sposób faktyczny, a nie pozorny.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 1 września 2009 r. w sprawie okresowych sprawozdań oraz bieżących informacji dotyczących działalności i sytuacji finansowej towarzystw funduszy inwestycyjnych i funduszy inwestycyjnych dostarczanych przez te podmioty Komisji Nadzoru Finansowego (Dz.U. 2009.156.1235), „Towarzystwo sporządza i dostarcza Komisji sprawozdanie miesięczne dotyczące sytuacji finansowej oraz wyniku finansowego towarzystwa, sporządzone według stanu na ostatni dzień danego miesiąca, na formularzu, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia. W przedmiotowym § 6 w ust. 2 i 3 wskazano także, że „Na potrzeby sporządzania sprawozdania miesięcznego przyjmuje się zasady wyceny aktywów i pasywów towarzystwa oraz ustalania wyniku finansowego stosowane na dzień sporządzania sprawozdania finansowego” (ust.2) oraz, że „Towarzystwo dostarcza Komisji roczne sprawozdanie finansowe towarzystwa, sporządzone zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości albo MSR, wraz z raportem z badania oraz opinią biegłego rewidenta wskazującą, czy sprawozdanie finansowe jest prawidłowe, rzetelne i jasno przedstawia sytuację majątkową, finansową oraz wynik finansowy towarzystwa”. Z powyższej regulacji wynika, po pierwsze, że sprawozdanie miesięczne dotyczy sytuacji finansowej, a po drugie, widoczne jest wyraźne powiązanie tego sprawozdania (choćby w zakresie zasad wyceny, jak również z uwagi na wskazany w tej samej jednostce redakcyjnej obowiązek dostarczenia rocznego sprawozdania finansowego) ze sprawozdaniami, które są sporządzane zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości. Przedmiotowe informacje miesięczne mogą więc zostać uznane za szczególny rodzaj sprawozdań finansowych, o których stanowi § 1 ust. 1 pkt 9 ww. rozporządzenia. Istnieje w tym zakresie między tymi dokumentami szereg cech wspólnych. Podobnie, jak „klasyczne sprawozdania” obrazują one sytuację finansową, są sprawozdaniami, sporządzanymi na określony moment i to przepisy prawa nakładają obowiązek ich składania (tak, jak ma to miejsce w odniesieniu do „klasycznych sprawozdań”). Kontrolujący nie przedstawił pogłębionej analizy, dlatego sprawozdań tych nie można zakwalifikować do sprawozdań w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 9 ww. rozporządzenia. Fakt, że nie ma tego dokumentu wymienionego w rozporządzeniu „z nazwy” nie może być w tym przypadku okolicznością przesądającą. Nie przedstawiono także analizy możliwości bądź niedopuszczalności uznania ww. sprawozdania

za szczególnego rodzaju część sprawozdania finansowego (jeżeliby ograniczyć wykładnię § 1 ust. 1 pkt 9 *in principio* jedynie do sprawozdań finansowych z ustawy o rachunkowości).

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego, które nie zasługiwały na uwzględnienie, Izba uznaje ustalenia Prezesa UZP poczynione w niniejszej sprawie za prawidłowe i przyjmuje je za własne, uznając jednocześnie trafność końcowych wniosków Kontrolującego.

Ponad argumentację wskazaną już przez Prezesa UZP, Izba wskazuje na następujące motywy zajętego stanowiska:

W kwestii stwierdzonego naruszenia art. 91 ust. 3 Pzp, należy podkreślić zmienność stanowiska Zamawiającego, który w składanych wyjaśnieniach, kryterium „*organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia*” raz odnosił do kryterium podmiotowego dotyczącego właściwości wykonawcy (argumentując m.in. w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz zasadę pro unijnej wykładni przepisów prawa krajowego, na rzecz uznania dopuszczalności zastosowania w tym postępowaniu wyjątku od zakazu stosowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy), a raz odnosił powyższe kryterium do kryterium o charakterze jakościowym, a więc kryterium referującego do art. 91 ust. 2 Pzp, który to przepis wymienia przykładowo, wśród innych niż cena kryteriów oceny ofert, kryterium jakości. W piśmie z dnia 25 listopada 2015 r., Zamawiający podnosił bowiem m.in., że: *„Na gruncie dyrektyw z 2014 r. oficjalnie i jednoznacznie przesądzono więc, że kryterium odnoszące się do jakości personelu (zespołu) mającego wykonywać przedmiot zamówienia nie dotyczy „właściwości wykonawcy” i nie łamie zakazu zawartego w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (...).”*

