



Fundusze Europejskie
Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

MATERIAŁ SZKOLENIOWY

Z ZAKRESU KRYTERIÓW OCENY OFERT

Warszawa 2020



I. PODSTAWOWE REGULACJE DOTYCZĄCE KRYTERIÓW OCENY OFERT ZAWARTE W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH¹

Definicja najkorzystniejszej oferty

Art. 239 ust. 2 ustawy Pzp: Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

[Przepis ten znajduje zastosowanie zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne (zob. art. 266 ustawy Pzp.)]

Kryteria oceny ofert w poszczególnych trybach udzielenia zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (wyciąg z przepisów):

Tryb przetargu nieograniczonego:

Art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp – Specyfikacja warunków zamówienia zawiera co najmniej: opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

Tryb przetargu ograniczonego:

Art. 142 ust. 1 ustawy Pzp – W przypadku trybu przetargu ograniczonego specyfikacja warunków zamówienia zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 1-12 i 17-21 ustawy Pzp. Oznacza to, że w omawianym przypadku specyfikacja warunków zamówienia zawiera także informację z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp, tj. opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Tryb negocjacji z ogłoszeniem:

Art. 156 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – Opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

pkt 8: opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

pkt 18: informację o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział.

Tryb dialogu konkurencyjnego:

Art. 171 ust. 1 ustawy Pzp- Zamówienia udziela się na podstawie kryteriów jakościowych, o których mowa w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, oraz ceny lub kosztu.

ust. 2 – Zamawiający przypisuje wagi poszczególnym kryteriom oceny ofert, nie później niż wraz z zaproszeniem do składania ofert.

Art. 174 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – Opis potrzeb i wymagań zawiera również: opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z

¹ ustawa z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), w niniejszym opracowaniu jako: „ustawa Pzp”



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Art. 179 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – Zaproszenie do dialogu zawiera co najmniej: wagę przypisaną kryteriom oceny ofert lub w stosownych przypadkach, kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań.

Art. 183 ustawy Pzp – Zamawiający może podzielić dialog na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań. Liczba rozwiązań uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

Art. 185 ust. 1 ustawy Pzp – po zakończeniu dialogu zamawiający sporządza specyfikację warunków zamówienia, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu.

ust. 2 – specyfikacja warunków zamówienia zawiera informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 i ust. 2 pkt 1-10 i 12-18.

[Oznacza to, że w omawianym przypadku specyfikacja warunków zamówienia zawiera także informację z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp, tj. opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.]

Art. 186 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej: wagę poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie została ona przypisana na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Tryb partnerstwa innowacyjnego:

Art. 192 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp – Opis potrzeb i wymagań zawiera również: kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag, a jeżeli przypisanie wag nie jest, z obiektywnych przyczyn, możliwe na etapie wszczęcia postępowania, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Art. 195 ust. 3 ustawy Pzp – w zaproszeniu do składania ofert wstępnych zamawiający wskazuje również kryteria oceny ofert wraz z podaniem ich wag, a jeżeli przypisanie wag nie jest, z obiektywnych przyczyn, możliwe na tym etapie postępowania, wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Art. 198 ustawy Pzp – Zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert. Przepis art. 163 ust. 4 stosuje się.

[Art. 163 ust. 4 ustawy Pzp – Zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

potrzeb i wymagań. Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.]

Art. 199 ustawy Pzp – Negocjacje ofert nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań.

Art. 202 ust. 1 ustawy Pzp – po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, który stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań udostępnianym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

ust. 3 pkt 1- opis potrzeb i wymagań, o którym mowa w ust. 1 zawiera również: opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem ich wag.

Art. 204 ust. 1 ustawy Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

ust.2 – zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia:

Art. 210 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp – Zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia zawiera co najmniej: kryteria oceny ofert i ich znaczenie.

Art. 212 ust. 3 ustawy Pzp – Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje specyfikację warunków zamówienia zawierającą co najmniej informacje, o których mowa w art. 134 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera co najmniej opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Tryb zamówienia z wolnej ręki:

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, charakteryzującym się tym, że w tym trybie zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. W tym trybie kryteria oceny ofert nie mają zastosowania.

Kryteria oceny ofert w poszczególnych trybach udzielenia zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne (wyciąg z przepisów):

Tryb podstawowy

UWAGA WSTĘPNA: Postępowanie w trybie podstawowym może zostać przeprowadzone w trzech wariantach, które określa art. 275 ustawy Pzp:

Art. 275 ustawy Pzp - Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy wykonawcy, a następnie zamawiający:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 1) wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo
- 2) może negocjować treść ofert w celu ich ulepszenia, o ile przewidział taką możliwość, albo
- 3) negocjuje treść ofert złożonych w celu ich ulepszenia.

Art. 277 ust. 1 ustawy Pzp – w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, zamawiający sporządza SWZ.

ust. 2 – w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, a po przeprowadzeniu negocjacji sporządza SWZ.

Art. 278 ustawy Pzp – W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, negocjacje treści ofert:

- 1) nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ;
- 2) dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert;

Art. 281 ust. 3 ustawy Pzp – W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, SWZ zawiera również informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji, stosując kryteria oceny ofert.

Art. 282 ust. 1 ustawy Pzp – w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, opis potrzeb i wymagań zawiera odpowiednio informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 pkt 1-3, 8-10, 12-15 i 19.

ust. 2 pkt 5 Pzp – Opis potrzeb i wymagań zawiera również: opis kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności do najważniejszego do najmniej ważnego.

Art. 288 ust. 1 ustawy Pzp – W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 2 i 3, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

ust. 2 - W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio SWZ albo w opisie potrzeb i wymagań, kryteria oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz podaje maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert.

Art. 289 ust. 1 ustawy Pzp – W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający może zaprosić, a w przypadku, o którym mowa w art. 175 pkt 3, zaprasza jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu, a jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2, zaproszenie kieruje się do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 295 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej: wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one określone w opisie potrzeb i wymagań na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;

ust. 3- SWZ zawiera informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 i 2.

[Z powyższego wynika, że we wskazanym przypadku SWZ zawiera również informację z art. 281 ust. 1 pkt 17 tj. opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert.]

Tryb partnerstwa innowacyjnego

Art. 297 ustawy Pzp – Do udzielenia zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 6, ze zmianami wynikającymi z niniejszego oddziału.

Stosuje się zatem następujące przepisy:

Art. 192 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp – Opis potrzeb i wymagań zawiera również: kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag, a jeżeli przypisanie wag nie jest, z obiektywnych przyczyn, możliwe na etapie wszczęcia postępowania, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Art. 195 ust. 3 ustawy Pzp – w zaproszeniu do składania ofert wstępnych zamawiający wskazuje również kryteria oceny ofert wraz z podaniem ich wag, a jeżeli przypisanie wag nie jest, z obiektywnych przyczyn, możliwe na tym etapie postępowania, wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Art. 198 ustawy Pzp - Zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert. Przepis art. 163 ust. 4 stosuje się.

Art. 163 ust. 4 ustawy Pzp – Zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań. Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

Art. 199 ustawy Pzp – Negocjacje ofert nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań.

Art. 202 ust. 1 ustawy Pzp – po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, który stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań udostępnianym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

ust. 3 pkt 1- opis potrzeb i wymagań, o którym mowa w ust. 1 zawiera również: opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem ich wag.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 204 ust. 1 ustawy Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

ust.2 – zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia

Art. 303 ust. 1 ustawy Pzp – Zamawiający, wraz z zaproszeniem do składania ofert, przekazuje dokumenty zamówienia, zawierające co najmniej informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1.

[Z powyższego wynika, że zastosowanie ma przepis **art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp**, zatem dokumenty zamówienia muszą zawierać co najmniej opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert.]

Tryb zamówienia z wolnej ręki

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, charakteryzującym się tym, że zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. W tym trybie kryteria oceny ofert nie mają zastosowania.

Wybór oferty najkorzystniejszej, przykładowe kryteria, ograniczenie w stosowaniu kryterium ceny, określenie kryteriów, kryterium kosztu, rachunek kosztów cyklu życia

[Poniższe przepisy znajdują zastosowanie zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne (zob. art. 266 ustawy Pzp).]

Wybór oferty najkorzystniejszej

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

ust. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zasada opisu kryteriów w sposób jednoznaczny i zrozumiały:

Art. 240 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

ust. 2: Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia:

Art. 241 ust. 1 ustawy Pzp: Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

ust. 2: Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

ust. 3: Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Kryteria jakościowe

Art. 242 ustawy Pzp:

ust. 1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

ust. 2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

ust. 3. Ofertę najkorzystniejszą wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli, w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe.

Kryteria wyboru oferty dla świadczeń z zakresu działalności twórczej lub naukowej:

Art. 243 ustawy Pzp: W postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejsza oferta jest wybierana wyłącznie na podstawie ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych.

Szacowanie kosztów w oparciu o rachunek kosztów cyklu życia

Art. 245 ustawy Pzp:

ust. 1. Kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia.

ust. 2. Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych.

ust. 3. Do kosztów, o których mowa w ust. 1, należą w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników, związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużyciem energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty rozbiórki i recyklingu;

2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym, związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi w okresie ich cyklu życia, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować, w szczególności koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu.

ust. 4. W przypadku szacowania kosztów w oparciu o rachunek kosztów cyklu życia, w dokumentach zamówienia określa się dane, które mają przedstawić wykonawcy, oraz metodę, którą zastosuje zamawiający do oszacowania kosztów cyklu życia na podstawie tych danych.

ust. 5. Metoda szacowania kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym musi spełniać łącznie następujące warunki:

1) opierać się na kryteriach obiektywnie możliwych do zweryfikowania i niedyskryminujących;

2) być dostępną dla wszystkich zainteresowanych stron;

3) zapewniać, aby dostarczanie danych przez wykonawców działających z należytą starannością nie było nadmiernie uciążliwe, także dla wykonawców z państw trzecich będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.

ust. 6. W przypadku gdy na podstawie przepisów prawa Unii Europejskiej, określonych w załączniku XIII do dyrektywy 2014/24/UE, stanie się obowiązkowa wspólna metoda obliczania kosztów cyklu życia, oszacowanie kosztów cyklu życia jest dokonywane z zastosowaniem tej metody.

ust. 7. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, metodę kalkulacji kosztów cyklu życia budynków, uwzględniających koszty określone w ust. 3 pkt 1 lit. a-c, oraz sposób przedstawiania informacji o tych kosztach, kierując się potrzebą zapewnienia ujednoczenia i wiarygodności tych kalkulacji.

Ograniczenie w zakresie korzystania wyłącznie z kryterium cenowego

Art. 246 ustawy Pzp:

ust. 1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

ust. 2. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Określenie wagi przypisanej kryteriom

Art. 247 ustawy Pzp

ust. 1. W ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny.

ust. 2. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.



Wybór oferty, dodatkowe kryteria oceny ofert

Art. 248 ustawy Pzp:

ust. 1. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający wybiera spośród tych ofert ofertę, która otrzymała najwyższą ocenę w kryterium o najwyższej wadze.

ust. 2. Jeżeli oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem.

ust. 3. Jeżeli nie można dokonać wyboru oferty w sposób, o którym mowa w ust. 2, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt.

Wybór oferty, wezwanie do złożenia ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt

Art. 249 ustawy Pzp: Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt.

Wybór oferty, wezwanie do złożenia ofert dodatkowych zawierających nowy koszt nabycia]

Art. 250 ustawy Pzp:

ust. 1. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt rozumiany jako suma kosztu nabycia i innych kosztów cyklu życia, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie, zamawiający wybiera ofertę:

1) z niższym kosztem nabycia albo

2) z niższymi innymi kosztami cyklu życia

- pod warunkiem dopuszczenia takiego rozwiązania w dokumentach zamówienia.

ust. 2. Jeżeli nie można dokonać wyboru oferty w sposób, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty do złożenia ofert dodatkowych zawierających nowy koszt nabycia, w terminie określonym przez zamawiającego.

II. AKTY WYKONAWCZE DOTYCZĄCE KRYTERIÓW OCENY OFERT W USTAWIE PZP

Delegacja ustawowa:

Art. 244 ustawy Pzp: Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, inne niż cena kryteria oceny ofert, które mają zastosowanie w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień, oraz sposób opisanie i oceny tych kryteriów, kierując się potrzebą wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz mając na względzie szczególny charakter lub cel zamówienia oraz ułatwienie stosowania tych kryteriów oceny ofert.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 245 ust. 7 ustawy Pzp: Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, metodę kalkulacji kosztów cyklu życia budynków, uwzględniających koszty określone w ust. 3 pkt 1 lit. a-c, oraz sposób przedstawiania informacji o tych kosztach, kierując się potrzebą zapewnienia ujednoczenia i wiarygodności tych kalkulacji.

III. DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE W SPRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – PRZEPISY DOTYCZĄCE KRYTERIÓW OCENY OFERT

Artykuł 67

Kryteria udzielenia zamówienia

1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących cen określonych dostaw lub wynagradzania z tytułu określonych usług, instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. **Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie** z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. **Kryteria takie mogą np. obejmować:**

- a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki;
- b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub
- c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Składnik kosztowy może również mieć postać stałej ceny lub kosztu stałego, na podstawie których wykonawcy konkurują wyłącznie w oparciu o kryteria jakościowe.

Państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucje zamawiające nie mogą stosować wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia, lub ograniczyć ich zastosowanie do określonych kategorii instytucji zamawiających lub określonych rodzajów zamówień.

3. Uznaje się, że **kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego**, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z:

- a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek; albo



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług;

nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem.

4. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

5. Instytucja zamawiająca określa w dokumentach zamówienia względną wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny.

Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Artykuł 68

Rachunek kosztów cyklu życia

1. Rachunek kosztów cyklu życia obejmuje w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie poniższe koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych:

a) koszty poniesione przez instytucję zamawiającą lub innych użytkowników, takie jak:

(i) koszty związane z nabyciem;

(ii) koszty użytkowania, takie jak zużycie energii i innych zasobów;

(iii) koszty utrzymania;

(iv) koszty związane z wycofaniem z eksploatacji, takie jak koszty zbiórki i recyklingu;

b) koszty przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi na przestrzeni ich cyklu życia, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować; takie koszty mogą obejmować koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne koszty łagodzenia zmiany klimatu.

2. W przypadku gdy instytucje zamawiające szacują koszty przy pomocy podejścia opartego na rachunku kosztów cyklu życia, określają w dokumentach zamówienia dane, które powinni przedstawić oferenci, oraz metodę, którą zastosuje instytucja zamawiająca do określenia kosztów cyklu życia na podstawie tych danych.

Metoda zastosowana do oszacowania kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym musi spełniać wszystkie następujące warunki:

a) jest oparta na kryteriach obiektywnie możliwych do zweryfikowania i niedyskryminacyjnych. W szczególności w przypadku gdy metoda ta nie została ustalona na potrzeby powtarzalnego lub ciągłego stosowania, w sposób nieuzasadniony nie może ona działać na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców;

b) jest dostępna dla wszystkich zainteresowanych stron;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

c) wymagane dane mogą zostać dostarczone uzasadnionym nakładem sił przez wykonawców działających z należytą starannością, w tym wykonawców z państw trzecich będących stronami Porozumienia GPA lub innych umów międzynarodowych wiążących Unię.

3. W przypadku gdy na mocy unijnego aktu ustawodawczego obowiązkowa stała się jakkolwiek wspólna metoda kalkulacji kosztów cyklu życia, do oszacowania tych kosztów stosowana będzie ta wspólna metoda.

Wykaz takich aktów ustawodawczych i, w razie potrzeby, aktów delegowanych je uzupełniających określa załącznik XIII. Komisja jest uprawniona do przyjmowania aktów delegowanych zgodnie z art. 87 w sprawie aktualizacji tego wykazu, w przypadku gdy konieczna jest taka aktualizacja w związku z przyjęciem nowych przepisów wprowadzających obowiązek stosowania wspólnej metody albo uchycieniem lub modyfikacją istniejących aktów prawnych.

IV. INFORMACJE DOTYCZĄCE WYBRANYCH KRYTERIÓW OCENY OFERT

UWAGA: W niniejszym opracowaniu omówiono wybrane kryteria oceny ofert. Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/43657/Pozacenowe-kryteria-oceny-ofert.pdf dostępna jest publikacja pt.: „Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk” (wyd. 2020). Opracowanie to zawiera syntetyczne, praktyczne omówienie podstaw teoretycznych kryteriów pozacenowych, zasad ich stosowania, określania wagi kryteriów i przybliżenie zasad oceny. Poradnik zawiera także przykłady dobrych praktyk w zakresie stosowania kryteriów pozacenowych.

IV.1. Termin wykonania zamówienia

Termin wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi pozacenowe kryterium oceny ofert, które może znaleźć zastosowanie w celu zachęcenia wykonawców do składania ofert z krótszym terminem realizacji zamówienia publicznego, niż termin zakładany przez zamawiającego. Wykonawca może wtedy zadeklarować krótszy termin realizacji umowy w złożonej ofercie niż podstawowy (nieprzekraczalny) wymagany przez zamawiającego, czego konsekwencją jest otrzymanie odpowiedniej ilości punktów w tym kryterium. Szybsze wykonanie umowy wiąże się jednak najczęściej z większymi kosztami, zaangażowaniem organizacyjnym wykonawcy, a zatem zastosowanie tego kryterium znajduje uzasadnienie w przypadku, gdy korzyści wynikające z szybszego wykonania zamówienia będą większe aniżeli ewentualny wzrost ceny oferty.

Zamawiający przewidując zastosowanie kryterium terminu wykonania zamówienia powinien określić przedział czasowy, w którym oczekuje wykonania zamówienia, obejmującego maksymalny akceptowalny przez niego czas realizacji zamówienia. Uzasadnione może być również wskazanie minimalnego, realnego do dotrzymania terminu tak żeby nie wymuszać terminów zbyt krótkich, które w efekcie mogą mieć negatywny wpływ na jakość świadczenia.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zastosowanie kryterium terminu wykonania zamówienia polega najczęściej na relatywnym i proporcjonalnym punktowaniu, poprzez porównanie, tj. poprzez podzielenie wartości najkrótszego terminu realizacji umowy zaproponowanego w ofertach przez wartość terminu realizacji umowy przewidzianego w ofercie ocenianej i pomnożenie wyniku przez wagę nadaną kryterium terminu wykonania zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że stosowanie kryterium terminu wykonania zamówienia poprzez przyznawanie punktów za wykonanie umowy w określonych datami terminach, np. 5 punktów za zadeklarowanie wykonania umowy do 31 grudnia 2017 roku, 7 punktów za zadeklarowanie wykonania umowy do 30 listopada 2017 r., 9 punktów za zadeklarowanie wykonania umowy do 31 października 2017 roku, może rodzić niebezpieczeństwo, że terminy te będą niemożliwe do dotrzymania w sytuacji, gdy zawarcie umowy się opóźni w stosunku do terminu planowanego przez zamawiającego.

Uzasadnione jest żeby ocena terminu realizacji umowy była dokonywana w odniesieniu do okresów podanych przez wykonawcę w ofercie w najkrótszych możliwych i znajdujących uzasadnienie przy określaniu terminu realizacji zamówienia jednostkach czasowych, np. w dniach.

Zastosowanie tego kryterium wymaga od zamawiającego określenia kar umownych na wypadek opóźnień wykonawcy w realizacji umowy w zadeklarowanym w ofercie terminie w wysokości np. odpowiadającej ewentualnemu zwiększeniu ceny oferty związanej ze skróceniem terminu realizacji umowy. Określenie wysokości kary jest uprawnieniem zamawiającego, należy przy tym pamiętać, że wysokość kary nie powinna być rażąco wygórowana.

Posłużenie się kryterium termin realizacji umowy wymaga również precyzyjnego określenia terminów na wykonanie przez zamawiającego jego świadczeń związanych z realizacją umowy o zamówienie publiczne (wprowadzenie wykonawcy na plac budowy, przekazania dokumentacji, dokonanie odbiorów częściowych itp.) oraz okoliczności, skutkujących przedłużeniem terminu realizacji umowy, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający albo nie ponosi odpowiedzialności żadna ze stron umowy.

Jednocześnie, konieczne jest przewidzenie klauzuli, iż w pozostałym zakresie wykonawca ponosi w pełnym zakresie odpowiedzialność za opóźnienie realizacji umowy w formie kar umownych.

IV.2. Okres gwarancji

Zamawiający może także posłużyć się kryterium okresu gwarancji. Najczęściej w takim przypadku ocena gwarancji dokonywana jest poprzez porównanie danych zawartych w ofertach do najdłuższego okresu gwarancji wśród zaproponowanych. W celu wyeliminowania sytuacji wygrywania ofert wykonawców z nieracjonalnie długim okresem deklarowanej gwarancji, ale także zaproponowaniem zbyt krótkiego okresu gwarancji, zamawiający powinien określić minimalny oraz maksymalny okres dopuszczalnej gwarancji.

IV.3. Jakość

Kryterium jakości w zamówieniach publicznych będzie dotyczyć spełniania przez oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia, określonych przez zamawiającego wymagań w ogóle lub w



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

większym stopniu. Przedmiot może być punktowany w tym kryterium z uwagi na posiadanie dodatkowych cech albo charakteryzowanie się większym ich nasileniem, aniżeli wymogi minimalne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, których niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia.

Prawidłowe posłużenie się kryterium jakości wymaga od zamawiającego nie tylko zamieszczenia w ogłoszeniu i SWZ, że przewiduje zastosowanie takiego kryterium oraz przypisania mu określonej wagi, ale przede wszystkim opisanie, jakie cechy przedmiotu oferty oraz w jakim zakresie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktacji w tym kryterium.

Przy formułowaniu kryterium jakości, zamawiający powinien dysponować wiedzą, uzyskaną samodzielnie lub za pośrednictwem biegłego, dotyczącą cech produktów dostępnych na rynku wpływających na ich jakość. W kryterium jakości zasadne jest w jak największym możliwym stopniu stosować wymierne wskaźniki służące do określenia występowania istotnych dla zamawiającego cech ocenianego przedmiotu.

IV.4. Funkcjonalność

Funkcjonalność według Słownika Języka Polskiego, to dobre spełnianie swoich funkcji albo funkcjonowanie lub funkcje czegoś w jakimś systemie. W kryterium funkcjonalności punkty przyznawane są najczęściej z uwagi na zadeklarowanie przez wykonawcę występowania w oferowanym przez niego produkcie określonych funkcji, nie będących koniecznymi, ale których istnienie z punktu widzenia zamawiającego poprawia walory nabywanego produktu, programu, systemu informatycznego lub usługi.

IV.5. Koszt i wykorzystanie rachunku kosztów cyklu życia

Rachunek czy inaczej analiza kosztów życia produktu (Life Cycle Cost – LCC) jest to narzędzie użyteczne w zakresie racjonalizacji dokonywania przez zamawiających wydatków na zamówienia w perspektywie całego okresu użytkowania nabywanego produktu. Pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej oferującej najbardziej dla niego optymalny zakup z uwzględnieniem kosztów produktu/usługi przez cały okres użytkowania, takich jak cena zakupu, koszty użytkowania, konserwacji i koszty utylizacji.