Kontrolujący przedstawił rzeczowe i przekonujące argumenty, znajdujące potwierdzenie w dokumentacji postępowania, na rzecz trafności stanowiska, iż nawet przy przyjęciu wykładni prezentowanej przez Zamawiającego, a więc przy uznaniu dopuszczalności zastosowania podmiotowego kryterium oceny ofert, jako odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie wypełnił wszystkich wymogów zastosowania tego wyjątku, a tym samym nie wykazał podstaw do odejścia od zasady, zgodnie z którą kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. Wprowadzony przez Zamawiającego opis tego kryterium należy uznać za wysoce ogólny i nie pozwalający na precyzyjne i obiektywne odniesienie go do przedmiotu zamówienia oraz powiązanie z przedmiotem tego zamówienia.

Powyższa ocena ma także istotne znaczenie, gdy weźmie się pod uwagę argumentację Zamawiającego nakierowaną na wykazanie, że zastrzeżone kryterium miało charakter jakościowy, nie dotyczący „właściwości wykonawcy”. Zamawiający nie dokonał nawet ogólnego opisanie wymagań, co do personelu – jego organizacji, kwalifikacji i doświadczenia – jak również nie przewidział zastrzeżeń, które pozwalałyby uznać, że oceniany personel będzie „związany” z przedmiotem zamówienia w ten sposób, że tylko ten personel będzie

następnie brał udział w realizacji zamówienia (a nie inne osoby, które przykładowo zastąpią te wskazane w treści oferty, bądź zostaną dołączone do zespołu). Zamawiający wprowadzając kryterium „organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia” nie określił tym samym w sposób wyraźny, że będzie to wiążący sposób realizacji zamówienia. Zamawiający w szczególności nie przewidział zastrzeżeń (warunków zamówienia) – czy to w ogłoszeniu, SIWZ, czy w projekcie umowy – które nakładały obowiązek realizacji zamówienia wyłącznie za pomocą osób, co do których organizacja, kwalifikacje i doświadczenie, miały zostać poddane ocenie, jak również nie określił skutków zmiany personelu. Należy w tym miejscu wskazać na motyw 94 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym „Każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty. Tak może być na przykład w przypadku zamówień na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne. Institucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości”. (podkreślenie Izby).

Z powyższego wynika, że przyjęte przez Zamawiającego kryterium mogłoby być postrzegane, jako kryterium o charakterze jakościowym, jedynie w sytuacji przesądzenia, iż jest to sposób realizacji zamówienia, co niesłoby za sobą konieczność zapewnienia, że określony personel przeznaczony do realizacji zamówienia spełnia określone standardy (których w tym postępowaniu, co do zespołu zarządzającego, Zamawiający nie określił), jak również zapewnienia (poprzez odpowiednie postanowienia SIWZ, w tym projekcie umowy), że zamówienie będzie realizowane wyłącznie za pomocą tych osób, przy jednoczesnym uzależnieniu zmiany tych osób od zgody zamawiającego. Analiza dokumentacji niniejszego postępowania nie pozwala na stwierdzenia by powyższe warunki zostały dochowane. Trafnie podniósł przy tym Kontrolujący, że treść kryterium odnosiła się do „personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”. Jest to pojęcie szersze niż „zespół zarządzający”. W zakres pojęcia przyjętego przez Zamawiającego w treści kryterium wchodzi więc wszystkie osoby zaangażowane w realizację zamówienia. Zamawiający w treści SIWZ sam wskazał, że „*sukces Funduszu Funduszy Bridge VC w dużej mierze zależy od właściwego wyboru zespołów zarządzających Funduszami.*” To menedżer Funduszu Funduszy (a więc wybrany wykonawcy) dokonuje wyboru zespołów zarządzających i jest to działanie, które dopiero będzie miało miejsce.