Przy pomocy kryterium kosztu cyklu życia możliwy jest wybór oferty najkorzystniejszej kosztowo dla zamawiającego w perspektywie długookresowej uwzględniającej nie tylko wydatek początkowy, ale również inne koszty, które zamawiający będzie ponosił w związku z użytkowaniem nabywanego produktu. Całkowity koszt życia obliczany jest zatem z uwzględnieniem zarówno kosztów zakupu i instalacji, rocznych kosztów wydatków związanych z użytkowaniem (koszty energii elektrycznej, koszty obsługi i napraw, koszty eksploatacji) pomnożonych przez zakładaną liczbę lat użytkowania, jak i z uwzględnieniem takich czynników jak stopa inflacji i stopa oprocentowania (dyskonta). Powyższe narzędzie umożliwia z jednej strony racjonalizację wydatków przez zamawiających związanych z nabyciem i użytkowaniem danego produktu, a z drugiej strony umożliwia rozwój innowacyjności i optymalizację zaproponowanych w ofercie rozwiązań wchodzących w skład oferowanego produktu np. wyposażenia nabywanego produktu zwiększającego jego walory użytkowe,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zwiększenia niezawodności i dostępności części zamiennych, minimalizacji kosztów związanych z bieżącą eksploatacją. Wymaga podkreślenia, że korzystanie z kryterium kosztu cyklu życia nie oznacza uzyskania przez zamawiającego dokładnych danych dotyczących wydatków związanych z użytkowaniem nabywanego produktu, ale dane szacunkowe, uzyskiwane na potrzeby dokonania oceny ofert. Posłużenie się tym kryterium wymaga przedstawienia w specyfikacji warunków zamówienia konkretnych danych przyjętych przez zamawiającego do dokonywania obliczeń zgodnie z ustalonym wzorcem.

IV.6. Koszty eksploatacji

Kryterium to może znaleźć zastosowanie przy zamówieniach na roboty budowlane, np. przy budowie obiektów użyteczności publicznej (baseny, hale sportowe itp.), ważne jest wtedy wzięcie pod uwagę oprócz kosztów samej budowy także koszty eksploatacji tych obiektów. Kryterium to będzie szczególnie istotne na etapie wykonywania dokumentacji projektowej. Kryterium kosztów eksploatacji może również znaleźć zastosowanie w postępowaniach dotyczących nabycia różnego rodzaju urządzeń i sprzętu. Zamawiający może się nim posłużyć w celu wyeliminowania nabywania produktów lub rozwiązań tanich cenowo w odniesieniu do kosztów zakupu, drogi natomiast w eksploatacji. Prawidłowe skonstruowanie tego kryterium powinno zapewnić zamawiającemu wybór oferty charakteryzującej się najlepszym bilansem kosztu zakupu produktu do wszystkich standardowych kosztów ponoszonych w związku z jego użytkowaniem.

IV.7. Serwis

W przypadku zamówienia na dostawy sprzętu i urządzeń wymagających lub mogących wymagać serwisowania, zamawiający powinien rozważyć zastosowanie kryterium **dotyczącego serwisu zakupionych rzeczy**. Kryterium to może dotyczyć różnych cech serwisu, w szczególności: (1) długości czasu, w jakim zostają naprawione usterki (tzw. czasu reakcji serwisu), (2) czasu pracy punktów serwisowych.

Za niedopuszczalne uznaje się natomiast posługiwanie się kryterium oceny ofert odnoszącym się do odległości siedziby wykonawcy (jego punktu serwisowego) od np. siedziby zamawiającego. W tym bowiem przypadku kryterium zostaje oderwany od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy.

Ilość punktów serwisowych oraz odległość pomiędzy nimi a siedzibą zamawiającego (miejscem lokalizacji przedmiotu objętego usługą serwisową) nie musi przekładać się na szybkość reakcji serwisu lub jego dostępność dla zamawiającego. Wykonawca może bowiem zorganizować swoją działalność w przedmiocie serwisu w taki sposób, iż zapewni wymaganą przez zamawiającego jego dostępność oraz czas reakcji, niezależnie od tego w jakiej ilości i gdzie punkty serwisowe się znajdują.

IV.8. Aspekty społeczne

W ramach aspektów społecznych zamawiający powinien promować integrację zawodową i społeczną osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 94 ustawy Pzp ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności:

- 1)** osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1172, 1495, 1696 i 1818),
- 2)** bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1482, 1622 i 1818),
- 3)** osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
- 4)** osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2019 r.poz. 1111, 924 i 1818),
- 5)** osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem,
- 6)** osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r.poz. 730 i 1690),
- 7)** osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1507, 1622, 1690 i 1818),
- 8)** osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1666),
- 9)** osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,
- 10)** osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 823)

- pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1-10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

Najczęściej stosowane kryteria uwzględniające aspekty społeczne to: zatrudnienie przy realizacji zamówienia osób bezrobotnych, a także zatrudnienie przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych. Co do możliwości użycia kryterium – *zatrudnienie na podstawie umowy o pracę* – to zamawiający powinni pamiętać, że jeśli wykonywanie czynności w zakresie realizacji zamówienia polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, to nie może wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę stanowić kryterium



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

oceny ofert, bowiem w tym zakresie zamawiający stawia obligatoryjne wymaganie w opisie przedmiotu zamówienia.

IV.9. Kryteria środowiskowe

Kryteria środowiskowe mają na celu promowanie produktów, usług sprzyjających środowisku. W szczególności takim kryterium jest efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia.

Komisja europejska opracowała przykłady takich kryteriów – więcej informacji pod adresem: www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/zielone-zamowienia

V. DANE STATYSTYCZNE I ANALIZA DOTYCZĄCA STOSOWANIA KRYTERIÓW OCENY OFERT NA GRUNCIE USTAWY PZP2004

Stosowanie kryteriów oceny ofert w 2017 r.²

Rok 2017 był pierwszym pełnym rokiem, w którym obowiązywała nowelizacja ustawy Pzp 2004, wprowadzająca doprecyzowanie i wzmocnienie przepisów o stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. W wyniku tych zmian przede wszystkim ograniczeniu uległa liczba zamówień, w których stosowano cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

Jak wynika z ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych w roku 2017 cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano w 10% postępowań (w 2016 r. – w 9%; w 2015 r. – w 12%; w 2014 r. – w 84%, a w latach wcześniejszych odsetek ten kształtował się na poziomie powyżej 90%).

Najrzadziej kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert zamawiający stosowali w zamówieniach na roboty budowlane – 2% postępowań (w 2016 r. także 2%; w 2015 r. – 4%, a w 2014 r. – 92%). W zamówieniach na dostawy – w 21% (w 2016 r. – 17%; w 2015 r. – 19%, a w 2014 r. – 83%), a na usługi kryterium ceny jako jedyne zastosowano w 10% postępowań (w 2016 r. – 8%; w 2015 r. – 11%, a w 2014 r. – 76%). Podobnie w przypadku postępowań o wartościach powyżej progów unijnych z ogłoszeń opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wynika, że w roku 2017 kryterium ceny jako jedyne zostało zastosowane w 22% postępowań (w 2016 r. – w 14%; w 2015 r. – w 11%, a w 2014 r. – w 75%). W postępowaniach tych najrzadziej kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert stosowano w przypadku zamówień na roboty budowlane – 11% postępowań (w 2016 r. – 9%; w 2015 r. – 15%, a w 2014 r. – 76%), następnie w zamówieniach na usługi – 11% postępowań (w 2016 r. i 2015 r. – 10%, a w 2014 r. – 72%) oraz na dostawy – 26% postępowań (w 2016 r. – 16%; w 2015 r. – 15%, a w 2014 r. – 76%).

Nieznaczne wzrosty odsetka postępowań, w których zastosowano kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, można tłumaczyć złagodzeniem zapisów art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, tj.

² Według dokumentu: Urząd Zamówień Publicznych „Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.”. dostępne pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/41558/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

rezygnacją w tej regulacji z odniesienia się do „przedmiotu zamówienia powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych” na rzecz wskazania, że cena może być zastosowana jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli zamawiający określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

W zamówieniach, w których oferty miały podlegać ocenie według ceny oraz dodatkowych kryteriów, w roku 2017 zamawiający stosowali średnio w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych 2,46 kryteria, a w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych – 2,67 kryteria. Jak już pokazała średnia liczba kryteriów, zamawiający najczęściej stosowali dwa kryteria oceny ofert – w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE w 62% postępowań, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE – w 52%. Trzy kryteria zastosowano odpowiednio w 32% oraz w 36% postępowań, a cztery kryteria odpowiednio w 4% oraz w 8% postępowań. W zamówieniach o wartości poniżej progów UE w pozostałych 2% postępowań zastosowano od 5 do 11 kryteriów oceny ofert. Natomiast w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych w pozostałych 4% postępowań zastosowano od 5 do 12 kryteriów oceny ofert. Najczęściej stosowanym dodatkowym kryterium oceny oferty było: w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów UE kryterium związane z warunkami gwarancji bądź rękojmi – 58% postępowań, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – 39% postępowań. W dalszej kolejności zamawiający stosowali w zamówieniach o wartościach poniżej progów unijnych kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – 39% postępowań, a w zamówieniach o wartościach powyżej progów unijnych – kryterium związane z warunkami gwarancji bądź rękojmi – 37% postępowań. W przypadku pozacenowych kryteriów oceny ofert w roku 2017 średnie wagi tych kryteriów mieściły się w przedziale 20%-30%. Natomiast średnia waga kryterium ceny wynosiła 61% w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych i 63% w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych.

Stosowanie kryteriów oceny ofert w 2018 r.³

W 2018 r. ogłoszenia opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. o wartościach poniżej progów unijnych zawierały cenę jako jedyne kryterium oceny ofert w 11% zamówień (w 2017 r. w 10%; w 2016 r. w 9%; w 2015 r. w 12%).

W przypadku robót budowlanych, podobnie jak w latach 2016-2017, najrzadziej zastosowano kryterium ceny jako jedyne – w 2% zamówień (w roku 2015 w 4%). W zamówieniach na dostawy sytuacja taka dotyczyła 23% postępowań (w roku 2017 – 21%; w roku 2016 – 17%, a w roku 2015 – 19%), a w usługach – 11% postępowań (w roku 2017 – 10%; w roku 2016 – 8%, a w roku 2015 – 11%).

Natomiast w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych wszczynanych ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w roku 2018 kryterium ceny jako jedyne zastosowano w 25% zamówień (w 2017 r. – 22%; w 2016 r. – 14%, a w 2015 r. – 11%).

³ Według dokumentu: Urząd Zamówień Publicznych „Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.. dostępne pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Podobnie jak w przypadku postępowań ogłaszanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, także w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych wyłącznie kryterium ceny ustalano w zamówieniach na roboty budowlane – 13% zamówień (w 2017 r. – 11%; w 2016 r. – 9%, a w 2015 r. – 15%). W dostawach było to 27% postępowań (w roku 2017 – 26%; w roku 2016 – 16%, a w roku 2015 – 15%), a w usługach – w 25% postępowań (w roku 2017 – 11%, a w latach 2016 i 2015 – 10%).

Dane powyższe świadczą o dokonywaniu przez zamawiających oceny ofert przez zamawiających w oparciu o kryterium ceny oraz dodatkowe kryteria, w postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych, w 89% zamówień, a w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych w 75% zamówień. Średnio w zamówieniach tych stosowano 2,41 kryteria (zamówienia poniżej progów UE) oraz 2,68 kryteria (zamówienia powyżej progów UE).

Analogicznie jak w roku 2017, zamawiający najczęściej oceniali oferty wykorzystując dwa kryteria (cenę i jedno kryterium pozacenowe). W przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE w 66% postępowań, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r. 41 progów UE w 52%. Trzy kryteria zastosowano odpowiednio w 29% oraz w 35% postępowań, a cztery kryteria odpowiednio w 4% oraz w 8% postępowań. W pozostałym 1% zamówień o wartościach poniżej progów unijnych zastosowano od 5 do 30 kryteriów. Natomiast w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych w pozostałych 5% postępowań zastosowano od 5 do 13 kryteriów oceny ofert.

Najczęściej stosowanym pozacenowym kryterium oceny oferty w przypadku zarówno zamówień o wartościach poniżej progów UE jak i zamówień o wartościach powyżej progów UE było kryterium związane z warunkami gwarancji bądź rękojmi – odpowiednio 61% oraz 41% postępowań.

W dalszej kolejności zamawiający wykorzystywali kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – odpowiednio 31% oraz 40% zamówień.

Oferty oceniano także pod kątem jakości, funkcjonalności czy parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. W przypadku postępowań o wartościach poniżej progów unijnych kryterium to zastosowano w 10% zamówień, a w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych – w 21%.

Wagi pozacenowych kryteriów oceny ofert stosowane przez zamawiających najczęściej mieściły się w przedziale 20%-30%. Natomiast średnia waga kryterium ceny w roku 2018 wynosiła 61% w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych i 62% w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych.

Stosowanie kryteriów oceny ofert w 2019 r.⁴

W 2019 r. ogłoszenia opublikowane w BZP, tj. zamówienia o wartościach poniżej progów unijnych zawierały cenę jako jedyne kryterium oceny ofert w 12% zamówień (w 2018 r. w 11%; w 2017 r. w 10%; w 2016 r. w 9%).

⁴ Według dokumentu: Urząd Zamówień Publicznych „Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.”. Dostępne pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/43418/Sprawozdanie-2019-r.pdf



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Podobnie jak w latach 2016-2018, najrzadziej zastosowano kryterium ceny jako jedyne w przypadku robót budowlanych – w 2% zamówień. W zamówieniach na dostawy sytuacja taka dotyczyła 23% postępowań (w 2018 r. – także 23%; w 2017 r. – 21%; w 2016 r. – 17%), a w usługach – 13% postępowań (w 2018 r. – 11%; w 2017 r. – 10%; w 2016 r. – 8%).

W przypadku postępowań o wartościach powyżej progów unijnych, wszczynanych publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w 2019 r. kryterium ceny jako jedyne zastosowano w 28% zamówień (w 2018 r. – 25%; w 2017 r. – 22%; w 2016 r. – 14%). Podobnie jak w postępowaniach ogłaszanych w BZP, także w tych o wartościach powyżej progów unijnych wyłącznie kryterium ceny najrzadziej ustalano w zamówieniach na roboty budowlane – 19% zamówień (w 2018 r. – 13%; w 2017 r. – 11%; w 2016 r. – 9%). W dostawach było to 29% postępowań (w 2018 r. – 27%; w 2017 r. – 26%; w 2016 r. – 16%), a w usługach – w 30% postępowań (w 2018 r. – 25%; w 2017 r. – 11%; w 2016 r. – 10%).

Powyższe dane świadczą, że w większości postępowań zamawiający wybierają oferty w oparciu o kryterium ceny oraz dodatkowe kryteria – w przypadku postępowań o wartościach poniżej progów unijnych w 88% zamówień, a w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych – w 72% zamówień.

Średnio w zamówieniach tych stosowano odpowiednio: 2,39 kryteria (zamówienia poniżej progów UE) oraz 2,63 kryteria (zamówienia powyżej progów UE).

Analogicznie jak w latach ubiegłych zamawiający najczęściej oceniali oferty wykorzystując dwa kryteria (cenę i jedno kryterium pozacenowe). W przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE w 68% postępowań, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE w 55%. Trzy kryteria zastosowano odpowiednio w 27% oraz w 33% postępowań, a cztery kryteria odpowiednio w 4% oraz w 8% postępowań. W pozostałym 1% zamówień o wartościach poniżej progów unijnych zastosowano od 5 do 30 kryteriów. Natomiast w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych w pozostałych 4% postępowań zastosowano od 5 do 10 kryteriów oceny ofert.

W przypadku zamówień o wartościach poniżej progów UE najczęściej stosowanym pozacenowym kryterium oceny oferty było kryterium związane z warunkami gwarancji bądź rękojmi – 56% postępowań. Natomiast w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE najczęściej stosowanym pozacenowym kryterium oceny oferty było kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – 38% postępowań.

W dalszej kolejności zamawiający wykorzystywali – w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych: kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – 30% zamówień, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych: kryterium związane z warunkami gwarancji bądź rękojmi – 37% postępowań.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Oferty oceniano także pod kątem jakości, funkcjonalności czy parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. W przypadku postępowań o wartościach poniżej progów unijnych kryterium to zastosowano w 10% zamówień, a w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych – w 19%.

Wagi pozacenowych kryteriów oceny ofert stosowane przez zamawiających najczęściej mieściły się w przedziale 20% - 30%. Natomiast średnia waga kryterium ceny w 2019 r. wynosiła 61% w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych i 62% w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych.

VI. NIEPRAWIDŁOWOŚCI W ZAKRESIE KRYTERIÓW OCENY STWIERDZONE W WYNIKU KONTROLI PRZEPROWADZONYCH PRZEZ PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH⁵

[Kontrole przeprowadzone w trakcie obowiązywania przepisów ustawy Pzp2004]

VI. PRZYKŁAD 1 - budowa przepompowni

Przedmiot zamówienia: budowa przepompowni

Wartość zamówienia: 6 011 859,74 zł (1 495 636,32 euro)

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, w pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający zapisał, iż wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie następujących kryteriów oceny ofert: cena – 70% oraz okres gwarancji – 30%. Zamawiający opisał sposób oceny ofert (wg wzoru):

„Cena

$$W_{on-c} = (C_{min}/C_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 70\%) * I_{ck}$$

gdzie:

W_{on-c} – suma punktów uzyskanych od liczby członków komisji przetargowej dla kryterium cena;

C_{min} – cena minimalna wśród złożonych ofert (w PLN z VAT);

C_n – cena zaproponowana przez wykonawcę – n (w PLN z VAT);

$waga_{xxxx}$ - % kryterium oceny;

I_{ck} – liczba członków komisji.

Okres gwarancji

$$G_n = (G_{min}/G_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * I_{ck}$$

gdzie:

G_n – okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę – n /liczony w latach/;

G_{max} – max okres gwarancji wśród złożonych ofert;

G_n – okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę – n;

⁵ Na podstawie opracowania UZP: „Wyniki przeprowadzonych. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”. Opracowania dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/kontrole-prze-prowadzone-przez-uzp/analizy-okresowe-wynikow-kontroli-prezesa-urzedu>



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

waga_{xxxx} - % kryterium oceny;

lck – liczba członków komisji.”

Jednocześnie zamawiający zapisał, iż „oferta, która uzyska najwyższą sumę punktów /Won-c + Gn/, obliczoną wg powyższych wzorów, będzie ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia i zostanie zaproponowana przez komisję przetargową do zatwierdzenia kierownikowi jednostki. Kierownik jednostki zatwierdzając propozycję komisji przetargowej dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Mając na uwadze powyższy wzór dotyczący kryterium „okres gwarancji” należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zamawiający błędnie zapisał go w sposób „(Gmin/Gn ...)”, gdyż przyjmując oznaczenie skrótów nadanych przez zamawiającego pod wzorem, wzór ten winien wyglądać w sposób: „Gn = (Gmax/Gn * 100 pkt * waga 30%) * lck”.

Niemniej, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że zamawiający istotnie punktował oferty w kryterium „okres gwarancji” w sposób wskazany we wzorze, tj. brał pod uwagę Gmin – rozumiane jako „minimalny okres gwarancji wśród złożonych ofert”, a nie Gmax (tj. maksymalny okres gwarancji wśród złożonych ofert), jak wynikało z opisu pod wzorem.

Zamawiający po ponownej ocenie ofert, poinformował bowiem wykonawców, iż jako najkorzystniejsza zostaje wybrana oferta wykonawcy H. – z ceną 7.196.364,16 zł oraz okresem gwarancji 5 lat. Należy zwrócić uwagę, że w drugiej ocenianej ofercie złożonej przez wykonawcę P. zaferowano cenę 6.661.926,00 zł i okres gwarancji 7 lat.

Zgodnie z ww. pismem, punktacja dla ocenianych ofert kształtowała się następująco:

wykonawca	cena	okres gwarancji	razem
H.	194,40	90	284,40
P.	210,00	64,29	274,29

W konsekwencji, zamawiający w oparciu o ww. wzór dokonał wyboru oferty o krótszym okresie gwarancji, przyznając jej w tym kryterium wyższą liczbę punktów. Jednocześnie należy wskazać, iż wybrana oferta była droższa od oferty z najniższą ceną o kwotę 534.438,16 zł.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym „najkorzystniejsza oferta” w rozumieniu ustawy Pzp oznacza ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną. Z ustawy (stan prawny sprzed nowelizacji z 29.08.2014 r.) wynika więc, że zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako jedyne kryterium oceny ofert będzie stosowane kryterium ceny, czy też oprócz ceny będą brane pod uwagę także inne kryteria oceny ofert. Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl której postępowania

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przygotowuje się i przeprowadza w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający przeprowadzając postępowanie, oprócz kryterium ceny może posłużyć się np. kryterium okresu gwarancji. W takim przypadku ocena gwarancji powinna być dokonywana poprzez porównanie danych zawartych w ofertach do najdłuższego okresu gwarancji wśród zaproponowanych.

W tym miejscu należy zauważyć, że jedynie wzór zapisany w sposób:

$(G_n/G_{max} * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * lck$, gdzie:

G_n – okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę – n;

G_{max} – max okres gwarancji wśród złożonych ofert;

$waga_{xxxx}$ - % kryterium oceny;

lck – liczba członków komisji (tj. w kontrolowanym postępowaniu: 3),

daje możliwość prawidłowego i zgodnego z logiką punktowania ofert w tym kryterium. Oczywistym jest bowiem, że oferta z dłuższym okresem gwarancji powinna uzyskać wyższą ilość punktów od tej z niższym okresem gwarancji.

Punktacja obliczona wg zaproponowanego powyżej wzoru dałaby następujące wyniki:

wykonawca	okres gwarancji	prawidłowa punktacja w kryterium „okres gwarancji”	prawidłowa punktacja w obydwu kryteriach razem
H.	5	64,29	258,69
P.	7	90	300,00

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zamawiający błędnie opisując wzór dotyczący kryterium gwarancji, doprowadził do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji (a jednocześnie droższej od oferty z najniższą ceną) co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 34/14).

VI.2. PRZYKŁAD 2 - zakup sprzętu komputerowego i oprogramowania

Przedmiot zamówienia: zakup sprzętu komputerowego i oprogramowania

Wartość zamówienia: 100.000,00 zł (26.048, 45 euro)

Zamawiający w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, opisał następujące kryteria:

- cena – (wzór - oferta o najniższej cenie otrzymuje 10 punktów od każdego członka komisji x ilość członków komisji x 70%),
- gwarancje – (wzór - oferta potwierdzająca najdłuższy okres gwarancji otrzymuje 10 pkt od każdego członka komisji x ilość członków komisji x 15%),



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- termin realizacji – (wzór - oferta o najkrótszym terminie otrzymuje 10 punktów od każdego członka komisji x ilość członków komisji x 15%).

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek „opisać kryteria”, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednocześnie sposób oceny ofert powinien być sformułowany w sposób zapewniający obiektywną ocenę złożonych ofert. Obowiązek prowadzenia postępowania w sposób jawny i przejrzysty (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania sposobu, w jaki zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza poprzez wyrażony w art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp obowiązek opisu kryteriów oceny ofert.

W przedmiotowym postępowaniu brak jest opisanego sposobu oceny takich ofert, które nie mają najniższej ceny, najkrótszego terminu realizacji i najdłuższego terminu gwarancji. Brak jest więc określenia sposobu obliczenia punktów dla kolejnych ofert w ramach każdego z trzech przyjętych kryteriów.

Brak jest również opisu sposobu oceny ofert w przypadku różnych okresów gwarancji dla różnych sprzętów. W przedmiotowym postępowaniu 3 wykonawców podało okres gwarancji na cały przedmiot zamówienia, a 1 wykonawca podał różne okresy gwarancji w zależności od rodzaju sprzętu. Niedoprecyzowanie sposobu wskazania okresu gwarancji i sposobu oceny różnych okresów gwarancji skutkowało niemożliwością dokonania obiektywnej oceny ofert.