Za chybione należało również uznać twierdzenie Zamawiającego, że bez oparcia się o nowe przepisy europejskie, przeprowadzenie takiego postępowania z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia byłoby niemożliwe. Zamawiający mógł skorzystać z „dobrodziejstwa” nowych przepisów, a w zasadzie z pro unijnej wykładni art. 91 ust. 2 Pzp, gdyby wprowadzone kryterium w sposób prawidłowy skonstruował, jako sposób wykonywania zamówienia i pewną odmianę kryterium o charakterze jakościowym (art. 91 ust. 2 Pzp zawiera bowiem otwarty katalog kryteriów) – co wymagałoby, po pierwsze precyzji w zakresie określenia zespołu, do którego się ono odnosi, którego organizację, kwalifikację i doświadczenie mógłby faktycznie weryfikować na etapie oceny oferty (zamiast ogólnego wskazania „personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, co mogło również oznaczać personel inny niż tylko zespół zarządzający), po drugie – opisanie i to nie w sposób ogólny wymagań, co do tego personelu (temu mogło by służyć prowadzenie dialogu z wykonawcami do momentu, w którym Zamawiający miałby już wiedzę, w jaki sposób dokonać tego opisu), i wreszcie - wymagałoby to wprowadzenia odpowiednich zastrzeżeń gwarantujących, że „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu” są sposobem realizacji zamówienia, co obejmuje w szczególności konieczność zapewnienia realizacji zamówienia wyłącznie za pomocą tych osób, które składają się na zespół podlegający ocenie w trakcie badania oferty (w tym konieczność określenia zasad zmiany tych osób na inne gwarantujące, jak określa to ww. dyrektywa, równoważny poziom jakości).

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ogólne, nieprecyzyjne i opierające się na uznaniowej ocenie Zamawiającego określenie kryteriów oceny ofert, należy wskazać, że Zamawiający nie przedstawił rzeczowych i przekonujących argumentów, które mogłyby podważać zasadność ustaleń i wniosków kontroli. Przedstawiona w tym zakresie argumentacja Zamawiającego cechuje się ogólnikowością, subiektywizmem oraz częściowo abstrahuje od istoty zarzutów. To ostatnie odnosi się w szczególności do: twierdzeń Zamawiającego, iż nie zachodziły różnice w dokonanej przez członków komisji oraz biegłych ocenie ofert (z którego to twierdzenia nie sposób wywodzić argumentów mogących przemawiać przeciwko stwierdzonym naruszeniom, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę fakt, że w postępowaniu została złożona jedna oferta); kwestii posiadania wiedzy specjalistycznej przez osoby dokonujące oceny oferty (która to okoliczność faktyczna, niekwestionowana przez Kontrolującego, ani przez Izbę, sama przez się nie nadaje opisowi kryteriów, który zastosował Zamawiający, takich zewnętrznych cech, które świadczyłyby o ich precyzyjności i obiektywizmie i które eliminowałyby jednocześnie, właśnie poprzez zastosowanie weryfikowalnych mierników, możliwość zaistnienia dowolności i uznaniowości w procesie oceny ofert), czy też kwestii braku pytań i odwołań ze strony wykonawców w zakresie przyjętych kryteriów oceny ofert (która to kolejna ze wskazanych przez Zamawiającego