Konsekwencją powyższego zdefiniowania kryteriów była konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową w trakcie postępowania i uznaniowe przyznanie punktów (10, 5 i 3 pkt) za cenę oraz terminy realizacji i gwarancji zaoferowane przez wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób stwierdzić, aby przedstawiony w siwz sposób oceny ofert zapewniał wybór oferty w sposób przejrzysty. Tym samym, nie dokonując opisu kryteriów oceny ofert w sposób umożliwiający obiektywną ocenę ofert, zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w tym zakresie nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 109/13).

VI.3. PRZYKŁAD 3 - dostawa samochodów zaopatrzeniowych z żurawiem

Przedmiot zamówienia: dostawa samochodów zaopatrzeniowych z żurawiem

Wartość zamówienia: 19.444.444,44 zł (4.602.344,30 euro)

Wszczęcie postępowania: 29.09.2014 r.

Zamawiający w siwz określił dwa kryteria oceny ofert: cena oferty – waga: 80% oraz parametry techniczne (ładowność pojazdu) – waga 20%. W toku postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego m.in. o zdefiniowanie metody obliczania „ładowności pojazdu”, stanowiącej kryterium oceny ofert. Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający będzie oceniał oferty na podstawie parametrów technicznych podanych w homologacji podwozia”. Z kolei pismem z dnia 30.10.2014 r. w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, który wskazał, że w homologacji podwozia podane są dwa parametry



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

techniczne: maksymalna masa całkowita i dopuszczalna masa całkowita, zamawiający poinformował, że „będzie dokonywał oceny ładowności na podstawie dopuszczalnej masy całkowitej”. W odpowiedzi na kolejne pytanie wykonawcy, zamawiający wyjaśnił: „W załączniku nr 5 „Oferta” w pozycji „Oferujemy samochód o ładowności...” należy podać ładowność obliczoną jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia a masą własną podwozia określoną w wyciągu w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia. Zgodnie z punktem 9.2 zamawiający dokona oceny oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań określonych przez zamawiającego na podstawie złożonych dokumentów oraz dostępnych publicznie opisów”.

Zamawiający w toku oceny ofert zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o uzupełnienie ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez podanie masy własnej oferowanych podwozi, określonej w wyciągu ze świadectwa homologacji.

Wykonawca W. poinformował, że zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji oferowanego podwozia jego masa własna wynosi 8100 kg. Wykonawca podał również, iż ładowność pojazdu, liczona jako różnica pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia wskazaną w homologacji podwozia, a masą własną wynosi 13 900 kg. Wskazał przy tym, iż zamawiający w żadnym punkcie siwz nie wymagał podania przez oferentów parametrów masy własnej.

Wykonawca S. poinformował, iż masa własna oferowanego podwozia wynosi 7 650 kg. Wykonawca wskazał, iż wymagane przez zamawiającego w ww. piśmie podanie danych technicznych określonych w wyciągu ze świadectwa homologacji jest niemożliwe do zrealizowania, ponieważ dokument taki nie istnieje od dnia 23.06.2013 r. Wykonawca wskazał, że zgodnie z implementowaną Dyrektywą Ramową 2007/46/WE dokument „Wyciąg z homologacji” został zastąpiony dokumentem WE o nazwie „Świadectwo Zgodności” lub „Świadectwo Zgodności WE”. Zgodnie z Rozporządzeniem Komisji WE nr 385/2009, Świadectwo Zgodności bądź Świadectwo Zgodności WE jest oficjalnym oświadczeniem, że konkretny pojazd został wyprodukowany zgodnie z wymogami określonymi w prawie Unii Europejskiej w sprawie homologacji typu, co wskazuje, iż ww. świadectwa wystawione mogą być tylko dla pojazdów wyprodukowanych. Wykonawca poinformował, że dla produkcji przyszłej dane techniczne mogą być określone na podstawie dokumentacji technicznej producenta. Ponadto wykonawca wskazał, że masa własna pojazdu nie występuje w Świadectwie Zgodności, zaś parametrem jej odpowiadającym jest masa pojazdu w stanie gotowym do jazdy, co zgodnie z Dyrektywą 70/156/WE oznacza ciężar pojazdu z karoserią w układzie gotowym do jazdy (z płynem chłodniczym, środkami smarnymi, paliwem, narzędziami i przyborami, kołem zapasowym i kierowcą). Wykonawca wskazał, iż z uwagi na to, że krajowe przepisy wymagają podania m.in. masy własnej producent bądź importer pojazdu ma obowiązek wystawić dla pojazdów kompletnych i skompletowanych „Oświadczenie o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji i ewidencji pojazdów”, jednakże oświadczenie to nie dotyczy pojazdów niekompletnych. Wykonawca wskazał, iż na potrzeby kalkulacji ładowności (rozumianej tak, jak określił to w siwz zamawiający - jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia a masą własną podwozia), przyjął, że masę własną podwozia skalkulować można na podstawie masy w stanie gotowym do jazdy pojazdu standardowego, powiększoną/pomniejszoną



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

o masy elementów indywidualnego pojazdu i o masę kierowcy. Wykonawca wskazał, iż dopuszczalna masa całkowita pojazdu jest parametrem określonym przepisami krajowymi i jest równa technicznej dopuszczalnej maksymalnej masie całkowitej pojazdu określonej w punkcie 1.6 Świadczenia Zgodności, z uwzględnieniem krajowych przepisów ustawy z dnia 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 2012 poz. 1137 ze zm.) (dalej jako Prawo o ruchu drogowym), zgodnie z którym dla pojazdu dwuosiowego dmc ograniczona jest do 18 000 kg, nawet gdy ww. określona w punkcie 1.6 Świadczenia zgodności masa maksymalna jest wyższa od tej wartości. Wykonawca zaznaczył, że pojazdy pożarnicze nie są objęte ww. ograniczeniem i maksymalna masa rzeczywista takiego pojazdu może przekraczać ten parametr, ale wg. wykonawcy sposób wyliczenia ładowności wskazany przez zamawiającego nie pozostawia wątpliwości, że należało przyjąć dopuszczalną masę całkowitą (tj. 18 000 kg). Wykonawca wskazał również, że dokonał obliczenia ładowności poprzez odjęcie od dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu (18 000 kg) kalkulowanej masy podwozia przeznaczonego do przyszłej produkcji (7 650 kg), w wyniku czego wyliczył ładowność 10 350 kg. Wykonawca zaznaczył przy tym, iż taki parametr nie wystąpi w żadnych dokumentach pojazdu, stanowi bowiem zdefiniowany przez zamawiającego wskaźnik istotny w ocenie ofert.

Wykonawca D. oświadczył, iż masa własna oferowanego podwozia wynosi od 5 400 do 10 300 kg. Z załączonych do ww. pisma dokumentów – specyfikacja techniczna pojazdu przekazana przez producenta - wynika, iż techniczna masa całkowita oferowanego pojazdu wynosiła 18 600 kg, dopuszczalna krajowa masa całkowita – 18 000 kg, zaś masa podwozia – 6 415 kg.

Wykonawca Z. wskazał, iż masa własna oferowanego podwozia wynosi 7 711 kg. Ponadto wykonawca załączył wyjaśnienia producenta podwozia – IVECO Poland Sp. z o.o. dotyczące masy podwozia, których treść pokrywa się z ww. wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę S., z tą różnicą, iż obliczony w ten sam sposób parametr „ładowność podwozia”, wobec innej wykalkulowanej masy własnej podwozia – 7 711 kg, po dokonaniu odjęcia od dopuszczalnej masy całkowitej 18 000 kg wyniósł 10 289 kg.

Wykonawca T. w piśmie z dnia 3.12.2014 r. wskazał, iż masa własna oferowanego podwozia nie przekroczy 6 740 kg. Ponadto dołączył pismo producenta pojazdu MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., w którym wskazano, iż definicja terminu dopuszczalnej masy całkowitej jest określeniem precyzyjnym, jasno i bezsprzecznie odróżniającym się od definicji maksymalnej masy całkowitej i dla pojazdów dwuosiowych nie może ona przekroczyć 18 000 kg. W piśmie tym wskazano również, iż wobec przepisów krajowych oferta producenta dla wykonawcy określała dmc na 18 000 kg oraz masę własną podwozia na 6740 kg.

Pismami z dnia 8.12.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców D. i W., iż w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy omyłek w ich ofertach, wskazując, że zgodnie z odpowiedziami zamawiającego i wyjaśnieniami wykonawców w zakresie treści złożonych ofert dotyczącymi masy własnej podwozia wyliczenie ładowności powinno mieć charakter równań:

- w ofercie wykonawcy D.: $18\ 000\ \text{kg} - (\text{minus})\ 6\ 415\ \text{kg} = 11\ 585\ \text{kg}$,

- w ofercie wykonawcy W.: $18\ 000\ \text{kg} - (\text{minus})\ 8\ 100\ \text{kg} = 9\ 900\ \text{kg}$,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wobec czego zamawiający zmienił w ofercie D. zapis z „Oferujemy samochód o ładowności 8,6 ton” na zapis – „Oferujemy samochód o ładowności 11,585 tony”, natomiast w ofercie W. zapis „Oferujemy samochód o ładowności 13,9 tony” na zapis – „Oferujemy samochód o ładowności 9,9 tony”.

Wykonawca W. pismem z dnia 10.12.2014 r. poinformował zamawiającego, iż nie wyraża zgody na poprawienie jego oferty w ww. sposób. Wykonawca oświadczył również, że złożona przez niego oferta jest zgodna z postanowieniami siwz, wyjaśnieniami do siwz i przepisami ustawy i nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający pismem z dnia 12.12.2014 r. poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oferty wykonawcy W. wobec braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wykonawca W. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy W. oraz nakazała dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, iż z wyjaśnień zamawiającego poczynionych na rozprawie i zawartych w odpowiedzi na ww. odwołanie wynika, że zamawiający określeniom zawartym w siwz przypisał znaczenia z ustawy Prawo o ruchu drogowym i wydanego na jej podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (w brzmieniu z t.j. Dz. U. 2013 r. poz. 951). W rezultacie powołania się na rozporządzenie z 2002 r., zamawiający uznał, iż dopuszczalna masa całkowita nie może przekraczać 18 ton, wobec czego dokonał poprawy oferty wykonawcy W. Izba podkreśliła, że informacja o odniesieniu do ww. aktów prawnych nie została zawarta w siwz ani wyjaśnieniach do siwz. Zamawiający nie określił również, iż stanowiąca podstawę obliczenia ładowności pojazdu dopuszczalna masa całkowita nie może przekraczać 18 ton. Wadliwe określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do dokonania oceny ofert przy użyciu kryteriów, które nie zostały określone w siwz, a zostały ustalone przez zamawiającego już na etapie oceny ofert. W konsekwencji zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, na którą wykonawca W. nie wyraził zgody, w rezultacie czego jego oferta została odrzucona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała dokonanie ww. poprawy omyłki za nieuprawnione, wobec postępowania się przez zamawiającego kryteriami dorozumianymi. W związku z tym za naruszające art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba uznała również odrzucenie przedmiotowej oferty wobec braku zgody wykonawcy na poprawę omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 26.01.2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz unieważnieniu odrzucenia oferty wykonawcy W. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawcy W.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny, stwierdzić należy, że zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób nieprecyzyjny, posługując się pojęciami, które nie zostały dookreślone – sposób obliczenia kryterium „ładowność” został sprecyzowany dopiero w wyjaśnieniach do siwz, jednakże dookreślenie to okazało się również niepełne. Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert wskazał, iż zastosowanie znajdują również przepisy określające dopuszczalną masę całkowitą, mimo iż – jak wskazała Izba – wykonawca W. zasadnie przyjął, iż przepisy te nie dotyczą pojazdów specjalnych. Nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do wskazanego przez samego zamawiającego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem część wykonawców w ofertach wskazała ładowność pojazdu jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia a masą własną podwozia, zaś wykonawca wybrany – jako różnicę pomiędzy maksymalną masą całkowitą podwozia a masą własną samochodu.

W efekcie zamawiający oceniał oferty w kryterium ładowności pojazdu przyjmując dla wykonawcy W. masę całkowitą w wysokości 22 ton, natomiast dla pozostałych wykonawców – 18 ton, co wpłynęło na obliczenie ładowności pojazdów w taki sposób, że oferta W. została uznana za najkorzystniejszą, mimo że w przypadku stosowania dla wszystkich wykonawców tych samych kryteriów, czyli przyjęcia do obliczeń ładowności pojazdu masy całkowitej w wysokości 18 ton, musiałaby być uznana za czwartą w kolejności.

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. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowił, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odczytując kompleksowo powyższe unormowania, należy stwierdzić, iż zamawiający obowiązany jest sformułować kryteria oceny ofert w sposób, który zapewni, iż wszystkie oferty oceniane będą na takich samych, nie budzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach, zaś wykonawcy nie będą mieli trudności we właściwym formułowaniu ofert. Jak wykazano powyżej, w niniejszej sprawie zamawiający sformułował kryterium ładowności pojazdu w sposób nie pozwalający na wybór najkorzystniejszej oferty, gdyż kryterium nie zostało jednoznacznie opisane, a tym samym w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, iż nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Artykuł 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowi zaś, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie, jak wykazano powyżej, nieprawidłowe określenie kryteriów oceny ofert doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, którego to naruszenia



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

konsekwencją była niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a w praktyce dokonany wybór najkorzystniejszej oferty naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga, iż wybrana mogłaby być inna oferta, gdyby ww. zasada została zachowana. Należy stwierdzić zatem, że zaszła przewidziana w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przesłanka unieważnienia umowy - zamawiający dokonał czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Zgodnie zatem z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający zobligowany był do unieważnienia przedmiotowego postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania, dokonał wyboru wykonawcy w obarczonym wadą postępowaniu i zawarł z tym wykonawcą umowę, wobec czego stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 75/16).

VI.4. PRZYKŁAD 4 - pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu

Przedmiot zamówienia: pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu

Wartość zamówienia: 385.155,00 zł (91.163,10 euro)

Wszczęcie postępowania: 08.01.2015 r.

Przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi pełnienia roli Inżyniera Kontraktu dla projektu pn.: Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta, w tym pełnienie usługi nad następującymi robotami:

- budowa stacji uzdatniania wody SUW II o wydajności 50 m³/h zgodnie z pozwoleniem na budowę,
- opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz budowę sieci kanalizacji sanitarnej o dł. ok. 6 km wraz z budową 4 szt. pompowni ścieków, z podziałem na 5 zadań,
- modernizacja 6 pompowni ścieków,
- modernizacja oczyszczalni ścieków.

Jak wynika z umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedmiotem umowy „są usługi świadczone przez Inżyniera Nadzoru, związane z zarządzaniem technicznym, administracyjnym i finansowym inwestycji. Zarządzanie będzie obejmowało m.in. organizację, nadzór i koordynację procesu inwestycyjnego, wykonywanie obowiązków Inżyniera Nadzoru zgodnie z przepisami prawa, w szczególności Prawa budowlanego, sporządzanie raportów, rozliczanie finansowe inwestycji zgodnie z wymaganiami zamawiającego, instytucji zarządzającej i pośredniczących w ramach realizacji przedsięwzięcia (...)”

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał cenę – 100%.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu należy stwierdzić, że zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nie można zaliczyć do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Usługa w niniejszej sprawie polega na nadzorze technicznym i jakościowym nad robotami budowlanymi w zakresie budowy stacji uzdatniania wody i kanalizacji sanitarnej, jak również na nadzorze nad całością dokumentacji sporządzonej przez wykonawcę oraz na sprawowaniu kontroli prawidłowości stosowania procedur unijnych i dopełnieniu w tym zakresie wszelkich formalności. Inżynier Kontraktu nie jest pojedynczą osobą, lecz zespołem specjalistów o określonych kwalifikacjach m.in. z zakresu prawa budowlanego. Zakres praw i obowiązków Inżyniera Kontraktu wynika z umowy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, dodatkowo w punkcie 6.1. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zostało wskazane, że „zarządzanie będzie obejmowało wykonywanie obowiązków Inżyniera zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC (żółty/czerwony)”. Również z § 2 ust. 22 lit. d umowy wynika, że wykonawca jest zobowiązany do „nadzorowania jakości wykonywanych robót budowlanych zgodnie z (...) procedurami FIDIC (...)”.

Funkcja Inżyniera Kontraktu (Nadzoru) może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie danej specjalności. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, o czym świadczy też fakt, że zamawiający wymagał w kontrolowanym postępowaniu wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi konkretne uprawnienia budowlane oraz wpis na listę podmiotów legitymujących się odpowiednimi uprawnieniami w danej specjalności branżowej. O ile powyższe kwalifikacje mogą być powszechne w firmach zajmujących się wykonywaniem usług objętych przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, o tyle nie można powiedzieć, że są to kwalifikacje powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Z tego też powodu liczba ośmiu ofert złożonych w kontrolowanym postępowaniu nie może świadczyć o „powszechności” zamawianej usługi.

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Ponadto nie ma podstaw do uznania, iż usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada ustalone standardy jakościowe. FIDIC określa wprawdzie prawa i obowiązki Inżyniera Kontraktu, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres wynika przede wszystkim z rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania inwestycji, na której Inżynier będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też nie można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że usługi, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz usługami wymagającymi od wykonawcy posiadania specjalistycznej wiedzy, odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu prawa budowlanego oraz dostosowanymi do charakteru konkretnej inwestycji. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający w zakresie ww. naruszenia nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

VI.5. PRZYKŁAD 5 - świadczenie usług rzeczownika patentowego

Przedmiot zamówienia: świadczenie usług rzeczownika patentowego

Wartość zamówienia: 400.000,00 zł (94.676,79 euro)

Wszczęcie postępowania: 13.01.2015 r.

Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług rzeczownika patentowego na potrzeby realizacji projektu POIG, polegających na opracowaniu i dokonaniu zgłoszeń ochrony patentowej wybranych rozwiązań i produktów rynkowych za granicą wraz z doradztwem w zakresie własności przemysłowej. Zamawiający powierzył opracowanie i dokonanie zagranicznych zgłoszeń patentowych, tj. opracowanie, przygotowanie wniosków o udzielenie patentu na 14 wynalazków i dokonanie ich zgłoszeń za granicą, w tym do:

- United States Patent and Trademark (USPTO) – 2 wynalazków,
- Europejskiego Urzędu Patentowego (EPO) – co najmniej 2 wynalazków.

Kraje, w których będą dokonane zgłoszenia pozostałych wynalazków, miały być wskazane przez zamawiającego. W ramach przedmiotu zamówienia do obowiązków wykonawcy miało należeć prowadzenie wszelkich czynności niezbędnych do przeprowadzenia pełnej procedury zgłoszeniowej oraz do ochrony praw własności przemysłowej zamawiającego w okresie trwania umowy, w szczególności:

- a) świadczenie pomocy prawnej i technicznej zgodnie z ustawą z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (t.j. Dz. U. 2011 r. Nr 155 poz. 925), z wyłączeniem zastępstwa procesowego w cywilnych postępowaniach sądowych;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- b) opracowanie wszelkich dokumentów niezbędnych do dokonania zgłoszenia wynalazku w trybie międzynarodowym EPO lub PO w tym:
- badanie stanu techniki i czystości patentowej,
 - złożenie podania wraz z opisem i wymaganymi dokumentami w trybie EPO, PCT;
- c) obsługę rzecznika patentowego własną oraz, jeśli odrębne przepisy lub wytyczne kraju, w którym realizowana jest faza narodowa procedury, wymagają takiej współpracy, również pełnomocników zagranicznych, w tym wybór zagranicznych kancelarii rzeczników patentowych oraz zapłatę wynagrodzenia zagranicznym kancelariom patentowym za dokonanie ochrony patentowej na rzecz zamawiającego oraz reprezentowanie zamawiającego; (...)
- d) reprezentowanie zamawiającego w postępowaniu w wybranych krajach i przed Europejskim Urzędem Patentowym, jak również przed sądami oraz dokonanie w imieniu zamawiającego wszelkich czynności w celu uzyskania ochrony patentowej krajowej jak i międzynarodowej.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do przedmiotu niniejszego zamówienia należy zauważyć, że usługa ta polega głównie na opracowaniu i przygotowaniu wniosków o udzielenie patentu i dokonaniu ich zgłoszeń za granicą, jak również na świadczeniu doradztwa w zakresie własności przemysłowej. Tym samym wykonawca wykonujący tę usługę musi posiadać uprawnienia do wykonywania zawodu rzecznika patentowego polskiego i europejskiego, jak również posiadać wiedzę i doświadczenie w prowadzeniu spraw przed urzędami patentowymi za granicą. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się wykonywaniem usług rzecznika patentowego, o tyle nie są powszechne generalnie.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres usług wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na dokonaniu co najmniej 14 zgłoszeń zagranicznych (w tym co najmniej 2 wg procedury USPTO) oraz posiadał doświadczenie w prowadzeniu spraw patentowych w dziedzinie nauk technicznych (mechanika, elektronika, chemia). Ponadto wykonawca musiał dysponować co najmniej jednym rzecznikiem patentowym, który posiada uprawnienia polskiego rzecznika patentowego, posiada uprawnienia europejskiego rzecznika patentowego oraz przeprowadził jako rzecznik patentowy co najmniej 14 pozytywnie zakończonych procedur zagranicznych, tj. zakończonych udzieleniem patentu. Wykonanie ww. usługi wymaga zatem



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia wyniesionych z wcześniej świadczonych usług rzeczownika patentowego podobnych pod względem rodzaju czy skomplikowania oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalistyczne uprawnienia.

Nie można także uznać, że ww. usługa posiada ustalone standardy jakościowe. O ile sama procedura zgłoszenia wynalazku do urzędów patentowych jest uregulowana ustawowo (ustawa Prawo własności przemysłowej), o tyle objęta niniejszym zamówieniem usługa pomocy prawnej i technicznej jest wykonywana w sposób i w zakresie zależnym od konkretnego problemu prawnego lub technicznego i nie może być w związku z tym „ustandaryzowana”. Doradztwo z natury rzeczy musi być dostosowane do indywidualnych potrzeb i problemów, jakie ma konkretny zamawiający. Tym samym, ww. usługi nie są usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych, ale usługami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

VI.6. PRZYKŁAD 6 - remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego

Przedmiot zamówienia: remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego

Wartość zamówienia: 2.440.172,39 zł (577.569,26 euro)

Wszczęcie postępowania: 09.01.2015 r.

Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie remontu połączonego z modernizacją dojazdu pożarowego. Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia, należy zauważyć, że roboty budowlane polegające na remoncie i modernizacji dojazdu pożarowego nie zaliczają się do kategorii robót powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowy lub przebudowy drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę, jak również osobą zdolną do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej. Wykonanie ww. robót wymaga zatem



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane.

Ponadto roboty takie muszą być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów budowy dróg. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami drogowymi, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót.