okoliczności faktycznych nie świadczy automatycznie o prawidłowym skonstruowaniu i opisanu kryteriów oceny ofert). Analizując przyjętą przez Zamawiającego treść kryteriów oceny ofert oraz przewidziany sposób punktacji (wypełniony w zasadzie w całości nieostrymi pojęciami, przy jednoczesnym braku powiązania tych pojęć z konkretnymi celami Funduszu i oczekiwaniami Zamawiającego warunkującymi możliwość osiągnięcia danego poziomu punktacji) Izba w pełni podzieliła ocenę Prezesa UZP, że Zamawiający stworzył całkowicie subiektywny klucz przyznawania punktów. Przyjęte kryteria oraz zasady punktacji nie zawierają w sobie treści, których odkodowanie tworzyłoby weryfikowalne ramy i jasny obraz zasad oceny ofert. Dobitym potwierdzeniem powyższego stanowiska jest, w ocenie Izby, sam protokół oceny złożonej oferty, gdzie Zamawiający – przy tak skomplikowanym i niewątpliwie cechującym się unikatowością zadaniu podlegającym wykonaniu (także z uwagi na jego długą perspektywę czasową, jak również płaszczyznę działań przyszłego wykonawcy) – zawarł swoją ocenę w kilku ogólnych zdaniach, z których nie sposób wyczytać, na jakich konkretnie podstawach i przyczynach została oparta ocena, iż złożona oferta spełnia oczekiwania zamawiającego w pełni, a nie przykładowo w stopniu zadawalającym, tylko w zakresie niektórych oczekiwań bądź dlaczego nie została uznana za ofertę przewyższającą oczekiwania Zamawiającego.

Kontrolujący trafnie wskazał, że zamawiający może wprowadzić do SIWZ nawet trudno mierzalne kryteria oceny ofert, jednak wówczas konieczne jest dochowanie szczególnej staranności i ostrożności, tak by zachowana została możliwość obiektywnej weryfikacji tych kryteriów. Podzielając tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej przywołane już w ramach stanowiska Prezesa UZP można dodatkowo wskazać również na inne orzeczenia. Przykładowo w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 132/10, Izba wyraziła pogląd, iż szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności. Jeżeli zamawiający decyduje się na ich stosowanie ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania. Warto również przywołać stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 18 marca 2014 r., sygn. akt V Ca 264/04, zgodnie z którym „kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdaniem sądu, konsekwencją nieprecyzyjnego zdefiniowania kryteriów jest konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową, co jest równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się na konieczność jak najbardziej precyzyjnego sformułowania zasad oceny ofert, w sposób umożliwiający ich obiektywne stosowanie, jednakowo wobec wszystkich wykonawców (m.in. KIO/UZP 619/08)”. Podobnie w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 915/13, Izba wskazała, że co prawda obowiązek opisanie w SIWZ kryteriów oceny ofert innych niż cena nie oznacza jego uszczegółowienia z dokładnością co do każdego elementu,

jednak podkreślono równocześnie, że za wystarczające może zostać uznane określone skali pomiaru oraz – co istotne jest z punktu widzenia negowanych przez Zamawiającego naruszeń – taki opis kryterium, który nie będzie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje (podkreślenie Izby).

W sposób krytyczny należało ocenić także zastrzeżenia Zamawiającego skierowane przeciwko stwierdzonemu naruszeniu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności Izba w pełni podzieliła wniosek Kontrolującego o dokonanej, na mocy odpowiedzi na pytanie wykonawcy z dnia 30 września 2015 r., zmianie treści SIWZ. Zmiana ta polegała na tym, iż w siwz Zamawiający żądał przedłożenia umów od inwestorów prywatnych wykazujących zobowiązanie do przeznaczenia kwoty środków ponad wymagane minimum 45 mln euro, zaś zgodnie z ww. odpowiedzią na pytanie wykonawcy - również umów poświadczających zobowiązania inwestorów do przeznaczenia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln euro, nie zaś jedynie ponad tę kwotę. Zadane przez wykonawcę pytanie wprost odnosiło się do „podstawowego” wymogu – zapewnienia środków pieniężnych w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR, a nie do dodatkowych środków, których zapewnienie dawało wykonawcy możliwość otrzymania wyższej punktacji. Pytanie wykonawcy zmierzało do ustalenia, w jaki sposób ta „podstawowa” kwota ma być w praktyce zapewniona, m.in., czy powinna być uwalniana (zapewniana) przez wykonawcę stopniowo, czy też niezwłocznie lub w stosunkowo krótkim okresie po zawarciu umowy. Udzieloną odpowiedzią Zamawiający odniósł się do tej „podstawowej” kwoty i wskazał – czego nie było wcześniej ani w treści siwz, ani w treści ogłoszenia – że wszystkich załączonych do oferty umów ma wyraźnie wynikać wartość zobowiązań inwestorów prywatnych do wniesienia środków na kwotę w minimalnej wysokości 45 EUR (podkreślenie Izby). W pełni zasadnie uznał Kontrolujący, że Zamawiający w ww. wyjaśnieniach do siwz postawił w istocie nowy wymóg, jakim było przedłożenie wraz z ofertą umów z inwestorami prywatnymi, z których wynikać będzie zobowiązanie inwestorów prywatnych do przekazania kwoty nie mniejszej niż 45 mln euro do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy, w sytuacji gdy wymóg ten nie występował w siwz, ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

W kontekście brzmienia art. 38 ust. 6 Pzp, Izba wskazuje na pogląd wyrażony w uchwale z dnia 7 lipca 2010 r., sygn. KIO/KD 50/10, iż „Sformułowanie "przedłuża" oznacza w tym zakresie obowiązek nałożony na zamawiającego, a nieprzysługujące mu uprawnienie, zaś przedłużenie terminu jest możliwe i uzasadnione tylko wówczas, gdy termin ten jeszcze nie upłynął”.

Zamawiający nie przedstawił argumentacji, która podważałaby zasadność stwierdzonego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Niezależnie od tego Izba w pełni podzieliła trafność ustaleń i wniosków Kontrolującego. Naruszenie zasady

równego traktowania jest w tym przypadku oczywiste w świetle samych wyjaśnień Zamawiającego, z których wynika, że wymogi postawione wobec oferty wykonawcy I. były o wiele bardziej sformalizowane i wymagające większego nakładu pracy w kompletowaniu oferty niż te postawione wykonawcy konsorcjum P.

W sposób tożsamy należy odnieść się również do ogólnikowych zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących stwierdzonego naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 4 ustawy Pzp. Okoliczności i twierdzenia podniesione przez Zamawiającego w tym zakresie Izba uznała za pozbawione doniosłości prawnej. Przepis art. 91 ust. 4 Pzp wyraźnie stanowi, że *„Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną”*. Nawet odwoływanie się do przepisów dyrektywy, która nie została jeszcze implementowana do porządku krajowego, bądź do zasady pro unijnej wykładni przepisów, co do której wskazuje się, by sięgała „tak dalece, jak to możliwe” (przykładowo: wyrok ETS z dnia 13 listopada 1990 r., sprawa C-106/89; z dnia 10 lutego 2000 r., sprawy połączone C-270 i 271/97, Sievers i Schrage) nie powinno prowadzić do wykładni *contra legem*.

Ponadto, to Zamawiający decydował o wadze poszczególnych kryteriów. Dodatkowo, argumentowanie, iż Zamawiający nie mógł (pomimo wyraźnej regulacji prawnej) dopuścić, aby o ewentualnym wyborze oferty decydowała cena, gdyż stanowiła ona niewielki udział w ogólnej kwocie, jaką miał zarządzać Menadżer Funduszy, nie może stanowić argumentu rozstrzygającego o zgodności z prawem czynności Zamawiającego, tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę inne stwierdzone naruszenia, dotyczące niejasnych kryteriów oceny ofert o znaczeniu przesądzającym dla wyniku postępowania, co do których punktację (opartą, jak trafnie wskazał Kontrolujący, o całkowicie subiektywny klucz przyznawania punktów) Zamawiający uczynił dodatkowo przeważającą w przypadku ofert przedstawiających taki sam bilans cen i innych kryteriów.

Zastrzeżenia dotyczące naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp zostały uwzględnione przez Prezesa UZP. Brak jest tym samym podstaw do rozstrzygnięcia przez Izbę w tym zakresie. Przedmiotowy punkt wyników kontroli nie stanowił bowiem ostatecznie przedmiotu sporu między Kontrolującym a Zamawiającym. Kontrolujący zasadnie zrewidował swoje stanowisko, przy czym Izba podziela trafność argumentacji podanej Zamawiającemu informacyjnie, wraz z oświadczeniem o uwzględnieniu zastrzeżeń w powyższym zakresie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....