Odnosząc się z kolei do argumentacji zamawiającego z pisma z dnia 1.08.2016 r., wskazać należy, iż w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się zamawiający (opinia „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”, zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl) wskazuje się, że poprzez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne” należały rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych”, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, zatem brak indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Natomiast pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości nie wymagającej indywidualnego ustalenia. W niniejszej sprawie zamawiający w pkt III.3.c siwz wskazał, że wykonawca „zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami i instrukcjami obowiązującymi w Lasach Państwowych”. Część dokumentacji stanowiła dokumentacja projektowa - załącznik nr 13 do siwz. Konieczność wykonania robót w oparciu o sporządzoną przez zamawiającego dokumentację projektową, przy zgodności m.in. z instrukcjami obowiązującymi w Lasach Państwowych wskazuje na zindywidualizowanie zamówienia i dostosowanie jego przedmiotu do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Zamawiający wskazał również, że „o ustalonym standardzie mówimy więc w rozumieniu samego zamawiającego, jak i wykonawców, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia”, zaś wiedza w zakresie standardów jakościowych jest „wiedzą specjalistyczną i w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia wymaga wiadomości ekspertów lub biegłych z danej dziedziny”. W rozumieniu zamawiającego ustalone standardy oceniają zamawiający i wykonawcy, którzy są zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia. Należy zauważyć, iż takie rozumienie ustalonych standardów przesądza, iż nawet najbardziej specjalistyczne roboty budowlane traktowane mogą być jako powszechnie dostępne, bowiem mogą być znormalizowane i wszyscy wykonawcy „zainteresowani konkretnym przedmiotem zamówienia” – będą w stanie zaoferować ich wykonanie. Jak zaś wskazano powyżej, oceniając przesłanki zastosowania kryterium ceny jako wyłącznego, określone w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ogół rynku, nie zaś konkretną branżę. Bez wpływu na ocenę naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp pozostaje



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

twierdzenie zamawiającego, iż pomimo zastosowania jedynie kryterium ceny, nie miało to wpływu na jakość otrzymanej usługi ani niedozwolonego wpływu na ceny ofert. Po pierwsze, zamawiający nie jest w stanie przewidzieć konsekwencji zastosowania dodatkowego kryterium, ponieważ do jego zastosowania nie doszło, wobec czego wszelkie rozważania - w tym stwierdzenie, że zastosowanie dodatkowego kryterium nie miałyby wpływu na rezultat postępowania – miałyby charakter czysto hipotetyczny. Nieokreślony pozostaje również wpływ zastosowania jednego kryterium na konkurencję w ww. postępowaniu. Po drugie, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie przewiduje możliwości zastosowania jedynie kryterium ceny, w przypadku gdy w ocenie zamawiającego, nie będzie to miało wpływu na jakość robót.

W związku z powyższym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%). Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 62/16).

VI.6. PRZYKŁAD 6 – adaptacja istniejących systemów melioracyjnych

Przedmiot zamówienia: zwiększenie wykorzystania zasobów wodnych poprzez adaptację istniejących systemów melioracyjnych do pełnienia funkcji retencyjnych oraz niwelowanie ich negatywnego oddziaływania na ekosystemy

Wartość zamówienia: 1.925.364,15 zł (tj. 446.544,09 EUR)

Wszczęcie postępowania: 19.02.2019 r.

Zgodnie z pkt 11.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający wskazał m.in., że jednym z kryteriów oceny ofert będzie - Dostępność do obsługi geodezyjnej pozwalającej na stałą i bieżącą kontrolę wielkości i zakresu wykonywanych robót oraz ich zgodności z dokumentacją projektową. Następnie zamawiający stwierdził, że w ramach tego kryterium można uzyskać maksymalnie 20 pkt. Natomiast punkty przyznawane za to kryterium będą ustalane zgodnie z poniższym opisem:

Dostępność zostanie oceniona w następujący sposób:

- Zasób własny (umowa o pracę) – 20 pkt.
- Zasób zewnętrzny (inne formy dysponowania i dostępności) – 10 pkt.
- Brak dostępności lub brak informacji pozwalających ocenić dostępność – 0 pkt.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Następnie, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z uwagi na powyższe, należy w tym miejscu przytoczyć fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.04.2017 r. (Sygn. akt: KIO 486/17, KIO 492/17), w którym Izba stwierdziła m.in. że:

„(...) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyniku nowelizacji ustawy Pzp dodany został ust. 2 ustalający iż „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia” z pkt 2 wynika odwołanie się do aspektów społecznych o których mowa w przepisie art. 22 ust 2 Pzp, dotyczącego zapobieganiu wykluczenia z rynku pracy określonych grup osób oraz pkt 5 tegoż artykułu na który powołuje się Zamawiający:, że kryterium oceny ofert może być także organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pod warunkiem, że może to mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Jak wskazano w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i być zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

Z powyższego należy wywieść, że po nowelizacji dopuszczalne jest określenie jako kryterium oceny ofert także właściwości podmiotowe wykonawcy pod warunkiem, że ten wykaże w sposób nie budzący wątpliwości, iż kryterium oceny ofert w brzmieniu proponowanym przez zamawiającego, będzie niewątpliwie w całości związane z przedmiotem zamówienia. W przypadku tego kryterium jego związek z przedmiotem tego zamówienia jest wątpliwy. Zamówienie może wykonać każdy zespół osób o odpowiedniej wiedzy i doświadczeniu niezależnie od formy zatrudnienia.

Zdaniem Izby wskazać należy iż możliwość postawienia jako kryterium oceny ofert wymagania, aby wykonawcy zatrudniali na podstawie umów o pracę osoby, które będą dedykowane do wykonania danego zamówienia, budzi szereg wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie. (...)

Zauważenia wymaga także fakt, że o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a stanowić element opisu zamówienia, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie Izby nie wskazują.

Zasadnym w tym zakresie jest przywołanie fragmentu opinii projektu nowelizacji ustawy Pzp dokonany przez Radę Ministrów, gdzie wskazano między innymi, że pomysł wymuszania przez zamawiających na wykonawcach zatrudnienia pracowników na etatach może budzić silny opór, gdyż wprowadzenie takiego wymogu może prowadzić do dyskryminacji przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych. Nadto wskazano iż narzucenie konkretnej formy zatrudnienia wkracza w dziedzinę wolności działalności gospodarczej wykonawcy, czy podwykonawcy, realizujących zamówienie publiczne (...) należy mieć na uwadze, iż cel unijnych regulacji odnoszących się do szeroko



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

rozumianych względów społecznych, powinien być definiowany w kontekście brzmienia motywu 33 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia są zgodne z dyrektywą, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia.

Zdaniem Izby tzw. klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest bowiem kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia.”.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że niedopuszczalnym jest opisywanie kryteriów oceny ofert poprzez faworyzowanie wykonawców, którzy zatrudniają personel do realizacji danego zamówienia na podstawie umowy o pracę i jednocześnie dyskryminację przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych, bowiem jest to sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. Jeżeli wykonywanie poszczególnych czynności podczas realizacji zamówienia polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1040), zamawiający powinien określić wymagania zatrudnienia osób wykonujących taką pracę w opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że forma zatrudnienia osób zajmujących się obsługą geodezyjną nie ma znaczenia przy dostępności takich osób, pozwalającej na stałą i bieżącą kontrolę wielkości i zakresu wykonywanych robót, ani też przy weryfikacji zgodności pracy z dokumentacją projektową. Tym samym należy stwierdzić, że określenie kryterium oceny ofert w powyższy sposób, tj. odnoszący się do właściwości wykonawcy, stanowi naruszenie dyspozycji art. 91 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

VII. ORZECZNICTWO TSUE, SĄDÓW OKRĘGOWYCH ORAZ KIO DOTYCZĄCE KRYTERIÓW OCENY OFERT

VII.1. ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Wybrane tezy

1. Wyrok Trybunału z dnia 20 września 2018 r. C-546/16 „Montte”

(...) art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi, że instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Artykuł 67 ust. 2 owej dyrektywy przewiduje, że ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, takie jak jakość, w tym wartość techniczna. Należy dodać, iż kryteria te muszą, jak wynika z motywu 90 rzeczony dyrektywy i jej art. 67 ust. 4, zapewnić przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania w celu



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zagwarantowania obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, a zatem skutecznej konkurencji. Sytuacja ta nie miałyby miejsca wówczas, gdyby kryteria przyznawały instytucji zamawiającej nieograniczoną swobodę wyboru [zob. analogicznie w odniesieniu do 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 usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132), wyrok z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 87]. W związku z tym instytucje zamawiające posiadają, z poszanowaniem wymagań wskazanych w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, swobodę do określenia, zgodnie z ich potrzebami, w szczególności poziomu jakości technicznej, jaki złożone oferty mają zapewniać w zależności od charakterystyki i przedmiotu danego zamówienia, oraz do ustanowienia minimalnego progu, który oferty te muszą osiągnąć z technicznego punktu widzenia. W tym względzie, jak zauważa Komisja w uwagach na piśmie, art. 67 dyrektywy 2014/24 nie stoi na przeszkodzie możliwości – na etapie udzielania zamówienia – wykluczenia w pierwszej fazie złożonych ofert, które nie osiągnęły ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów co do oceny technicznej. W tym względzie wydaje się, że oferta, która nie osiąga takiego progu, nie odpowiada co do zasady potrzebom instytucji zamawiającej i nie może zostać uwzględniona przy ustalaniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W takim wypadku instytucja zamawiająca nie jest zatem zobowiązana do ustalenia, czy cena takiej oferty jest niższa od cen niewyeliminowanych ofert, które osiągają rzeczony próg i odpowiadają zatem potrzebom instytucji zamawiającej. W tym kontekście należy jeszcze wskazać, że gdy udzielenie zamówienia następuje po dokonaniu oceny technicznej, instytucja zamawiająca będzie musiała wziąć pod uwagę cenę ofert, które osiągnęły minimalny próg z technicznego punktu widzenia. Dokonanego w pkt 35 niniejszego wyroku stwierdzenia nie podważa wskazana przez sąd odsyłający okoliczność, że dyrektywa 2014/24 wyraźnie przewiduje w odniesieniu do niektórych procedur udzielania zamówień, innych niż procedury otwarte, możliwość podzielenia ich na kolejne etapy, tak jak w przypadku procedury konkurencyjnej z negocjacjami (art. 29 ust. 6), procedury dialogu konkurencyjnego (art. 30 ust. 4), czy też procedury partnerstwa innowacyjnego (art. 31 ust. 5). Jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 48 opinii, fakt, że dyrektywa 2014/24 zastrzega możliwość podziału na kolejne etapy dla niektórych procedur, takich jak te, o których mowa w jej art. 29 ust. 6, art. 30 ust. 4 i art. 31 ust. 5, nie pozwala bowiem uznać, że dwustopniowa ocena ofert podczas jednego etapu udzielania zamówienia nie jest dopuszczalna w ramach procedury otwartej takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym. W tym względzie należy przypomnieć, że, jak zauważyła Komisja w uwagach na piśmie, zaoferowana przez te przepisy możliwość odrzucenia przez instytucję zamawiającą ofert, które chociaż spełniają minimalne wymogi, nie znajdują się jednak wśród najlepszych ofert, jest uzasadniona szczególnym charakterem odnośnych procedur, w ramach których negocjacje lub dialog mogłyby okazać się trudne do prowadzenia, gdyby aż do końcowego etapu procedury udzielenia zamówienia utrzymana została zbyt wysoka liczba ofert lub rozwiązań. Niemniej jednak sprawa w postępowaniu głównym dotyczy sytuacji innej niż sytuacje określone w przepisach wskazanych w pkt 34 niniejszego wyroku. Otóż z rozpatrywanej w postępowaniu głównym specyfikacji zamówienia publicznego nie wynika, aby instytucja zamawiająca dysponowała możliwością odrzucenia ofert spełniających kryteria udzielania zamówienia i pozostawienia jedynie najlepszych ofert. Wręcz



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przeciwnie, zgodnie z rzezoną specyfikacją jedynymi ofertami, jakie instytucja zamawiająca może wyeliminować z oceny opartej na cenie, są te oferty, które nie spełniają minimalnych wymagań związanych z oceną techniczną, a zatem które nie odpowiadają potrzebom instytucji zamawiającej. Taki mechanizm nie ma zaś na celu ograniczenia liczby złożonych ofert przy ocenie opartej na cenie, ponieważ wszystkie przedłożone oferty mogą co do zasady spełnić te minimalne wymagania. W każdym razie należy przypomnieć, że instytucje zamawiające muszą przez cały czas trwania postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się między innymi zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. W świetle powyższych rozważań na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, iż dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie stosowaniu przepisów prawa krajowego, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które pozwalają instytucji zamawiającej na ustanowienie w specyfikacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej minimalnych wymagań co do oceny technicznej, co powoduje, że złożone oferty, które nie osiągną ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów po zakończeniu tej oceny, są wykluczane z dalszej oceny opartej zarówno na kryteriach technicznych, jak i na cenie.”⁶

2. Wyrok Trybunału z dnia 14 lipca 2016 r. C-6/15 TNS „Dimarso NV”

„Artykuł 53 ust.2 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 usługi w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja nie musi podać do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie metody oceny stosowanej przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert. Metoda ta nie może natomiast skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.”⁷

3. Wyrok Trybunału z dnia 26 marca 2015 r. C601/13 „Ambisig”

(...) przy udzielaniu zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, szkolenia i doradztwa, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 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. Dla stron postępowania głównego niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem krajowym, do którego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania głównego, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

⁶ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

⁷ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



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.”⁸

4. Wyrok Trybunału z dnia 12 marca 2015 r. C-538/13 „eVigilo”

W pytaniu drugim sąd odsyłający zasadniczo zwraca się o wyjaśnienie, czy art. 2 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że umożliwiają one instytucji zamawiającej przyjęcie - jako kryterium oceny ofert złożonych przez oferentów w odpowiedzi na zamówienie publiczne - stopnia zgodności tych ofert z wymogami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Zgodnie z art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18, przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej brane są pod uwagę różne kryteria odnoszące się do przedmiotu danego zamówienia publicznego, przykładowo, jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji. Zgodnie z orzecnictwem, wyliczenie to, jak wynika z użycia słowa "przykładowo", jest niewyczerpujące (zob. wyrok Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 84). Tak więc instytucja zamawiająca ma prawo ustalić inne kryteria udzielania zamówienia, o ile odnoszą się one do przedmiotu zamówienia i są zgodne z zasadami określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18. Instytucji zamawiającej powinna przysługiwać tym bardziej wspomniana swoboda, gdyż wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dokonuje się "z punktu widzenia instytucji zamawiającej". Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, wydaje się, że, w postępowaniu głównym, stopień zgodności oferty z wymogami dokumentacji przetargowej jest związany z przedmiotem zamówienia i nic nie wskazuje na to, by wspomniane kryterium oceny było niezgodne z zasadami określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18.

W konsekwencji należy odpowiedzieć na pytanie drugie, że art. 2 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 powinny być interpretowane w ten sposób, iż umożliwiają one, co do zasady, instytucji zamawiającej przyjęcie - jako kryterium oceny ofert złożonych przez oferentów w odpowiedzi na zamówienie publiczne - stopnia zgodności tych ofert z wymogami zawartymi w dokumentacji przetargowej.⁹

5. Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. C-368/10

W związku z tym, iż w ramach udzielenia zamówienia publicznego na dostawę automatów do kawy i zarządzanie nimi, które to zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2008 r. prowincja Holandii Północnej: – ustanowiła specyfikację

⁸ j.w.

⁹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

techniczną niezgodną z art. 23 ust. 6 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 usługi zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. wymagając, by pewne produkty podlegające dostawie były oznaczone określoną ekoetykietą, zamiast użycia szczegółowych specyfikacji; ustanowiła kryteria udzielenia zamówienia niezgodne z art. 53 ust.1 lit. a) owej dyrektywy przewidując, że oznaczenie niektórych produktów podlegających dostawie określonymi etykietami prowadzić będzie do przyznania określonej ilości punktów w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, nie wyszczególniając przy tym kryteriów, na których opierają się owe etykiety, ani nie dopuszczając, by można było przedstawić każdy adekwatny dowód celem wykazania, że dany produkt spełnia owe kryteria;

– określiła minimalny poziom kwalifikacji technicznych w sposób niezgodny z art. 44 ust. 2 i art. 48 wskazanej dyrektywy ustanawiając tytułem określonych w specyfikacji wymogów zdolności i minimalnego poziomu kwalifikacji warunek, wedle którego oferenci powinni spełnić „kryteria trwałości zakupów i społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw” i wskazać, w jaki sposób je spełnią i „przyczynią się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy”, oraz

– ustanowiła klauzulę niezgodną z obowiązkiem przejrzystości przewidzianym w art. 2 wskazanej dyrektywy ustanawiając warunek, wedle którego oferenci powinni dochować „kryteriów trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw” oraz wskazać, w jaki sposób spełniają oni owe kryteria i jak „przyczyniają się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy”.¹⁰

6. Wyrok Trybunału z dnia z dnia 18 listopada 2010 r. (C-226/09)

„Okoliczności leżące u podstaw skargi

W dniu 16 maja 2006 r. irlandzkie ministerstwo ds. sprawiedliwości, równouprawnienia oraz reformy prawa irlandzkiego opublikowało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o przetargu na świadczenie usług tłumaczeń ustnych i tłumaczeń pisemnych na rzecz kilku instytucji właściwych w sprawie azylu.

Ogłoszenie o zamówieniu stanowiło, iż zamówienie udzielone zostanie najkorzystniejszej ekonomicznie ofercie w oparciu o siedem następujących kryteriów:

- „1. Kompletność dostarczonej dokumentacji.
2. Deklarowana zdolność do spełnienia wymagań.
3. Liczba części [zamówienie było podzielone na części], usług i języków.
4. Kwalifikacje oraz doświadczenie w danej dziedzinie.
5. Koszty.

¹⁰ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

6. Adekwatność przedstawionych warunków.
7. Miejsca odniesienia”.

W pkt VI.3 tego ogłoszenia wyjaśniono, iż siedem wymienionych kryteriów nie zostało uszeregowanych w kolejności malejącej pod względem ich znaczenia.

W zaproszeniu do składania ofert kryteria te zostały przedstawione w taki sam sposób i ponumerowane od 1 do 7. Niemniej jednak dokument ten w przeciwieństwie do ogłoszenia o przetargu nie wskazywał wyraźnie, iż kryteria te nie zostały wymienione w malejącej kolejności pod względem ich znaczenia.

Tym samym waga przypisywana każdemu z siedmiu kryteriów służących opisaniu najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia organu zamawiającego oferty nie została określona ani w ogłoszeniu o przetargu, ani w zaproszeniu do składania ofert. Nie wskazano również tego, czy następnie waga zostanie tym kryteriom nadana.

Dwanaście spółek, z których trzy miały siedzibę poza terytorium irlandzkim, złożyło oferty w wyznaczonym w tym celu terminie, który został wyznaczony na dzień 9 czerwca 2006 r.

W tym samym dniu członkowie komisji przetargowej otrzymali skalę oceny, zalecającą, aby odnośnym siedmiu kryteriom zostały przypisane następujące wagi:

- „1. Kompletność dostarczonej dokumentacji: 0%.
2. Deklarowana zdolność do spełnienia wymagań: 7%.
3. Ilość części, usług i języków: 25%.
4. Kwalifikacje oraz doświadczenie w danej dziedzinie: 30%.
5. Koszty: 20%.
6. Adekwatność przedstawionych warunków: 10%.
7. Miejsca odniesienia: 8%”.

Owa skala oceny miała umożliwić każdemu z członków komisji przetargowej dokonanie indywidualnej wstępnej oceny przedstawionych ofert.

W dniu 13 czerwca 2006 r. jeden z członków tej komisji po dokonaniu w ten sposób oceny części ofert, skierował pocztą elektroniczną do członków instytucji zamawiającej, którzy sporządzili skalę oceny i przekazali komisji przetargowej złożone oferty, wiadomość, w której proponował zmianę wagi przyznanej kryteriom udzielenia zamówienia.

W dniu 22 czerwca w trakcie pierwszego posiedzenia komisja przetargowa postanowiła zmienić wagę przypisaną kryteriom przed przystąpieniem do zbiorowej oceny przedstawionych ofert, obniżając do 25% wagę przypisaną czwartemu kryterium (uprzednio ustaloną na 30%) i podwyższając wagę szóstego kryterium do 15% (wcześniej ustaloną na 10%). Waga przypisana pozostałym kryteriom oceny pozostała zaś niezmienną.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Następnie komisja ta przystąpiła do oceny ofert i do udzielenia zamówienia przy zastosowaniu nowych, dopiero co zaakceptowanych wag przypisanych siedmiu kryteriom.

Komisja stwierdziła, że postępowanie w sprawie udzielenia spornego zamówienia zostało przeprowadzone z naruszeniem zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, i w związku z tym postanowiła wnieść niniejszą skargę.

Ocena Trybunału

Zmiana wagi kryteriów udzielenia spornego zamówienia miała miejsce po tym, jak organ zamawiający podał do wiadomości członków komisji przetargowej wagę kryteriów w formie skali oceny, aby mogli oni dokonać wstępnej oceny złożonych ofert.

Członkowie komisji przetargowej nie tylko mieli okazję ocenić indywidualnie oferty przed pierwszym posiedzeniem tej komisji w charakterze organu kolegialnego, ale zostali wezwani do dokonania takiej wstępnej oceny w celu ułatwienia oceny zbiorowej w ramach tej komisji.

W takim kontekście faktycznym zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oznaczają dla organów zamawiających obowiązek posługiwania się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania.

Jeżeli chodzi o same kryteria udzielenia, to należy słusznie przyznać, że nie mogą one ulec jakiegokolwiek zmianie w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (podobnie ww. wyrok w sprawie EVN i Wienstrom, pkt 93).

Etap, w trakcie którego przed posiedzeniem komisji konkursowej jej członkowie oceniają indywidualnie oferty, stanowi integralną część postępowanie w sprawie udzielenia danego zamówienia.

W tych okolicznościach zmiana wagi kryteriów udzielenia zamówienia, która następuje po rzeczonyj fazie, w trakcie której oferty były oceniane po raz pierwszy, oznacza zmianę kryteriów, na podstawie których została dokonana wstępna ocena ofert. Takie zachowanie nie jest zgodne z zasadą równego traktowania i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości.

Poprzez zmianę wagi kryteriów udzielenia spornego zamówienia po wstępnej ocenie złożonych ofert, Irlandia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, rozumianych w sposób zgodny z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.¹¹

7. Wyrok Trybunału z dnia z dnia 24 stycznia 2008 r. (C-532)

W 2004 r. rada gminy A. ogłosiła przetarg na wykonanie projektu dotyczącego katastru, zagospodarowania przestrzennego i wdrożenia dla dzielnicy P., stanowiącej część tej gminy, której liczba mieszkańców wynosiła poniżej 2 000. Na projekt ten przeznaczono budżet wynoszący 461 737 EUR.

¹¹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W ogłoszeniu o zamówieniu jako kryteria udzielenia zamówienia, według pierwszeństwa, wymieniono po pierwsze, udowodnione doświadczenie eksperckie nabyte w zakresie podobnych projektów przeprowadzonych w ciągu ostatnich trzech lat, po drugie, personel i wyposażenie biura, oraz po trzecie, zdolność do wykonania projektu w danym terminie w związku ze zobowiązaniami biura i potencjałem personelu (pkt 9, 10).

W celu przeprowadzenia oceny ofert komisja ds. przetargów D. A. (zwana dalej „komisją przetargową”) ustanowiła, w trakcie procedury oceny, współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia (pkt 12).

Jako „kryteria udzielenia zamówienia” są więc wykluczone kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia (pkt 30).

W postępowaniu przed sądem krajowym kryteria przyjęte przez instytucję zamawiającą jako „kryteria udzielenia zamówienia” dotyczą jednak w głównej mierze doświadczenia, kwalifikacji i środków zapewniających właściwe wykonanie zamówienia.

Chodzi tu o kryteria dotyczące odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania tego zamówienia, niemające w związku z tym charakteru „kryteriów udzielenia zamówienia” w rozumieniu art. 36 ust. 1 dyrektywy 92/50 (pkt 31).

Należy zatem stwierdzić, że art. 23 ust. 1, art. 32 i 36 ust. 1 dyrektywy 92/50 stoją na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca brała pod uwagę doświadczenie oferentów, ich personel i wyposażenie oraz ich zdolność do wykonania zamówienia w przewidzianym terminie, nie jako „kryteria wyboru jakościowego”, lecz jako „kryteria udzielenia zamówienia” (pkt 32).

W przedmiocie ustalenia w późniejszym terminie współczynników wagi i podkryteriów w zakresie określonych w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia

W tym względzie przypomnieć należy, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 zobowiązuje instytucje zamawiające do zapewnienia, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.

Artykuł 36 ust. 2 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r., w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości stoi na przeszkodzie temu, by w ramach

postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.¹²

¹² Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



8. Wyrok Trybunału z dnia z dnia 24 listopada 2005 r. (C-331/04) „Viaggi do Maio Snc”

Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych i że oferenci muszą być traktowani na równi tak w chwili przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane (zob. wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. str. I-7725, pkt 34).¹³

9. Wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005r. (C-234/03)

Art. 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze, przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie, kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych, oraz temu, aby w przypadku równej ilości punktów pomiędzy kilkoma ofertami, i które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez więcej ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, w zakresie, w jakim kryteria te stosowane są w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia, które to okoliczności powinny zostać zbadane przez sąd krajowy. **Dyskryminujące jest ustalenie kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od prowincji oraz aby w przypadku równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzować przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło takie usługi.**¹⁴

10. Wyrok Trybunału z dnia 7 października 2004r. (C-247/02)

Zasada równego traktowania różnych usługodawców, przewidziana w art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi i zasada przejrzystości, która z niego wynika, stawiają wymóg, aby zarówno przedmiot, jak i kryteria udzielenia zamówienia były jasno określone. Wymóg taki obowiązuje, gdy zarówno przedmiot zamówienia, jak i ustalone kryteria jego udzielenia powinny być brane pod uwagę jako istotne elementy w celu określenia, która z procedur przewidzianych w dyrektywie powinna zostać zastosowana i w celu oceny, czy wymogi ustalone dla każdej procedury są przestrzegane.

¹³ j.w.

¹⁴ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Sprzeczne z dyrektywą są przepisy krajowe, które w sposób abstrakcyjny i generalny nakładają na instytucje zamawiające obowiązek stosowania wyłącznie jednego kryterium, jakim jest kryterium najniższej ceny.

Przepis art. 30 ust. 1 dyrektywy Rady 93/37 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane powinien być interpretowany w ten sposób, iż sprzeciwia się on przepisom krajowym, które w sposób abstrakcyjny i generalny nakładają na instytucje zamawiające obowiązek stosowania wyłącznie jednego kryterium, jakim jest kryterium najniższej ceny, przy udzielaniu zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. W istocie tego typu przepisy pozbawiają instytucje zamawiające możliwości wzięcia pod uwagę charakteru i cech szczególnych danych zamówień w sposób indywidualny oraz ustanowienia dla każdego z nich kryterium najważniejszego dla zapewnienia wolnej konkurencji i zagwarantowania w ten sposób wyboru najlepszej oferty.¹⁵

11. Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01)

Kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania; Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów).

A zatem:

- przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
 - są związane z przedmiotem zamówienia,
 - nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
 - są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
 - są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;

¹⁵ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;
- odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc – odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;

Jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i wtedy całość procedury musi być unieważniona.¹⁶

12. Wyrok Trybunału z dnia z dnia 18 października 2001 r. (C-19/00)

Irlandzki Sąd Najwyższy wystąpił do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem:

Czy zamawiający, udzielając zamówienia zgodnie z dyrektywą 71/305, gdzie jako kryterium wyboru oferty wskazał „cenę uznaną za najkorzystniejszą w odniesieniu do kosztów i wartości technicznej”, w sytuacji, gdy złożone oferty są równoważne pod względem technicznym (a różnice cenowe pomiędzy nimi nie są znaczne), jest zobowiązany do wybrania oferty z najniższą ceną ofertową, czy też może wybrać ofertę drugą pod względem ceny, w odniesieniu do której jednak profesjonalny konsultant stwierdza, że najprawdopodobniej będzie tańsza w realizacji niż oferta z podaną najniższą ceną?

Spór pomiędzy stronami dotyczy zatem tego, czy cena będąca podstawą wyboru to cena końcowa podana w ofercie, czy też realna cena wykonania umowy.

Trybunał nie odnosił się do konkretnego sporu, przedstawił natomiast rozwiązania dotyczące interpretacji przedmiotowego przepisu dyrektywy.

Celem koordynacji na poziomie prawa europejskiego procedur udzielania zamówień publicznych jest zniesienie barier dla swobodnego przepływu towarów i usług pomiędzy

¹⁶ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

krajami członkowskimi i ochrona interesów tych przedsiębiorców, którzy chcą oferować swoje produkty w innych krajach Wspólnoty. Jak to sformułował w swojej opinii w tej sprawie rzecznik generalny: Głównym celem regulacji procedur udzielania zamówień publicznych jest zagwarantowanie, by środki publiczne były wydatkowane w sposób uczciwy i efektywny, na podstawie poważnej oceny, bez faworyzowania kogokolwiek czy udzielania zamówień na zasadzie „coś za coś” (quid pro quo) czy to ze względów politycznych, czy finansowych. Warunkiem realizacji tego celu jest zasada równego traktowania oferentów, która jest kamieniem węgielnym dyrektyw. Zasada ta wymaga m.in., by oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie sporządzania, jak i oceny ich ofert.

Kryteria oceny ofert podane w dyrektywie nie stanowią zamkniętego i wyczerpującego katalogu. Dyrektywa pozostawia zamawiającemu swobodę wyboru kryteriów oceny ofert, pod warunkiem że służyć one będą rzeczywiście identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dodatkowo, kryterium oceny ofert nie może pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Natomiast, odnosząc się do konkretów niniejszej sprawy, Trybunał stwierdził, że sama okoliczność, iż kryterium oceny odnosi się do elementu faktycznego, który precyzyjnie będzie znany dopiero po zakończeniu realizacji umowy (a nie w chwili wyboru oferty), nie może być uznana za równoznaczną z przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Oczywiście możliwość zastosowania takiego kryterium zależy od tego, czy odpowiednio wcześniej (w ogłoszeniu i w dokumentacji przetargowej) było podane do wiadomości uczestnikom postępowania w taki sposób, aby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób.

Postulat przejrzystości wymaga również, by sam zamawiający w toku całej procedury interpretował kryteria oceny ofert w taki sam sposób. Odwołanie się do opinii konsultanta na temat okoliczności faktycznych, które dokładnie znane będą dopiero w przyszłości (faktyczna cena realizacji umowy), jest, zdaniem Trybunału, co do zasady zgodne z postulatem przejrzystości.

W oparciu o powyższe rozważania Trybunał uznał, iż:

Art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy 71/305 musi być rozumiany w ten sposób, że nie zabrania zamawiającemu (który zastosował kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) wybrania oferty, która, w opinii eksperta, będzie najtańsza w realizacji (cena wykonawcza będzie najniższa), przy założeniu, że spełnione są podstawowe warunki równego traktowania oferentów, przejrzystości i obiektywności postępowania, a w szczególności, że:

- to kryterium oceny zostało jednoznacznie określone w ogłoszeniu o przetargu i/lub dokumentacji przetargowej,
- opinia eksperta spełnia wymogi profesjonalizmu i bierze pod uwagę wszystkie istotne elementy ofert.

Wyrok Trybunału z dnia z dnia 17 września 2002 r. (C-513/99) Concorcia Bus

Kryteria wymienione w dyrektywie nie stanowią zamkniętego katalogu. Jest to tylko lista przykładowa. Nie wszystkie kryteria służące do wyboru oferty najkorzystniejszej muszą mieć charakter czysto



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ekonomiczny. Sama dyrektywa wprost wymienia estetykę, czyli kryterium, które z całą pewnością nie jest natury czysto ekonomicznej. Nie można wykluczyć a priori, że zamawiający, dokonując wyboru najlepszej oferty będzie brał pod uwagę również inne istotne czynniki, niekoniecznie o charakterze czysto ekonomicznym.

Jak wynika z Traktatu (po zmianach wprowadzonych w Maastricht i Amsterdamie), obowiązkiem Unii i jej państw członkowskich jest uwzględnienie polityki proekologicznej. Zatem, konkluduje ETS, art. 36 (1) dyrektywy 92/50 nie zabrania stosowania kryteriów odnoszących się do ochrony środowiska przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Nie znaczy to jednak, że uwzględnione może być dowolne kryterium proekologiczne. Wybór podlega pewnym ograniczeniom.

Po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia. Celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza.

Po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na obiektywnych przesłankach. Niedozwolone byłoby takie kryterium, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę (arbitralnego) wyboru.

Po trzecie, kryteria oceny ofert muszą być stosowane zgodnie z wymogami procedury udzielania zamówienia określonej w dyrektywie. Znaczący to w szczególności, że powinny być podane z góry do wiadomości potencjalnym oferentom – w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, tak żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowywania swoich ofert.

Po czwarte wreszcie, kryteria oceny ofert muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą swobody świadczenia usług i z zasadą niedyskryminacji¹⁷.

13. Wyrok Trybunału z dnia z dnia 28 marca 1995 r. (C-324/93) „Diamorfina”

Dyrektywę 77/62 koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, ze zmianami wprowadzonymi przez Dyrektywę 88/295, należy interpretować jako zezwalającą określonym w niej organom, które pragną pozyskać lek odurzający dla celów medycznych, w tym przypadku diamorfinę, na udzielanie zamówień w oparciu o kryterium zdolności wykonawcy do zapewnienia niezawodnych i ciągłych dostaw dla państwa członkowskiego, którego sprawa dotyczy. Pod warunkiem, że zostanie wyraźnie określona jako warunek udzielenia zamówienia, pewność dostaw jest jednym z kryteriów jakie można brać pod uwagę na mocy art. 25 dyrektywy w celu określenia najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty na dostawy produktu określonym podmiotom.¹⁸

14. Orzeczenie Trybunału z dnia 20 września 1988 r. (C-31/87) „Beentjes”

Kryterium "najbardziej odpowiedniej oferty", zgodnie z jego określeniem w prawodawstwie krajowym, może pozostawać w zgodzie z dyrektywą, jeśli odzwierciedla ono swobodę decyzji organów udzielających zamówienia, w zakresie określenia oferty najbardziej korzystnej pod

¹⁷ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

¹⁸ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

względem ekonomicznym na podstawie obiektywnych kryteriów, a tym samym nie uwzględnia elementów arbitralnego wyboru. Z art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy wynika, że w sytuacji, gdy zamawiający nie przyjmują najniższej ceny jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, ale biorą pod uwagę różne kryteria mające na celu udzielenie zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie, są oni zobowiązani określić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach przetargowych¹⁹.

15. Orzeczenie Trybunału z dnia 28 marca 1985 r. (C – 274/83)

Nieprawidłowy jest argument Rządu Włoskiego, że kryterium udzielenia zamówienia osobie składającej „ofertę, która jest równa lub najbliższa średniej cenie”, służy ustaleniu „najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty” w rozumieniu art. 29 dyrektywy. W celu wyłonienia najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty podmiot podejmujący decyzję musi mieć swobodę działania, gdy podejmuje decyzję na podstawie kryteriów jakościowych i ilościowych, które zmieniają się zależnie od zamówienia, a zatem nie może polegać wyłącznie na ilościowym kryterium średniej ceny²⁰.

VII.2. ORZECZNICTWO SĄDÓW OKRĘGOWYCH

1. Wyrok SO w Gliwicach z dnia 18 listopada 2019 r. sygn. akt X Ga 488/19

W SIWZ zamawiający zawarł zapisy, dotyczące sposobu obliczania ceny i tak w punktach:

- 14.2: Z zastrzeżeniem punktu 14.3 wykonawca zobowiązany jest wypełnić formularz ofertowy dla części zamówienia (zadania 1, 2, 3 lub 4), w której składa ofertę, podając cenę jednostkową netto każdej pozycji zadania oraz stawkę podatku VAT każdej pozycji zadania, stanowiące podstawę do wyliczenia przez kalkulator systemowy platformy zakupowej M. wartości netto każdej pozycji zadania, całkowitej wartości netto i brutto za zadanie wielopozycyjne;
- 14.4: Wykonawca spełniający wymagania przewidziane w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, pozwalające na obniżenie przez zamawiającego miesięcznych wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych wskazuje w ofercie cenę oraz łączną kwotę obniżenia ww. wpłat, które zamawiający uzyska wskutek udzielenia mu zamówienia. Różnicę pomiędzy ceną i kwotą obniżenia zamawiający uwzględni przy ocenie oferty. Jeżeli wykonawca nie spełnia wymagań przewidzianych w w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i nie zapewnia obniżenia na Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w miejscu wartości oraz procentu obniżenia wpłat na PFRON wpisuje zero;
- 16.3: Ocena ofert dokonana zostanie na podstawie kryterium: cena. Opis sposobu obliczania ceny został przedstawiony w punkcie 14 SIWZ.

¹⁹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

²⁰ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W części SIWZ, dotyczącej aukcji elektronicznej zamawiający wskazał, że przedmiotem aukcji elektronicznej będzie cena jednostkowa netto lub całkowita cena netto za zadanie (bez zaoferowanej obniżki na PFRON), waga 100%, maksymalna ilość punktów - 100 pkt.

(...) Skarga zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie wobec bezzasadności jej zarzutów. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest słuszny, odpowiada prawu, a jej rozważania Sąd Okręgowy w pełni podziela.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1830 oraz z 2018 r. poz. 650). Art. 3 ust. 1 przywołanej ustawy stanowi, że użyte w ustawie określenia oznaczają:

- 1) cena - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę;
- 2) cena jednostkowa towaru (usługi) - cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach.

Istotnie, jak podnosi zamawiający, powyższy przepis nie określa reguł, według których zapłata ma nastąpić (gotówką, przelewem, wekslem, w drodze potrącenia, kompensaty itd.) i w tym zakresie ustawodawca pozostawił swobodę stronom stosunku zobowiązaniowego, co - jak podnosi skarżący - znalazło odzwierciedlenie w wyroku KIO z 12 lipca 2013 r., sygn. KIO 1507/13. Z literalnego brzmienia przepisu wynika jednak, że cena stanowi kwotę, którą kupujący ma zapłacić sprzedającemu. Takie też wartości zgłaszający się do przetargu przedstawili w ofertach i one stanowiły kryterium oceny ofert, skoro w punkcie 16.3 SIWZ mowa jest wyłącznie o cenie, nie: koszcie. Przystępujący do przetargu, przygotowując ofertę miał prawo oczekiwać, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3, że to właśnie zaproponowana przez nich cena będzie decydowała o wyniku postępowania.

Zawarte w punkcie 14 SIWZ zapisy nie stanowią „sposobu obliczenia ceny”, skoro jak wyżej wskazano jest nią kwota zaoferowana przez przystępujących do przetargu, lecz w istocie wyraża koszt, jaki ostatecznie, w przyszłości zamawiający poniesie w związku z zakupem towaru wobec przewidzianej w art. 22 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych możliwości obniżenia wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, aprobujący argumentację odwołującego, że zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny są sprzeczne z przepisem art. 91 ust. 3 Pzp, stanowiącym, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zapisy punktu 14 SIWZ faktycznie bowiem wprowadzają i preferują wykonawców, funkcjonujących w oparciu o przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, które stwarzają zamawiającemu możliwość obniżenia wpłat na PFRON.

Powyższe zapisy nie spełniają też wymagań przewidzianych w art. 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Jakkolwiek pomoc państwa dla zakładów pracy chronionej jest dozwolona, stanowiąc wyjątek od zasady, że pomoc publiczna jest zakazana, to nie oznacza to rozszerzenia tego wyjątku na całokształt stosunków gospodarczych, w jakich uprzywilejowane podmioty uczestniczą, w tym w ramach postępowań przetargowych bo w tej sytuacji dochodziłoby do nierównego traktowania wykonawców.

2. Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18

(...) Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że analizowany zarzut skargi jest słuszny. Zarzuty przedstawione w odwołaniu sprowadzały się bowiem - zasadniczo - do dwóch kwestii: po pierwsze odwołujący stał na stanowisku, że nie można zastosować wykluczenia z uwagi na wprowadzenie w błąd w trybie artykułu 24 ust. 1 pkt 17 pzp ponieważ ocena pozacenowych warunków w sytuacji kiedy nie spełnione są warunki z IDW zawierała już sama w sobie zagrożenie w postaci konieczności przyznania 0 punktów za zaoferowane informacje. Drugi argument sprowadzał się zaś do tezy, że nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego w sytuacji, gdy przedstawione informacje rzeczywiście są błędne, jednak nie stanowią tajemnicy dla Zamawiającego, są łatwo dostępne i weryfikowalne na podstawie innych źródeł lub Zamawiający (jak w niniejszej sprawie) znajduje się w posiadaniu informacji prawdziwych, a to ze względu na poprzednie postępowania i roboty realizowane przez tego samego Wykonawcę dla tego samego Zamawiającego. Konkretyzując - chodziło przy tym o informacje dotyczące realizacji kontraktów, gdzie brali udział M. N. i A. A. W ocenie Sądu Okręgowego właśnie tymi i tylko tymi zarzutami zostały zakreślone granice odwołania. Sąd Okręgowy, po dokładnej analizie odwołania, nie doszukał się również zarzutów związanych z rozumieniem pojęć zawartych w IDW również w jego uzasadnieniu. W konsekwencji wszelkie rozważania dotyczące rozumienia w/w wskazanych przez KIO sformułowań, znajdowały się poza granicami zaskarżenia z odwołania. Oznacza to, że w istocie KIO sama wysnuła zarzut, który poddała szczegółowej analizie, dochodząc do konkluzji, że niemożliwe - w takiej sytuacji - było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Co więcej - z samej treści odwołania wynika, że na etapie składania pisma do KIO, Odwołujący nie formułował na tę okoliczność żadnych twierdzeń nawet pośrednio (implicite). Przeciwnie - sama konstrukcja odwołania potwierdza stanowisko skarżącego. Gdyby bowiem przyjąć rozumowanie KIO za poprawne, należałoby dojść do wniosku, że odwołującego Wykonawcy w ogóle nie dotyczy sankcja w postaci braku punktów za brak spełnionych kryteriów pozacenowych, a należy mu się pełna pula tych punktów (6). Gdyby bowiem zapisy SIWZ - IDW były niezrozumiałe, nietransparentne, niejednoznaczne, to należałoby przyjąć ich rozumienie na korzyść Wykonawcy. (...) Należało dodatkowo zauważyć, że kwestia doświadczenia M.N. i A. A. nie była w ogóle podważana w odwołaniu. Oznacza to, że Odwołujący zgadzał się z oceną Zamawiającego, iż wskazane osoby nie spełniają kryteriów SIWZ-IDW. Nie było więc żadnych podstaw również i z tego powodu, by prowadzić postępowanie w zakresie badania spełnienia tych warunków.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

KIO powinna była powyższą okoliczność przyjąć za element stanu faktycznego i na tym poprzestać, a zatem wszelkie rozważania w tym przedmiocie należało uznać za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Innymi słowy: zakres zaskarżenia odwołania w żadnym razie nie dawał również asumptu do badania spełnienia kryteriów pozacenowych przez w/w osoby.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że pierwszy zarzut skargi okazał się zasadny, a KIO przekroczyła granice określone zarzutami odwołania i znaczną część postępowania prowadziła w przedmiocie, który w ogóle nie podlegał rozpoznaniu. Sąd Okręgowy winien zatem rozpoznawać skargę w odniesieniu do zarzutów odwołania, zaś jak wskazano wyżej - na odwołanie składały się dwie zasadnicze tezy. Pierwsza z nich dotyczyła możliwości stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w sytuacji, gdy w SIWZ - IDW Wykonawca ustalił swego rodzaju sankcję w postaci przyznania zerowej liczby punktów za brak spełnienia kryteriów pozacenowych. (...)

Podkreślić należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c. (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17, LEX nr 2261033), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak z powyższego wynika, omówione przesłanki ww. przepisu nie stoją na przeszkodzie w zastosowaniu tej podstawy wykluczenia, gdy w SIWZ-IDW Zamawiający przewidział inną „sankcję”. Przepis ten nie ma charakteru dyspozytywnego, co mogłoby przejawiać się w wyrażeniach, takich jak „chyba że uzgodniono inaczej, jeśli nie uzgodniono inaczej, etc.). Dostrzegła to również Krajowa Izba Odwoławcza, która wprawdzie nie zakomunikowała stanowiska o dopuszczalności stosowania w/w podstaw wykluczenia w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wprost, jednak bardzo szczegółowo zbadała drugi z zarzutów (zdaniem Izby stanowisko Odwołującego podającego dotychczasowe zadania wykonywane przez M. N. i A. A. było nieracjonalne i nielogiczne ponieważ Zamawiający z łatwością mógł zweryfikować prawdziwość tych twierdzeń - *vide: k.91 verte*). Uznając zaś zasadność tego stanowiska, rozpoznawanie dalszych zarzutów byłoby bezprzedmiotowe, gdyż należałoby dojść do wniosku, że sankcji wykluczenia po prostu w sprawie nie stosuje się, a zatem prowadzenie postępowania w kierunku weryfikacji przesłanek wprowadzenia w błąd przy badaniu spornych kryteriów pozacenowych byłoby bezcelowe.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Nie było zatem żadnych merytorycznych podstaw ani argumentów pozwalających na utrzymanie tezy, zgodnie z którą podstawy wykluczenia odpadają w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł „karę” w postaci braku punktów dla danego kryterium. (...)

Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki wykluczenia z powołanego i omówionego już art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., gdzie relewantne dla jego zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki - wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., który *expressis verbis* wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności Zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. Oznacza to, że zachowanie Zamawiającego nie ma tu żadnego znaczenia. Uznając nawet, że Zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, czy dalszych czynności, w sprawie, to i tak należy dojść do wniosku, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem została również przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj.: potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Odwołującego dotyczy oceny ofert w postępowaniu zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez Zamawiającego. Kwestia ta dotyczy zatem ilości punktów zdobytych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc, m.in. na podstawie kwestionowanych informacji, dochodziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogłoby wypaczać wynik całego postępowania.

3. Wyrok SO w Łodzi z dnia 13 lipca 2018 r. sygn. akt III Ca 731/18

Oś sporu sprowadzała się do ustalenia na jakiej podstawie dokonana winna być przez zamawiającego ocena usług w ramach kryterium jakości świadczonych usług. Przechodząc do oceny tej kwestii podnieść należy, że Sąd Okręgowy w pełni podziela i przyjmuje za własne rozważania Krajowej Izby Odwoławczej poczynione na kartach uzasadnienia zaskarżonego wyroku, uznając jednocześnie za zbędne ich szczegółowe powielenie w treści niniejszego uzasadnienia.

Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający w sposób jasny i nie budzący wątpliwości wskazał w SIWZ, że ocena usług dokonana będzie na podstawie Wykazu Punktowanych Usług (Załącznik nr 2b. do SIWZ) oraz załączonych referencji. Nie można przy tym przyjąć aby stanowisko takie obarczone było nadmiernym formalizmem.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zawiera szereg mechanizmów prawnych, których stosowanie daje gwarancję udzielenia zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji, jawności i przejrzystości warunków udzielenia zamówienia i równego traktowania wykonawców. Jej przepisy mają często charakter kazuistyczny, niepozwalający na jakąkolwiek interpretację i zmuszający do ścisłego ich stosowania. O ocenie, czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami ustalonymi ustawą, decyduje treść dokumentów, bowiem jedną z najważniejszych cech postępowania w sprawach udzielenia zamówienia publicznego jest pisemność i jawność. Wola stron postępowania o udzielenie zamówienia jest jego istotnym elementem, ale nie jest dopuszczalne interpretowanie zgodnego zamiaru stron, czy dokonywanie interpretacji złożonych oświadczeń wbrew ich treści. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za środki publiczne. (za: wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 maja 2010 roku, sygn. akt I C 3/09).

W związku z powyższym, w niniejszym postępowaniu zamawiający nie mógł brać pod uwagę usług wymienionych w innych wykazach niż ten jaki został podany na potrzeby przedmiotowego kryterium. To właśnie przeciwny wniosek, wynikający z treści przedmiotowej skargi, oznaczałby akceptację nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu przez zamawiającego oraz uchybienie zasadzie przejrzystości, gdyż wykonawca, który dołączył od razu do oferty dokumenty o innym przeznaczeniu, dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu, aniżeli dokumenty załączone do oferty, na podstawie których ma nastąpić ocena w ramach kryteriów oceny ofert, będzie w lepszej sytuacji (uzyska wyższą punktację) aniżeli ten wykonawca, który wobec braku takiego obowiązku nie załączył do oferty tychże dokumentów. Brak załączenia takich niewymaganych dokumentów, nie można oceniać jako braku należytej staranności takiego wykonawcy. Takie zachowanie wykonawcy stanowi przejaw dostosowania się przez niego do określonych przez zamawiającego „reguł gry”, które to reguły powinny być jednakowe dla wszystkich wykonawców.

4. Wyrok SO w Szczecinie z dnia 9 lipca 2018 r. sygn. akt VIII Ga 329/18

Co należy również podkreślić - mimo szczegółowych wyjaśnień w piśmie z 28 lutego 2018 r. dotyczących okresu doświadczenia zawodowego A. I. w ramach budowy drogi ekspresowej (...) - Konsorcjum T. w żaden sposób nie wyjaśniło dlaczego zmieniło w złożonym „wykazie osób” drugie z podanych dla wykazania wymaganego okresu doświadczenia zadań (...).

Wyjaśnienia składane przez Konsorcjum T. zostały zaakceptowane przez zamawiającego i 29 marca 2018 r. dokonał on wyboru oferty Konsorcjum T. jako najkorzystniejszej przyznając 40 punktów (maksymalną ilość) w kryterium Cena, 4 punkty (na 20) w kryterium Wiedza i Doświadczenie Inżyniera Kontraktu oraz 0 punktów (na 40) w kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta - tj. łącznie 44 punkty na 100 możliwych. Na miejscu drugim znalazła się oferta Konsorcjum S., której w kryterium Cena przyznano 27,86 punktu, w kryterium Wiedza i Doświadczenie Inżyniera Kontraktu przyznano 4 punkty, a w kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta przyznano 9 punktów - tj. łącznie 40,86 punktu. Zgodnie przy tym z SIWZ - punktem 19.1.3 IDW (strona 37) - w kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta zawierało podkryterium 2.1 Inżynier Kontraktu, za które można było uzyskać



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

maksymalnie 6 punktów, które miały być przyznawane w zależności od tego, czy osoba proponowana na wskazane stanowisko ma doświadczenie zawodowe Inżyniera Kontraktu przy realizacji lub zarządzaniu na zadaniu obejmującym budowę tunelu komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra, lub tramwajowego) wykonanego metodą T. o długości co najmniej 500 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne, Sąd Okręgowy uznał, że KIO zasadnie stwierdziła, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia skarżącego Konsorcjum T., jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na jego decyzję. (...)

Mając na względzie powyższe rozważania wskazać należy, że istota sprawy - wbrew temu, na co wskazywało zarówno odwołujące się Konsorcjum S., jak i skarżące Konsorcjum T. - nie była kwestia jednego miesiąca doświadczenia zawodowego A. I. proponowanego przez Konsorcjum T. na Inżyniera Kontraktu w złożonym przez nie drugim, szczegółowo wyjaśnionym co do budowy drogi ekspresowej (...), „wykazie osób” (wraz z pismem z 28 lutego 2018 r.), lecz fakt, że to w pierwotnie złożonym „wykazie osób” Konsorcjum T. co najmniej wskutek lekkomyślności podało nieprawdziwą - w znacznej mierze z uwagi na jej nieprecyzyjność - informację, co do doświadczenia zawodowego A. I. przy budowie drogi ekspresowej (...) wraz ze wskazaniem drugiej pozycji formularza, która nie spełniała wymogów SIWZ ID W, tj. budowa drogi ekspresowej (...) była zadaniem, które na chwilę składania „wykazu osób” nie było zakończone, a przez to zgodnie ze SIWZ okres tego doświadczenia zawodowego nie mógł być przez zamawiającego uwzględniony. To w oparciu o wyżej wskazany pierwotny „wykaz osób” wskutek podania nieprawdziwej informacji zamawiający mógłby - gdyby nie zastosował procedury z art. 26 ust. 3 p.z.p. i na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. nie wezwał Konsorcjum T. do złożenia wyjaśnień - w oparciu o tę nieprawdziwą informację podjąć decyzję o niewykluczeniu wykonawcy, pomimo tego, że wówczas wykazane doświadczenie A. I., nie spełniałoby wymogu minimalnego 60-miesięcznego doświadczenia wskazanego w SIWZ IDW. (...) W tych okolicznościach, nie sposób przyjąć innego racjonalnego wyjaśnienia, jak właśnie świadomość, że drugie ze wskazanych w „wykazie osób” zadań w postaci budowy drogi ekspresowej (...) nie spełnia wymogów SIWZ IDW, a w takim przypadku, nieuznanie przez zamawiającego wyjaśnień Konsorcjum T. co do okresu doświadczenia przy budowie drogi ekspresowej (...), spowoduje wykluczenie tego wykonawcy z dalszego postępowania. Faktem wymownym w tym zakresie jest przy tym kontrast między szczegółowością wyjaśnień Konsorcjum T. co do budowy drogi ekspresowej (...), przy jednoczesnym całkowitym jego milczeniem co do powodu zmiany podanego w „wykazie osób” drugiego zadania. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego, wydając zaskarżony wyrok KIO trafnie uznało, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. i wskutek zaniechania nie wykluczył Konsorcjum T. z dalszego postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki wskazanej w tym przepisie. Ewidentnie - na co wskazuje i stan faktyczny ustalony przez KIO, i stan faktyczny ustalony przez Sąd Okręgowy, jak i wreszcie stanowiska co do stanu faktycznego przedstawiane przez odwołujące się Konsorcjum S. i skarżące Konsorcjum T. - Konsorcjum T. podało nieprawdziwe informacje w pierwszym



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

złożonym przez siebie „wykazie osób” w zakresie długości doświadczenia A. I. przy budowie drogi ekspresowej (...) (pomimo bardzo szczegółowego opisu sposobu wyznaczania terminu początkowego i końcowego zawartego w SIWZ IDW), które w przypadku niewykrycia przez zamawiającego (a ściślej przez prowadzącą postępowanie w jego imieniu (...)) prowadziłyby przy ocenie obu zadań podanych przez Konsorcjum T. do uznania, wbrew faktom, że wykazane na podstawie tych dwóch zadań doświadczenie A. I. wynosi wymagane przez SIWZ minimalne 60 miesięcy. Zamawiający w takim przypadku stwierdziłby bowiem, że doświadczenie zawodowe przy budowie drogi ekspresowej (...) obejmujące okres „01.2010 - 12.2014” wynosi 60 miesięcy, a doświadczenie przy budowie drogi ekspresowej (...) uznałby za wskazujące na 0 miesięcy, gdyż nie było to zadanie zakończone, a tylko takie podlegały ocenie.

5. Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 stycznia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 618/16

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia były ustalone dwa kryteria oceny ofert:

kryterium ceny - waga 60%,

kryterium „Metodyka” - waga 40%.

Łączna ilość punktów do uzyskania za poszczególne kryteria wynosiła 100 (60 + 40);

Skarżące konsorcjum otrzymało maksymalną ilość punktów za kryterium ceny, tj. 60. Zaoferowało bowiem cenę w wysokości 26 397 891,00 zł;

konsorcjum DTS otrzymało mniejszą liczbę punktów za kryterium ceny, tj. 56,6. Zaoferowało bowiem cenę w wysokości 27 982 500,00 zł;

Skarżące konsorcjum otrzymało łącznie 88 punktów za Metodykę, co przy wadze 40% za kryterium „Metodyka” skutkowało przyznaniem **35,2 punktów**;

konsorcjum D. otrzymało łącznie **98** punktów za Metodykę, co przy wadze 40% za kryterium „Metodyka” skutkowało przyznaniem **39,2 punktów**;

Łączna punktacja była więc następująca:

Skarżące konsorcjum - **95,2 punktów** (60 + 35,2); konsorcjum DTS - **95,8 punktów** (56,6 + 39,2);

zasada przyznawania punktów za poszczególne elementy zawarte w Metodyce - metoda, tzw. zero-jedynkowa. Jeśli poszczególne propozycje w dokumencie „Metodyka” były uznane za właściwe to otrzymywały ustalone punkty. Jeśli nie - otrzymywały 0 punktów.

Konsorcjum D. zajęło I miejsce, a Konsorcjum skarżące II miejsce, przegrywając przetarg o 0,6 punktu.

Kryterium ceny - co zrozumiałe - nie było kontestowane.

Najistotniejszą więc kwestią - poddaną pod osąd i autorytatywne rozstrzygnięcie tut. Sądu Okręgowego - była ocena prawidłowości dokonanej przez komisję przetargową Zamawiającego, „Metodyki” przygotowanej przez konsorcjum D., a tym samym prawidłowości dokonanej punktacji oferty ww. konsorcjum w zakresie kryterium „Metodyka”,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Skarżące konsorcjum konsekwentnie (zarówno na etapie postępowania odwoławczego jak i skargowego) nie akceptowało tej oceny i dokonanej punktacji oraz oczekiwało, że postępowanie Zamawiającego zostanie zakwestionowane najpierw przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie przez Sąd Okręgowy.

Sąd Okręgowy jednoznacznie stwierdza, iż dokonał rozstrzygnięcia wyłącznie na podstawie własnej oceny ww. „Metodyki” i tylko w oparciu o jej treść. Analizie poddane były wyłącznie sporne punkty, wskazane w skardze. W związku z powyższym nie dokonano analizy porównawczej z „Metodyką” skarżącego konsorcjum. Taki sugerowany przez Skarżącego sposób oceny był chybiony.

Po pierwsze, ocena prawidłowości „Metodyki” Skarżącego konsorcjum została prawomocnie rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą, wyrokiem z dnia 15 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2853/15). Sąd nie mógł więc badać czy ocena dokonana przez KIO była właściwa czy też nie. Oznacza to przyjęcie punktacji za kryterium „Metodyka” na poziomie 35.2 za obowiązująca.

Po drugie, Sąd Okręgowy nie widział żadnych podstaw, aby przy ocenie „Metodyki” konsorcjum D., opierać się na kryteriach oceny dokonanych przez KIO w postępowaniu zwieńczonym ww. wyrokiem z dnia 15 stycznia 2016 r., a także w postępowaniu przed KIO, której wyrok został zaskarżony przedmiotową skargą. Sąd nie jest nimi w żadnym wypadku związany i może, a wręcz powinien dokonać własnej oceny, tym samym dokonać oceny prawidłowości przyznanych punktów za poszczególne (zaskarżone) elementy „Metodyki” konsorcjum D. - co też uczynił.

Konsekwencją powyższego było także oddalenie wszelkich wniosków procesowych Skarżącego konsorcjum, o dopuszczenie dowodów z dokumentów jak i dowodów osobowych. Były one niecelowe i jedynie zbędnie przedłużyłyby postępowanie sądowe. Jeszcze raz należy uwypuklić - to sąd dokonał oceny prawidłowości punktacji za kryterium „Metodyka”. Jakie rzeczywiste było ewentualne ostateczne stanowisko Zamawiającego, nie miało żadnego znaczenia.

Skarżące konsorcjum zakwestionowało sześć szczegółowych propozycji zawartych w dokumencie „Metodyka” konsorcjum D. i ich ocenę przez komisję przetargową.

Podkreślić przy tym należy, że skuteczne zaskarżenie/podważenie oceny i punktacji komisji przetargowej Zamawiającego — chociażby w jednym tylko aspekcie — musiało skutkować uznaniem skargi za zasadną.

Przyczyna była prozaiczna - skarżące konsorcjum przegrało z konsorcjum D. zaledwie o 0,6 punktu. Natomiast każda poszczególna, zaskarżona propozycja była oceniona na 4 punkty. Jeśli waga kryterium „Metodyka” była w SIWZ na poziomie 40% to każda tak punktowana (zaskarżona) propozycja w globalnej punktacji stanowiła wartość 1,6 punktu. Odjęcie z ogólnej punktacji wartości 1,6 powodowałoby już zamianę miejsc między tymi konsorcjami. Skarżące konsorcjum wygrywałoby o 1 punkt.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu niniejszym nie będzie powielał treści poszczególnych, zaskarżonych propozycji zawartych w dokumencie „Metodyka” konsorcjum D. Dokument ten znajduje się na k. 269 - 286 akt sprawy, a sporne zapisy nie budziły jakichkolwiek wątpliwości - odnośnie ich treści - żadnego



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

z uczestników postępowania skargowego. Natomiast odniesie się do nich w kontekście znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności skargi.

Jeden zarzut - dotyczył podkryterium 1, pkt. 1.4, ppkt 3.

Zarzut ten nie był przez Sąd Okręgowy badany merytorycznie. Jego uwzględnienie nie mogło bowiem wpłynąć w żaden sposób na dokonaną punktację przez Zamawiającego w pkt. 1.4. Jak wynika jednoznacznie z rzeczonego dokumentu „Metodyka”, za propozycje ww. punkcie można było otrzymać maksymalnie 18 punktów, a każda propozycja dodatkowego działania wraz z uzasadnieniem otrzymywała 4 punkty (nie mniej i nie więcej).

Skarga dotyczyła wyłącznie ppkt 3, natomiast w pkt. 1.4 Konsorcjum D. przedstawiło łącznie 8 podpunktów i oprócz propozycji nr 3 pozytywnie zostały ocenione propozycje: 2, 4, 6, 7 i 8. Zatem nawet wyeliminowanie tego podpunktu 3 (propozycji 3) nic by w punktacji nie zmieniło gdyż suma pozostałych wypełniłaby maksymalną przewidzianą notę 18 punktów. Na marginesie zauważyć jedynie należy, iż na kartach oceny komisji przetargowej jest błąd w ocenie punktacji za propozycję. Wskazana jest cyfra 6 za poszczególną propozycję a powinna być cyfra 4 (vide - k. 287 w zw. z k. 280). Nie wpływa to jednak na ogólną punktację.

Cztery zarzuty -dotyczyły podkryterium 2, pkt. 2.1, ppkt 1-4.

Zarzuty dotyczyły wszystkich propozycji konsorcjum DTS wskazanych w podkryterium 2.1. łącznie uzyskać można było za to podkryterium maksymalnie 12 punktów i tyle konsorcjum D. otrzymało. Każda propozycja otrzymała 4 punkty.

Sąd Okręgowy podzielił zastrzeżenia Skarżącego i uznał, że zaproponowane przez konsorcjum D. dodatkowe działania są nieadekwatne do celu jaki ma zostać osiągnięty lub są działaniami wadliwymi bądź też działaniami, które nie wyczerpują całości oczekiwań Zamawiającego.

W związku z powyższym prawidłowa punktacja tego całego podkryterium 2.1 powinna być w wysokości 0 punktów.

W zaskarżonym zakresie, „Metodyka” D. miała przedstawić/zaproponować działania, które miały na celu zapewnienie niezmienności składu (osób) ekspertów kluczowych i innych ekspertów powołanych w celu (do) realizacji zamówienia.

W ocenie sądu, niezmienność składu (osób) oznaczało zachowanie wszystkich ekspertów zarówno kluczowych jak i pozostałych ekspertów - *a contrario* nie będących kluczowymi.

Zmiana choćby jednej osoby w zespole powodowałaby, że warunek „niezmienności” nie zostałby zachowany.

W propozycji pierwszej (ppkt. 1) konsorcjum D. przewidziało kary umowne zawierane z ekspertami zarówno kluczowymi jak i pozostałymi (innymi) ekspertami, w odpowiedniej wysokości. Abstrahując od bardzo nieprecyzyjnego sformułowania „odpowiednia wysokość”, nie poddającego się właściwej ocenie, to propozycja ta była niemożliwa do spełnienia biorąc pod uwagę fakt, że część członków zespołu miała być zatrudniona na umowę o pracę. Konsorcjum D. przedstawiając listę osób



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

uczestniczących w zespole to potwierdzało. Faktom tym nikt nie zaprzeczył, a jedynie w postępowaniu skargowym, przeciwnicy skargi próbowali zminimalizować ilość osób, zatrudnionych w taki sposób. W kontekście oczekiwań „niezmienności” składu, stanowisko to było bez znaczenia.

Sąd w pełni akceptuje stanowisko Skarżącego, iż kara umowna nie może być zastrzeżona na wypadek wyrządzenia pracodawcy przez pracownika szkody wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych. Przywołany w skardze wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2018 r. (sygn. akt IIPK 120/07), tut. Sąd uznaje za własny.

W propozycji drugiej (ppkt. 2) konsorcjum D. przewidziało przyznanie specjalnej premii rocznej ekspertom kluczowym, wyłącznie tym ekspertom. Nie przewidziano natomiast żadnych gratyfikacji pieniężnych innym ekspertom. Samo pominięcie pozostałych osób w zespole już świadczy jednoznacznie, że propozycja ta jest nieadekwatna do oczekiwań Zamawiającego odnośnie „niezmienności składu”. Brak gratyfikowania/premiowania pozostałych ekspertów z całą pewnością nie wpływałoby na nich motywująco. Jedna grupa osób w zespole byłaby bowiem traktowana w sposób szczególny. Sąd akceptowałby sytuację gradacji wysokości premii (eksperci kluczowi większe premie, pozostali mniejsze), z uwagi na rolę ekspertów kluczowych w zespole lecz nie mógł zaakceptować całkowitego pominięcia pewnej grupy ekspertów.

W propozycji trzeciej (ppkt. 3) konsorcjum D. zaproponowano w celu utrzymania „niezmienności” zespołu, odmowę wydania referencji dla ekspertów, którzy zaprzestali pełnienia obowiązków w trakcie realizacji zamówienia bez zgody D.

Sąd zgodził się z wywodem Skarżącego, że zapis powyższy nie oznacza zawarcia w umowach z ekspertami odpowiednich zapisów o odmowie wydania referencji na wypadek ziszczenia się określonych przesłanek lecz sankcjonuje arbitralne działanie D. polegające na odmowie wydania referencji. Słusznie wskazywano w skardze, że takie działanie nie mogło wpłynąć na stabilność zatrudnienia, nie wspominając o ocenie „rzetelności” firmy przez takiego eksperta, któremu odmawia się referencji. Zaprzestanie wykonywania obowiązków przez eksperta mogłoby być także spowodowane czynnikami obiektywnymi, zasadnymi. Arbitralny i jednostronny brak zgody D. nie mógł w żadnym wypadku być oceniany pozytywnie przez Zamawiającego.

W propozycji czwartej (ppkt. 4) konsorcjum D. zaproponowało daleko idącą pomoc pracownikom (co ważne także w kontekście propozycji pierwszej) zamiejscowym podejmującym pracę w D., w zakwaterowaniu i zagospodarowaniu w nowym miejscu zamieszkania. Miała ta pomoc polegać na przedstawieniu propozycji kwater prywatnych lub wskazanych przez gminę i częściową partycypację w kosztach wynajmu mieszkania oraz pomoc w zakresie podstawowego umeblowania.

Skarżący słusznie wywiódł, że w SIWZ - OPZ (pkt. 9.2.), Zamawiający wskazywał potencjalnemu wykonawcy (a więc także D.) konieczność uwzględnienia kosztów zakwaterowania i delegacji, dla każdej ze wskazanych w ofercie osób. Ponadto uwzględnienia wszelkich innych kosztów związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób. Koszty te winny obejmować cały okres realizacji usługi.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Propozycja była więc nie tylko nie adekwatna i ograniczająca obowiązki D. lecz przede wszystkim sprzeczna z zapisami SIWZ. W żadnym wypadku nie mogła wpłynąć na „stabilność” zespołu.

Jeden zarzut - dotyczył podkryterium 2, pkt. 2.3, ppkt 2 (omyłko pierwotnie oznaczono jako ppkt. 3 - treść zarzutu odnosiła się do ppkt 2).

Łącznie uzyskać można było za to podkryterium maksymalnie 12 punktów. Każda uzasadniona propozycja otrzymywała 4 punkty. Konsorcjum D. przedstawiło 3 propozycje i każda otrzymała 4 punkty, łącznie więc maksymalną z możliwych punktacji (4 x 3 = 12 punktów).

Konsorcjum D. wskazało propozycje - w celu m.in. zapewnienia skuteczności przepływu informacji, w zakresie sposobu gromadzenia danych i archiwizacji dokumentów oraz bieżącego przesyłania danych.

W ocenie sądu, żadna z trzech propozycji nie przedstawia rozwiązań z zakresu archiwizowania dokumentów. Natomiast jedynie trzecia może być potraktowana jako odnosząca się do gromadzenia danych (mowa jest o rejestrze przepływu dokumentów).

Przedmiotem zarzutu była jedynie propozycja druga, która brzmiała następująco:

„Wykorzystywanie komunikatorów elektronicznych do komunikacji on-line pomiędzy zainteresowanymi stronami biorącymi udział w realizacji zamówienia ”

Propozycja oczywiście nieadekwatna do zadania polegającego na archiwizacji dokumentów. Powinno być przyznanych 0 punktów.

Reasumując, „Metodyka” konsorcjum D. powinna otrzymać o 16 punktów mniej, czyli za kryterium „Metodyka” (waga 40%) punktacja powinna zostać obniżona o 6,4 punktów.

Konsekwencją powyższego końcowa punktacja powinna być następująca:

Skarżące konsorcjum - **95,2 punktów** (60 + 35,2); konsorcjum D. - **89,4 punktów** (56,6 + 32,8);

Dlatego też doszło w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne do naruszenia przez Zamawiającego zarówno art. 7 ust. 1 oraz 91 ust. 1 i 2 PZP.

Zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewniał zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Konsekwencją powyższego naruszenia było także naruszenie przez Zamawiającego (usankcjonowane przez Krajową Izbę Odwoławczą) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Zamawiający wybrał bowiem ofertę i zawarł umowę, na podstawie wadliwie odczytanych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

6. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 28 października 2016 r. sygn. akt VIII Ga 106/16

W przedmiotowym postępowaniu Sąd, w granicach odwołania (a następnie skargi), badał czy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy były zgodnie z przepisami ustawy.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Niezasadny był zarzut pozwanego odnośnie dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. Przede wszystkim KIO w sposób wyczerpujący przeanalizowała wszystkie cztery podkryteria składające się na ogólne kryterium Koncepcji wykonania usługi. KIO wskazało dlaczego uważa, a co Sąd w całości podziela, iż Komisja Przetargowa w ramach swoich kompetencji i przy uwzględnieniu postanowień zawartych w SIWZ prawidłowo oceniła poszczególne podkategorie przyznając określoną ilość punktów.

Należy zaznaczyć, iż Zamawiającego nie można zobowiązać do przyznania jakiegokolwiek liczby punktów. Zamawiający ocenia, a w przedmiotowej sprawie powołana w ramach spełniają jego oczekiwania i stosownie do tych ustaleń przydziela odpowiednią liczbę punktów określoną w SIWZ za dane kryterium.

Należy podkreślić, iż Koncepcja Wykonania Usług przez przystępującego I. jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, co jest zgodne z art. 8 Pzp. W myśl tego przepisu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

W tym stanie rzeczy twierdzenia A. R., iż KIO przyjmując w wyroku, że koncepcja skarżącego gwarantująca brygady patrolowe co 2 godziny - nie uwzględnił w optymalny i najkorzystniejszy sposób realizacji usługi, zapewniając natychmiastowe reagowanie na wszystkie zdarzenia jest zupełnie bezpodstawne. Również, z przyczyn wskazanych jak wyżej, bezzasadny był zarzut A. R., iż Krajowa Izba Odwoławcza przyjmując, iż w zakresie zaproponowanych w Koncepcji rozwiązań przez innych wykonawców, a zwłaszcza I., a dotyczących efektywności wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu drogi, w zakresie efektywności prowadzonego monitoringu, w zakresie szybkości reakcji na zidentyfikowane zagrożenie i w zakresie efektywności działań - w zakresie zimowego utrzymania drogi, została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo z uwagi na równą lub wyższą efektywność i skuteczność z punktu widzenia zasad opisanych w SIWZ, gdy propozycje Skarżącego mogły być ocenione co najwyżej równie efektywne i skuteczne naruszyła zasadę swobodnej oceny dowodów.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w okolicznościach niniejszej sprawy praktycznie skarżący, nie może zarzucić, iż jego koncepcja była lepsza niż I., bardziej optymalna, efektywna i najkorzystniejsza, gdyż jej nie znał. W tym zakresie zarzuty skarżącego A. R. są zupełnie bezpodstawne.

Należy przy tym podkreślić, iż co zaznaczono powyżej, Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek skargi nie ocenia merytorycznie poszczególnych koncepcji, nie ma w tym zakresie uprawnień, a jedynie ocenia czy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy nie są niezgodne z przepisami ustawy (art. 180 ust. 1). W tym też zakresie rozpoznawała odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza, która wskazała, iż nie można przyjąć naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez błędne i niezgodne z SIWZ dokonanie oceny ofert – naruszenia zasady oceny ofert określonych w SIWZ przez



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przyznanie zbyt dużej liczby punktów w kryterium Koncepcja Wykonania Usługi ofercie I. konsorcjum F, a także M. E. oraz przyznanie zbyt ilości punktów ofercie Skarżącego, a przez to nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, iż dokonana przez Zamawiającego ocena była prawidłowa i zgodna z opisem zawartym w SIWZ, co Sąd w tutejszym składzie podziela. Należy też podkreślić, co słusznie zauważyła KIO, iż opis Koncepcji w zakresie podkryterium nr 1 przedstawionym przez Skarżącego jest w większości powieleniem opisu standardu i jego wymagań z załącznika numer 3 do OPZ. Sąd pragnie podkreślić, iż to członkowie Komisji Przetargowej mieli uprawnienia, a zarazem wiedzę w jakim zakresie poszczególne oferty najlepiej spełniają Koncepcję Wykonania Usługi, a zatem Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając skargę mogłaby jedynie unieważnić czynność zamawiającego, w sytuacji, gdyby stwierdziła, iż przy przyznawaniu punktów poszczególnym ofertom za Koncepcję Wykonania Usługi nastąpiło naruszenie ustawy Pzp. W tym zakresie skarżący jednak nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, iż faktycznie miało miejsce naruszenie przepisów ustawy.

Zdaniem Sądu, również bezpodstawny był zarzut skarżącego, iż wyrok KIO naruszał zasadę swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie, iż zaniechanie samodzielnego dokonania i uzasadnienia indywidualnej oceny ofert przez poszczególnych członków komisji przetargowej jest prawidłowe.

Zgodnie ze zmienioną treścią SIWZ — Tom I pkt 14 Instrukcji dla wykonawców (str. 17, k. 262 akt) Każdy z powyższych podkryteriów oceniane będą indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej. Punkty będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla opisu i każdego podkryterium. Następnie z punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla każdego podkryterium będzie wyliczana średnia arytmetyczna.

Regulamin pracy komisji przetargowej w § 13 ust. 1 i 2 stanowi natomiast, iż komisja proponuje wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie indywidualnej oceny ofert dokonanej przez Członków Komisji, po szczegółowym zapoznania się z oraz opiniami biegłych (jeżeli byli powołani). Indywidualna ocena ofert odbywa się wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Każdy z członków Komisji sporządza pisemne uzasadnienie indywidualnej oceny. Członkowie Komisji nie sporządzają indywidualnej oceny ofert w przypadku, gdy nie jest to wymagane przepisami ustawy.

W niniejszej sprawie, ustawa Prawo zamówień publicznych nie zobowiązuje do sporządzenia indywidualnej oceny przez członków Komisji, a zatem zdaniem Sądu nie można przyjąć, iż Zamawiający - członkowie Komisji Przetargowej naruszyli prawo nie sporządzając indywidualnej oceny ofert.

Ponadto należy podkreślić, iż ani SIWZ ani Regulamin prac Komisji nie zobowiązuje do przyznawania punktów w głosowaniu tajnym przez poszczególnych członków komisji przetargowej, ani też nie zabrania dyskusji na temat poszczególnych podkryteriów i przedstawionych przez wykonawców ofert. Zdaniem Sądu, gdyby przyznawanie punktów miało być tajne, bez wspólnego obradowania komisji, to zasady doświadczenia życiowego pozwoliłyby przyjąć, iż faktycznie poszczególni członkowie komisji nie dokonywali indywidualnej oceny. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. W ocenie Sądu, właśnie zasady doświadczenia życiowego wskazują, iż w przypadku wspólnego obradowania wszystkich członków komisji, omawiania poszczególnych podkryteriów nie można



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wykluczyć, iż osoby te przyznały każdej z ofert w każdym podkryterium taką samą ilość punktów. Być może któryś z członków komisji sugerował się oceną innych członków, co jednak nie przesądza, iż nie była ona indywidualna. Warto przy tym zaznaczyć, iż z prac komisji został sporządzony dokument w postaci „Pełne uzasadnienie - wszystkie elementy zarówno tajne jak i jawne”, w którym podano uzasadnienie merytoryczne przyznania punktacji w poszczególnych podkryteriach. Został też sporządzony dokument w postaci „Punkty- kryterium KWU”, gdzie wskazano za jakie podkryteria dany członek komisji przyznał i ile punktów. Oba powyżej wskazane dokumenty zostały podpisane osobno przez każdego z członków komisji przetargowej. Żaden z członków nie zgłosił zastrzeżeń do sporządzonych dokumentów. Nie ma zatem żadnych podstaw aby przyjąć, że członkowie komisji nie przyznawali indywidualnie ocen w poszczególnych podkryteriach Koncepcji Wykonania Usługi. Skoro członkowie Komisji Przetargowej podpisali dokumenty wyżej wskazane, to znaczy, iż to oni indywidualnie przyznali daną ilość punktów. Skarżący wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. i 232 k.p.c., które odpowiednio stosuje się do niniejszego postępowania w żaden sposób nie udowodnił, iż członkowie komisji nie przyznawali indywidualnie ocen poszczególnym kryteriom.

Nie można w ocenie Sądu zgodzić się także zarzutami Skarżącego, iż KIO dokonało wybiórczej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i pominięcia formularza 3.4. zawierającego szczegółowy opis potencjału technicznego stanowiącego wyłączną własność Skarżącego. Ze zgromadzonego materiału dowodowego w niniejszej sprawie nie wynika bowiem, iż brak odniesienia się przez KIO do formularza Skarżącego jest spowodowany nie wzięciem jego pod uwagę. Przede wszystkim Skarżący chcąc powołać się na tą okoliczność winien udowodnić, iż w toku prac Komisji Przetargowej został pominięty omawiany formularz, co miało wpływ na ilość przyznanych punktów w poszczególnych podkryteriach. A. R. jednakże takiego zarzutu nie zgłosił i nie udowodnił.

7. Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 października 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 518/16

Natomiast słuszne były zarzuty dotyczące naruszenia przez (...) w W. zarówno art. 7 ust. 1 i 2 Pzp jak i art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, w zakresie dotyczącym „Koncepcji żywienia”. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) z dnia 04.11.2015 r. znajduje się rozdział V. WYKAZ WYMAGANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW OD WYKONAWCÓW W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW. W pkt. 14 ww. rozdziału opisany jest dokument Koncepcja żywienia określająca - organizacja sporządzania, dostarczania i dystrybucji, system kontroli poprawności wykonania usługi jak i możliwość rozwiązywania nagłych problemów i wątpliwości związanych z surowcami/produkcją jak i pod względem dietetycznym, w czasie weekendów, świąt i poza godzinami pracy kierownika i dietetyka Kuchni.

Koncepcja ta stanowiła element kompleksowego świadczenia usług żywieniowych. Wynika to jednoznacznie z Załącznika do SIWZ U-51/N/15, pkt 1. h). SIWZ w rozdziale XVII. WYBÓR OFERTY (pkt 2) wskazywał, iż zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty także kryterium „Koncepcja żywienia”, które otrzymało rangę 5%.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Członkowie komisji przetargowej mieli - co oczywiste - nie tylko przyznać punkty w skali od 0 (zero) do 5 (pięć) za to kryterium (vide pkt 3.2 ww. rozdziału) lecz przede wszystkim dokonać końcowej oceny ofert i wybrać ofertę oraz udzielić zamówienia temu wykonawcy, który (pkt 4 ww. rozdziału):

spełnił wszystkie wymagania ustawy Pzp;

spełnił wszystkie wymagania przedstawione w SIWZ;

posiadał ofertę najkorzystniejszą w oparciu o podane kryteria wyboru.

Jak wynika jednoznacznie z protokołu postępowania w przedmiotowym przetargu nieograniczonym, skarżące konsorcjum zostało ocenione najwyżej w 3 z 4 kryteriów.

Przy czym, co warto zauważyć wygrało we wszystkich obiektywnych kryteriach, nie poddających się wcale albo w bardzo ograniczonym zakresie, możliwości subiektywnej oceny. Trudno bowiem dokonywać odmiennej oceny gdy podane przez oferentów liczby/kwoty są jednoznaczne. Konsorcjum zaproponowało najlepszą cenę, najlepsze warunki miesięcznego czynszu oraz najkorzystniejsze warunki płatności.

Skarżące Konsorcjum firm zostało ocenione natomiast najniżej w jedynym subiektywnym kryterium „Koncepcji żywienia”. Utrzymało tylko **2,17 punktów** natomiast wybrany wykonawca (...) S. A. w G. otrzymało **maksymalną notę 5 punktów** - bezsporne.

Sąd Okręgowy stwierdza jednoznacznie, iż nie akceptuje w najmniejszym zakresie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej o niemożności poddania merytorycznej ocenie decyzji członków komisji przetargowej, wyłącznie z tego powodu, iż w SIWZ znalazł się poniższy zapis wskazujący następujące kryterium „Koncepcja żywienia” (punkt 3.2), który brzmi następująco:

„ Członkowie Komisji przetargowej kierując się własnym doświadczeniem i wiedze/ przyznają każdej ofercie *wg własnego uznania...*”

Nawet sąd, choć w systemie prawa w Rzeczypospolitej Polskiej jest jedną z trzech władz publicznych (władza sądownicza) nie może dokonywać oceny w sposób dowolny, arbitralny, bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. W przypadku sądu procedującego w oparciu o kodeks postępowania cywilnego, takim przepisem ograniczającym całkowitą uznaniowość jest doskonale wszystkim uczestnikom znany (reprezentowanym bowiem przez profesjonalnych pełnomocników) art. 233 § 1 k.p.c.

W przedmiotowej sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza świadomie uchyliła się od oceny prawidłowości postępowania członków komisji. Uzasadnienie tej decyzji było całkowicie chybione, w konsekwencji błędne. Tym bardziej gdy wystarczyło zapoznać się i porównać ofertę wykonawcy wybranego, w tym właśnie spornym zakresie z ofertą skarżącego.

Sąd Okręgowy jest wręcz zdumiony ocena maksymalną tego kryterium oferty (...) S. A. w G. To co się w niej znajduje zasługuje na minimalną punktację.

Natomiast 5 punktów - w ocenie Sądu Okręgowego - taka ocena nie jest do merytorycznej obrony.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Aby uzmysłowić w jaki sposób została ta „koncepcja” uzasadniona, należy wiernie zacytować treść oferty dotyczący możliwości rozwiązywania nagłych problemów i wątpliwości związanych z surowcami/produkcją jak i pod względem dietetycznym, w czasie weekendów, świąt i poza godzinami pracy kierownika i dietetyka Kuchni. Są to tylko 2 zdania, słownie dwa:

„W naszej organizacji w obiektach stosujemy strukturę następującą: Menadżer, Zastępca Menadżera/Dietetyk, Magazynier/Dietetyk oraz pracownicy produkcyjni produkcyjny i pomocniczy. Jednocześnie przyjmując kontrakty czy to bezpośrednio od Zamawiającego czy to od Operatora korzystamy z zasobów pracowniczych już istniejących i tak planujemy”

Nic więcej nie wskazano. Dalej jest bowiem rozdział - Zachowanie estetyki świadczonej usługi. Trudno więc nazwać te zapisy jakkolwiek koncepcją.

Natomiast „Koncepcja żywienia” w tym aspekcie, przedstawiona przez skarżące konsorcjum firm miała swoje ujęcie w pkt. 2, który opisany został na siedmiu stronach formatu A4. Tyle Sąd Okręgowy zaliczył po zapoznaniu się z jej merytoryczną treścią. Są tam wskazane procedury dotyczące funkcjonującego systemu kontroli poprawności wykonania usługi, kontroli jakości procesu żywienia, sposoby rozwiązywania problemów w sytuacjach nagłych, wyjątkowych, problemów z zasilaniem, dostawą art. spożywczych. Ponadto omówienie procedury żywieniowej w dni weekendowe, świąteczne. Także procedurę awaryjną w czasie choroby dietetyka lub technologa. Skarżący oddawał m.in. do dyspozycji zamawiającego centrum dietetyczne funkcjonujące 7 dni w tygodniu, itd.

Nie trzeba posiadać wiadomości specjalnych, aby uznać wyższość oferty (także w tym zakresie) skarżącego konsorcjum firm nad ofertą wykonawcy wybranego, z którym zawarta została umowa.

Nie można zapominać, iż zamawiający jest specyficzną/wyjątkową instytucją, która obowiązana jest żywić pacjentów 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku. Bez względu czy przebywają w szpitalu w dni powszednie, niedziele czy święta. Żywienie powinno być zapewnione w odpowiednim standardzie, dostosowane do wymaganej diety pacjentów. Tak ważne - w ocenie Sądu Okręgowego - było więc prawidłowe omówienie powyższych aspektów koncepcji żywienia proponowanego przez wykonawców (...) w W.

Reasumując, zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia nie zostały wykonane przez osoby, które zapewniły bezstronność i obiektywizm. Tym samym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 Pzp.

Ponadto, zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Doszło do naruszenia kryteriów jakości oraz organizacji przy realizacji całości zamówienia, które mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W konsekwencji doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.



8. Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1875/15

Zarzuty znajdujące się w odwołaniach, o których mowa powyżej, znalazły bezpośrednie odzwierciedlenie również w treści uzasadnienia wyroku z dnia 12 października 2015 r. Wbrew twierdzeniom skarżącego, Izba odniosła się w nim do oceny czynności zamawiającego w zakresie przeprowadzonej punktacji ofert odwołujących w kryterium (...). Świadczy o tym już okoliczność, że Izba ustosunkowała się do przyznanej przez zamawiającego punktacji, wymieniając wprost poszczególne podkryteria i działania. Krajowa Izba Odwoławcza w swojej argumentacji wskazała na nieprawidłowe odjęcie punktów odwołującym w ramach poszczególnych podkryteriów. Bezsprzecznie należy to uznać za przejaw dokonania merytorycznej oceny czynności zamawiającego. Co więcej, Izba w tym zakresie podzieliła zarzuty sformułowane przez odwołujących.

Wskazane przez Izbę uchybienia zostały uzupełnione poprzez szczegółowe uzasadnienie jej stanowiska, które skarżący mylnie interpretuje jako wymienienie uchybień odnoszących się do sposobu uzasadnienia wyboru oferty. Wskazać należy, iż tym sposobem Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że uzasadnienie sporządzone w sposób, jaki uczynił to zamawiający, jest lakoniczne i mało transparentne, czym ogranicza zweryfikowanie oceny w poszczególnych podkryteriach. W podobny sposób zwróciła uwagę na brak wskazania niepunktowanych działań, jako nieadekwatnych do celu, jaki ma zostać osiągnięty w ramach podkryterium. Wreszcie Izba zaznaczyła, że odmiennosc i autonomiczność ocen członków komisji musi mieć mocne podstawy faktyczne i prawne, rozbudowaną motywację i powinny być weryfikowalne. Wyraziła zatem opinię, iż zamawiający nie spełnił powyższych warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z uzasadnienia wyroku Izby przebija przy tym przekonanie, że być może gdyby uzasadnienie wyboru oferty najkorzystniejszej było nieco bardziej szczegółowe, a argumentacja bardziej rozbudowana, to być może przekonała by Izbę o tym, że oferta zgłoszona przez (...) S.A. w T. rzeczywiście jest najkorzystniejszą.

9. Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r. sygn. akt V Ca 3065/13

Ustawa Pzp nie wyznacza przy tym żadnych limitów dla określania znaczenia kryteriów oceny ofert, a przez to uzyskania najkorzystniejszej oferty. Jedynie jednostki sektora finansów publicznych mają obowiązek dokonywać wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zamierzonych celów, umożliwiającą terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Ci zamawiający, efekt ten, powinni osiągać przez prawidłowe i umiejętne stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych.

10. Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r. sygn. akt XII Ga 152/12

Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji. Stwierdzenie, że takie potencjalne zagrożenie ma miejsce, a warunki oceny ofert nie dają realnej możliwości konkurowania z ofertą (...) SA legły u podstaw kwestionowanego orzeczenia Izby. Izba przy tym uznała za wystarczające



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

argumenty przytoczone przez odwołującego, zaś argumenty zamawiającego oceniła jako niewystarczające, czemu dała wyraz w treści uzasadnienia wyroku. Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tut. Sądu, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów/ tu: głównie czasowych/ o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi/. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę/ wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09/. Reasumując dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu. Mamy wówczas do czynienia z dyskryminacją pośrednią. W sprawie KIO 2549/11, w której w dniu 13 grudnia 2011 roku zapadł wyrok Izba odnośnie kryterium związanym ze zwiększeniem przepustowości łącz uznała wskazany tam czas realizacji 5 dni za nierealny i jako taki naruszający art. 7 i art. 29 cyt. Ustawy prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła, iż w sytuacji gdy może być konieczna wymiana lub rozbudowa łącz i urzędzeń termin ten stanowi nieuzasadnioną barierę dla uczestników przetargu i nakazała wydłużyć go do 2 miesięcy. Zauważyła nadto, że konieczność zwiększenia przepustowości łącz może w ogóle nie zaistnieć. Zamawiający dostosował się do tej decyzji, jednakże wprowadził nowe kryterium oceny ofert, obdarzając maksymalną ilością punktów tego wykonawcę, który w ofercie zaproponuje termin wykonania zmian do 21 dni. (...) Sąd Okręgowy zauważa nadto, że zarzut skarżącego dotyczący naruszenia art. 192 ust. 7 pzp poprzez orzekanie przez Izbę w zakresie zarzutów nie objętych odwołaniem jest nietrafny. Tak zarzuty odwołania, jak i argumenty w całej rozciągłości odnosiły się do materii nin. sporu, a związany z nimi wywód miał bezpośrednio na celu wykazanie bezprawności wprowadzenia nowych, dwóch kryteriów oceny ofert.

11. Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2012 r. sygn. akt X Ga 25/12za

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Przepis art. 91 ust. 2 pzp stanowi natomiast, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jakkolwiek zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby, to Sąd Okręgowy podzielił stanowisko skarżącego co do generalnie ocenego i uznaniowego charakteru jednego z kryteriów oceny ofert odnoszącego się do ich zawartości merytorycznej zastosowanego przez zamawiającego w pkt 14 SIWZ. Skarżący słusznie zakwestionował kryteria takie jak zawarte w "zasadach organizacji pracy z uwzględnieniem całodobowej obsługi i obsady na poszczególnych odcinkach", tj. zapewnienie wykonania czynności wskazanych w SIWZ oraz wykonanie dodatkowych czynności ocenionych przez zamawiającego jako korzystnych dla wykonania usługi (...) czy też organizację pracy zapewniającą optymalną obsadę wysoko kwalifikowanego personelu i odpowiednie godziny pracy personelu, wprowadzającą najefektywniejsze rozwiązania. W art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wskazano, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna zawierać co najmniej m.in. opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty zamawiający wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Sąd Okręgowy podziela stanowisko zamawiającego, iż posługiwanie się wyłącznie kryterium ceny nie jest rozwiązaniem w pełni wystarczającym, zwłaszcza w nowoczesnym i profesjonalnym obrocie, w którym można oczekiwać od wykonawców w toku zamówienia konkurencji także na polu własnych rozwiązań technicznych czy innowacyjności. Na aprobatę zasługuje również stanowisko wyrażone w orzecznictwie sądów okręgowych oraz zespołów arbitrów, które Sąd Okręgowy podziela, a zgodnie z którym wymagane przez ustawę prawo zamówień publicznych, aby kryteria oceny ofert były opisane i wskazany został sposób oceny ofert należy interpretować w ten sposób, iż zamawiający ma obowiązek wymienić wszystkie kryteria, szczegółowo opisać do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04). Sąd miał na uwadze, że koncepcja wykonania usługi stanowiła jedno z dwóch kryteriów oceny ofert zastosowanych przez zamawiającego. Jednakże mało precyzyjne opisanie kryteriów w powyższym zakresie skutkowałoby tym, iż ocena członków komisji przetargowej byłaby subiektywna i dowolna i to aż w 30 %. Niezależnie od powyższych rozważań Sąd Okręgowy podzielił jednak stanowisko zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i zamawiającego, iż skarżący formułując żądania odwołania, jak i skargi nie wskazał na konkretne, w jego ocenie wadliwe, rozwiązania, ale sam posłużył się określeniami nieprecyzyjnymi. Skarżący żądał bowiem zmiany opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne oraz wskazujące wymagania zamawiającego. Nie wskazał jednakże skarżący które z zastosowanych przez zamawiającego rozwiązań nie spełniają tego warunku. Nie wiadomo również, co skarżący rozumie poprzez pojęcie kryteria jasne i precyzyjne, skoro w ślad za tym żądaniem nie idą propozycje rozwiązań, które według skarżącego spełniają te warunki. (...)

12. Wyrok SO w Warszawie z dnia 30 września 2009 r. sygn. akt: XXIII Ga 567/09

Celem demonstracji było sprawdzenie minimalnych wymogów zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania. Zamawiający wprost bowiem wskazał, iż demonstracja obejmuje działanie opracowanego zestawu narzędzi do kontroli i raportowania. O działaniu można natomiast mówić wtedy, gdy przedmiotowy zestaw narzędzi spełni cel, dla którego został stworzony, tzn. dokona kontroli poprawności produktów. Celem demonstracji było zatem zweryfikowanie, czy zadeklarowane przez Wykonawcę narzędzia wykonują kontrolę poprawnie, zgodnie z wymaganiami zawartymi w



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Warunkach technicznych, w przypadku zaś, gdy demonstrowana funkcjonalność działała błędnie, została zgodnie z zapisami w rozdziale XVIII pkt 6 SIWZ udokumentowana zrzutami ekranowymi, które stanowiły załącznik do raportu z demonstracji. Błędnie działająca funkcjonalność narzędzi do kontroli była podstawą do nieprzyznania punktów za powyższą funkcjonalność. Sposób przeprowadzenia demonstracji został szczegółowo opisany w powołanym postanowieniu SIWZ. W ocenie Sądu Okręgowego zapis w scenariuszu demonstracji dotyczący przyznania punktów według kryterium spełnia/nie spełnia potwierdza warunki zawarte w SIWZ, nie stanowi zaś zmiany tych warunków. Taki zapis zmieniałby warunki SIWZ, gdyby warunki SIWZ przewidywały inny sposób przyznawania punktów polegający np. na obniżaniu punktów w razie wadliwie działającej funkcjonalności. Zgodnie z zapisem ww. rozdziału każdy z Wykonawców miał otrzymać scenariusz demonstracji w dniu otwarcia ofert, jeśli natomiast którykolwiek z Wykonawców nie zgadzał się z powyższym trybem przeprowadzenia demonstracji, w szczególności z brakiem możliwości zapoznania się ze scenariuszami przed terminem złożenia oferty, miał możliwość wniesienia protestu w terminie ustawowym, jak również mógł zgłosić uwagi do samego scenariusza demonstracji. Wymagania zawarte w scenariuszu demonstracji były wybranymi wymaganiami z listy obligatoryjnych wymogów zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania wyników kontroli zawartych w Załączniku nr 7 do SIWZ, stąd twierdzenie, że są one niezgodne z treścią SIWZ, jest bezzasadne. W ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowy scenariusz demonstracji był jedynie instrukcją postępowania mającą na celu ułatwienie oferentowi przeprowadzenia demonstracji w zakładanym przez Zamawiającego i określonym w rozdziale XVIII pkt 6 SIWZ czasie 4 godzin.

13. Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r. sygn. akt: XII Ga 143/09

W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy winni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert winno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś w oparciu o inną wiedzę zamawiającego. Zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji, jeśli jego działania umożliwiają uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieograniczonej liczbie podmiotów zainteresowanych. Każde bowiem określenie warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w swej istocie stanowi już ograniczenie konkurencji. (...) Ograniczenie takie jest jednak dopuszczalne, o ile nie stanowi wskazanego wyżej czynu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzić należy, iż przepisy pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty występujące na rynku, a więc nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamówienia. Na gruncie przepisów pzp oczywistym jednak jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach. Jednocześnie za dozwolone należy uznać oznaczenie przedmiotu zamówienia poprzez określenie m.in. pewnych jego parametrów granicznych (minimalnych lub maksymalnych), o ile nie prowadzi to do wskazania na konkretny produkt lub wykonawcę.

14. Wyrok SO w Katowicach z dnia 10 października 2007 r. sygn. akt XIX Ga 472/07

Skarżący zarzucił, że zamawiający zaniechał dokonania opisu kryteriów oceny ofert nie podając źródła odniesienia np. świadectwa homologacji. Na podstawie treści SIWZ można było ustalić, że jako kryteria oceny ofert wskazano cenę (70%), rozstaw osi (20%) i moc silnika (10%). Odpowiednie wzory matematyczne pozwalają na zbudowanie punktowego rankingu ofert, którego precyzyjność nie budzi żadnych wątpliwości. Załącznik nr 1 do SIWZ zawiera formularz ofertowy, w którym wykonawca musiał zamieścić dane stanowiące kryteria oceny ofert. Prawdziwość danych dotyczących rozstawu osi i mocy silnika może być zweryfikowana przez zamawiającego w razie zaistnienia wątpliwości co do prawdziwości tych danych na podstawie wszelkich dostępnych metod, w tym poprzez dokonanie odpowiednich pomiarów lub porównanie z danymi zawartymi w świadectwach homologacji. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku zakładania z góry, że wykonawcy podadzą dane niezgodne z rzeczywistością. Większość nabywców samochodów decydując się na zakup określonej marki polega na informacjach podawanych w katalogach i folderach reklamowych. W tym zakresie również od nabywców podlegających ustawie o zamówieniach publicznych nie należy oczekiwać wdrażania jakichś szczególnych procedur mających na celu weryfikację informacji podawanych w ogólnodostępnych katalogach. Skoro zamawiający zażądał świadectw homologacji, jest małe prawdopodobieństwo przyjęcia za miarodajne danych nieprawdziwych lub sprzecznych z treścią świadectw homologacji. Zdaniem skarżącego zamawiający bezpodstawnie wymaga, by w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum wskazano, jaki zakres zamówienia będzie realizował każdy z uczestników konsorcjum. W ocenie Sądu brak jest argumentów na poparcie tezy, że ustawa zakazuje zamawiającemu żądania takich informacji. Ustawa prawo zamówień publicznych nie jest skonstruowana w ten sposób, że zamawiającemu wolno tylko to, na co mu zezwala ta ustawa. Należy pamiętać o tym, że kupujący co do zasady decyduje samodzielnie o wyborze sprzedawcy. Ograniczenia w swobodzie wyboru kontrahenta mają charakter wyjątkowy i muszą wynikać z ustawy. Ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera tak daleko idących ograniczeń, by zabraniała zamawiającemu uzyskania informacji, który z wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie z innym wykonawcą zrealizuje przedmiot zamówienia i w jakiej części.

15. Wyrok SO w Łomży z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I Ca 88/07

Kryterium obligatoryjnym [oceny ofert] jest cena. Natomiast pozostałe kryteria są wymienione przykładowo i nie jest to katalog zamknięty. (...) W związku z tym zamawiający miał prawo określić dodatkowe kryterium oceny ofert w formie „warunki spłaty - kryterium oprocentowania”. Kryterium to niewątpliwie, jak zauważył słusznie ZA, wiąże się z ceną, którą zapłaci zamawiający. Kryterium to



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

odnosi się do przedmiotu zamówienia albowiem jak wynika z treści art. 86 ust. 4 Pzp, po otwarciu ofert podaje się nazwę (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Zatem warunki płatności do których odnosi się określone kryterium, mają duże znaczenie jako wyznacznik atrakcyjności oferty, szczególnie wtedy, gdy zamawiający mają problem z płynnością finansową.

16. Postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 26 listopada 2004 r., sygn. akt VI Ga 107/04

Zapłata wierzytelnościami [w formie kompensaty lub cesji zadłużenia wobec zamawiającego], bez wątplenia korzystna dla zamawiającego nie może być traktowana jako kryterium [oceny ofert] dotyczące przedmiotu zamówienia - nie daje podstawy do tak rozszerzającej wykładni tego pojęcia jaką zaprezentował w skardze zamawiający. Ta interpretacja pozwalałaby właściwie na zastosowanie nieograniczonego spectrum kryteriów (poza odnoszącymi się do właściwości wykonawcy), co naruszyłoby uprawnienie uczestników do równego traktowania i oceny składanych przez nich ofert.

VII.3. ORZECZNICTWO KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

1. Wyrok KIO z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2364/20

W niniejszej sprawie należy zauważyć, że zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, które są opisowe i bardzo rozbudowane, gdyż dzielą się na podkryteria, w ramach których są oceniane jeszcze dalsze podkryteria, wszystkie one mają charakter ocenny (czyli nie da się ich prosto przeliczyć wg „twardych” danych) i w każdym z nich zamawiający przewidział pewien przedział punktowy, czyli możliwość uzyskania np. od 0 do 3 pkt.

Po pierwsze należy zauważyć, że taki opis kryteriów nie uprawnia zamawiającego, wbrew argumentacji przystępującego, do „subiektywnej i swobodnej” oceny. Żadna czynność zamawiającego, w świetle zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nie może być wykonywana subiektywnie i swobodnie, w tym także czynność oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Kryteria przyjęte przez zamawiającego jako mające charakter ocenny w praktyce nie mogą być oczywiście stosowane całkowicie zero-jedynkowo, niemniej jednak ze względu na ww. obowiązujące zasady i treść art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, ewentualny element subiektywnej oceny musi zostać ograniczony do minimum. Dodatkowo z całą pewnością należy stwierdzić, że charakter tych kryteriów nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania uzasadnienia faktycznego wyboru oferty w taki sposób, żeby wykonawcy wiedzieli, dlaczego dana oferta uzyskała określoną liczbę punktów. Przy czym podkreślić należy, że ww. obowiązek zamawiającego ma miejsce niezależnie od rodzaju kryteriów oceny ofert, ale jego realizacja nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy przyjęte kryteria mają charakter ocenny, ponieważ to w takiej sytuacji najtrudniej jest wykonawcom zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i zwłaszcza w takiej sytuacji niezbędne jest rzetelne i kompletne poinformowanie ich o podstawach dokonanej oceny.²¹

²¹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



2. Wyrok KIO z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2142/20, KIO 2143/20

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że wykonawca X posiada infrastrukturę w większości lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia. Co za tym idzie, wykonawca ten pozyskując przedmiotowe zamówienie nie będzie zobowiązany do wybudowania łączy umożliwiających świadczenie usługi i dokonania szeregu związanych z tym czynności przygotowawczych. Powyższe wprost przekłada się zarówno na cenę usługi, jak też na czas realizacji. Pozostali wykonawcy ubiegając się o przedmiotowe zamówienie muszą mieć na względzie koszty budowy infrastruktury, czas niezbędny na wykonanie tego elementu zadania, a także ryzyka związane z opóźnieniem w budowie niezbędnej infrastruktury. Nawet gdyby przyjąć, że realizacja zamówienia przez tych wykonawców może być oparta na dzierżawie łączy od dotychczasowego wykonawcy, Izba dostrzega związane z tym niepewność i nierówność w sytuacji poszczególnych wykonawców – wszyscy za wyjątkiem dotychczasowego wykonawcy są zależni od zgody tego wykonawcy na dzierżawę łączy (która nie jest oczywista zważywszy na ubieganie się przez wykonawców o to samo zamówienie) oraz od wyceny kosztów tej dzierżawy przez dotychczasowego wykonawcę.

Powyższe okoliczności, w zestawieniu z ustanowionym przez Zamawiającego kryterium „Czas uruchomienia usługi” z wagą 40% potwierdzają swoisty monopol dotychczasowego wykonawcy na realizację świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że ustanowienie przedmiotowego kryterium o tak dużym znaczeniu stanowi, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, naruszenie podstawowych zasad ustawy Pzp, tj. zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Rozpoznając spór Izba miała na względzie także argumentację Zamawiającego, że jak najwcześniejsze wykonanie przedmiotowego zamówienia stanowi priorytet z uwagi na ustawowy termin wyłączenia dotychczasowego systemu (1.07.2021 r.), konieczność przeprowadzenia migracji danych oraz ryzyko awarii sprzętowej infrastruktury dotychczasowego systemu. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba nakazała Zamawiającemu zmniejszenie wagi spornego kryterium do poziomu 10%, zgodnie z żądaniem Odwołującego (...). Izba uznała, że całkowite pozbawienie Zamawiającego możliwości punktowania ofert w tym aspekcie byłoby wbrew interesom Zamawiającego i stanowiłoby zagrożenie dla wykonania przedmiotu zamówienia przed upływem terminu wyłączenia dotychczasowego systemu.²²

3. Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1323/20

(...) Izba uznała, że przyznanie w ramach kryterium „Metodyka prac” oraz „Koncepcja badania potrzeb użytkowników i instytucji” ofercie Odwołującego mniejszej ilości punktów było działaniem prawidłowym. Mówiąc wprost jeżeli przy kryterium jakościowym w ramach którego badane są kwestie ilościowe (liczba elementów opisu funkcjonalności) jeden z wykonawców zawarł ilościowo więcej scenariuszy i elementów winien on otrzymać wyższą ocenę, zaś jego oferta staje się mimowolnie

²² Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

punktem odniesienia dla pozostałych ofert, które zawierają w ramach proponowanego rozwiązania mniejszą liczbę pożądaných elementów.²³

4. Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1486/20

Kryteria oceny ofert służą do oceny wykonawców. Ocena ta może być oceną jedynie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia czyli przy zastosowaniu kryterium cenowego albo przez pryzmat efektywności czyli stosunku jakości do ceny. W przedmiotowej sprawie zamawiający zdecydował się skorzystać z oceny efektywności złożonych ofert formułując kryteria odnoszące się nie tylko do ceny, ale także do jakości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie podkreślał, że ustanowione kryterium jakościowe daje mu szansę na pozyskanie zamówienia zapewniającego 100 % kompatybilność i bezawaryjność systemu. W ocenie Izby kryterium sformułowane przez zamawiającego nie przekreśla szans wykonawców oferujących komponenty systemu pochodzące od różnych producentów, mogą oni złożyć ważną ofertę, ale będą oni musieli konkurować ceną, tak aby wyrównać zamawiającemu ryzyko ewentualnego awaryjnego działania systemu, czy gorszej wydajności systemu złożonego z komponentów różnych producentów. W ocenie Izby argumenty podane przez zamawiającego świadczą o jego obiektywnych potrzebach. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że tylko wykonawca dotychczas świadczący usługi dla zamawiającego jest uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium jakościowym. Nie uprawdopodobnił także, iż pozostali potencjalni wykonawcy, znani odwołującemu z rynku mogą oprzeć swoje rozwiązania wyłącznie o komponenty pochodzące od różnych producentów, a nie są w stanie uzyskać takiej przewagi punktowej w pozostałych kryteriach oceny ofert, aby móc realnie konkurować z wykonawcą składającym ofertę na komponentach tego samego producenta.²⁴

5. Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1636/20

Prawdą jest, że zamawiający nie nakazał podania w formularzu ofertowym numeru rejestracyjnego autobusu lub numeru VIN. Niemniej jednak zamawiający jasno wskazał, że brak złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań normy EURO4 spowoduje nie przyznanie punktów kryterium spełniania wymagań normy EURO4. Skoro zamawiający nie ustalił przy tym katalogu dokumentów, z których ma wynikać potwierdzenie tego wymagania, wykonawcy mogli to uczynić za pomocą dowolnie wybranego przez siebie oświadczenia lub dokumentu. Mógł również uczynić to tak, jak zrobił to odwołujący, który wskazał markę oraz typ autobusu, rok produkcji oraz właściwą normę EURO. Ponieważ obowiązujące przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach wiążą daną normę EURO z rokiem produkcji pojazdu mechanicznego, dane te były wystarczające do oceny oferty w kryterium spełniania wymagań normy EURO4. Tymczasem przystępujący w dwóch z pięciu wskazanych w formularzu ofertowym pojazdów wskazał markę i typ autobusu oraz normę EURO, w trzech pozostałych jedynie markę i normę EURO. Brak wskazania roku produkcji oraz niezłożenie przez

²³ j.w.

²⁴ j.w.

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przystępującego jakichkolwiek innych dokumentów dotyczących autobusów przewidzianych do wykonania umowy uniemożliwiało w każdym przypadku potwierdzenie przez zamawiającego spełnienia przez autobusy wymagań normy EURO4. Przystępujący zatem w tym kryterium oceny ofert nie powinien otrzymać punktów. Przyznanie mu przez zamawiającego maksymalnej liczby 20 pkt stanowiło naruszenie nie tylko art. 91 ust. 1 Pzp, ale również zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający przez swoje działania faworyzował przystępującego kosztem odwołującego, pomimo tego, że wskazał on w swej ofercie informacje umożliwiające przyznanie mu punktów za spełnianie wymagań normy EURO4. Enigmatyczne informacje przedstawione przez przystępującego nie pozwalają na przyznanie mu punktów w tym kryterium.²⁵

6. Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1539/20

W przedmiotowej sprawie nie może być mowy o zaistnieniu omyłki w treści oferty Przystępującego, ponieważ nie istniała treść SIWZ, z którą ta oferta mogła być niezgodna. Zamawiający opisał swoje wymagania, a wykonawca miał podać, czy oferowany przez niego przedmiot te wymogi spełnia. Wyłącznie zatem od Wykonawcy zależało w jaki sposób ukształtuje treść swojej oferty. Zamawiający oczekiwał osiągnięcia pewnego efektu i to wykonawca miał określić, czy jego urządzenie ten efekt osiąga.

Nie są prawidłowe twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że zaistniała jakakolwiek niezgodność między treścią SIWZ a treścią oferty Przystępującego, ponieważ specyfikacja nie zawierała wymogów minimalnych, ale wskazywała na pewne oczekiwania Zamawiającego, których spełnienia oczekuje od przedmiotu zamówienia. To wykonawca wypełniał treścią ofertę i ostatecznie nadawał danemu parametrowi kształt, a nie zapisy SIWZ. Jak słusznie zauważył Odwołujący żadne informacje zawarte w ofercie tak złożonemu oświadczeniu nie przeczą. Trudno zatem wnioskować na jakiej podstawie Zamawiający doszedł do przekonania, że złożona przez danego wykonawcę deklaracja w ofercie nosi znamiona omyłki i może zostać poprawiona. Z pewnością nie mogła do tego doprowadzić argumentacja Wykonawcy o błędnym rozumieniu kryterium, a bowiem wynikała z wyjaśnień uzyskanych po terminie składania ofert. Natomiast w treści samej oferty nie było podstaw do ustalenia odmiennej treści deklaracji Wykonawcy, niż wynikająca z brzmienia oświadczenia z pkt 53 formularza ofertowego.

Swoimi działaniami Zamawiający doprowadził do istotnej zmiany treści oferty w jej warstwie merytorycznej, co zdaniem Izby w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Co więcej, nawet gdyby zaistniała sytuację zakwalifikować jako omyłkę, to nie można uznać, że miała ona charakter nieistotny, skoro Zamawiający by poprawić formularz musiał uzyskać wyjaśnienia od wykonawcy, a dokonana zmiana w sposób istotny wpływała na treść oświadczenia woli podmiotu składającego ofertę bowiem odnosiła się do zupełnie innego rozwiązania dla wykonania badania. Jeżeli dopiero po poprawieniu treści formularza dany wykonawca otrzymywał punkty, to niewątpliwie zmiana treści oferty miała charakter istotny i wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówieni publicznego.

²⁵ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C. S. E. S. a., art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Trybunał wskazał, że dopuszczalnymi warunkami wyjaśnień lub korekty są: wezwanie o wyjaśnienie należy skierować do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia ale nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty.

W ocenie Izby poprawa, jakiej dokonał Zamawiający była istotna, Zamawiający nie mógł jej przeprowadzić bez niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Ponadto zmiana taka prowadziła de facto do wytworzenia w tym elemencie całkowicie nowej oferty, co nastąpiło już po otwarciu ofert i dokonane zostało bez jakiegokolwiek oparcia w danych zawartych w ofercie pierwotnej.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz ponowienie procesu badania i oferty ofert, w tym ponowne przeliczenie punktów poszczególnych ofert w ramach ustalonych kryteriów „Parametry techniczne”, z uwzględnieniem okoliczności, że w pozycji 53 formularza Przystępujący nie powinien otrzymać punktów w ramach ustalonego kryterium.²⁶

7. Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1328/20

(...) istotą każdego kryterium oceny ofert jest umożliwienie zamawiającemu wartościowania ofert pod kątem stopnia spełniania jego oczekiwań opisanych w SIWZ. Innymi słowy, oferty otrzymują liczbę punktów w kryteriach oceny ofert w zależności od tego jak bardzo wpisują się w preferencje zamawiającego. Najłatwiej jest wyjaśnić ten mechanizm na przykładzie kryterium cenowego, w którym ocena sprowadza się do przyznania największej liczby punktów ofercie z najniższą ceną. Nie inaczej jest jednak w kryteriach pozacenowych, które dotyczą innych niż cena preferencji zamawiającego. Im bardziej oferta wpisuje się w takie preferencje, tym wyższą ocenę uzyskuje. Co przy tym istotne, oceniane są wyłącznie takie oferty, które zachowują swą zgodność z SIWZ.²⁷

8. Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1420/20

(...) Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cena brutto – waga 95% to jest 95 pkt, deklarowany minimalny poziom wykonania usługi (wskaźnik skuteczności odczytów) – waga 5% to jest 5 pkt. Wskaźnik odczytów w wysokości nie mniej niż 95%, nie więcej niż 100% przy czym: nie mniej niż 95% - 0 pkt, nie mniej niż 96% - 3 pkt, nie mniej niż 97% - 5pkt.

(...) W ocenie Izby, przebieg aukcji elektronicznej w tym postępowaniu był zgodny z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i zaproszeniu do udziału w aukcji. Skoro Zamawiający ustalił, że jedynym licytowanym parametrem jest cena oferty to w sposób prawidłowy nie uwzględnił w

²⁶ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

²⁷ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

podawanej na bieżąco w toku aukcji informacji punktacji i rankingu ofert za drugie kryterium, które nie podlegało licytacji. Z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy wynika, że informacja o przyznanej wykonawcom punktacji w kryterium deklarowanego minimalnego poziomu wykonania usługi była znana Odwołującemu od dnia publicznego otwarcia ofert, podczas którego Zamawiający poinformował o wszystkich istotnych elementach ofert, w tym o deklarowanym przez wykonawców minimalnym poziomie wykonania usługi. Zdaniem Izby, wykonawca, dokładając należytej staranności winien w toku aukcji elektronicznej, dokonując kolejnych postępień w zakresie ceny oferty, uwzględnić złożone przez wykonawców deklaracje co do minimalnego poziomu usługi, które było drugim kryterium oceny ofert.²⁸

9. Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1270/20

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest transport osób, w tym pacjentów wymagających zapewnienia szczególnej opieki (m. in. osoby chore, osoby niezdolne do samodzielnego poruszania się) wskazać należy, że istotnym elementem określającym jakość świadczonej usługi powinny być wymogi dotyczące zapewnienia tym osobom możliwie dobrych warunków przewozu. Wobec braku takich wymogów w SIWZ i OPZ, a także wobec nieokreślenia przez Zamawiającego wymagań dotyczących norm emisji spalin spełnianych przez pojazdy służące do realizacji przedmiotu zamówienia Izba uznała, że nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przytoczonym wyżej art. 91 ust. 2a Pzp. Z tego względu Izba uznała, że zarzut nr 1 potwierdził się. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu, zgodnie z sentencją, zmianę punktu II.2.5 w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednią zmianę treści SIWZ i załączników do SIWZ, polegającą na wprowadzeniu dla Zadania 1 i Zadania 2 co najmniej jednego, pozacenowego kryterium oceny ofert i nadanie mu wagi co najmniej 40%. Izba nie będąc związana żądaniem odwołania uznała, że nie jest jej rolą wyręczanie Zamawiającego, czy też decydowanie za Zamawiającego o konkretnych kryteriach jakimi powinien on się kierować w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Kompetencja ta, zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 Pzp przyznana została przez ustawodawcę zamawiającemu (Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z tego względu mimo, że zarzut nr 1 okazał się zasadny Izba nie orzekła w sposób zgodny z żądaniem związanym z zarzutem nr 1 odwołania.²⁹

10. Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1195/20, KIO 1202/20, KIO 1204/20

²⁸ j.w.

²⁹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Izba wskazuje, iż nietrafione było również stanowisko Odwołującego 1, który zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący 1 upatrywał naruszenia ww. przepisu w tym, że Zamawiający błędnie przyjął, że wykonawca nie wykazał, iż osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń podlegające ocenie w ramach w kryterium pn. „Doświadczenie kierownika budowy”, podczas gdy zakres uprawnień tego kierownika odwołuje się do inwestycji realizowanych dla tego samego Zamawiającego i stanowi warunek możliwy do samodzielnej weryfikacji przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590). Z treści przywołanego wyżej przepisu wprost wynika, że znajduje on zastosowanie jedynie dla celów weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy (oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia), a nie do oceny ofert wykonawców, w tym w ramach kryteriów pozacenowych.³⁰

11. Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1201/20

Korzystając z kompetencji przyznanej przez prawodawcę unijnego, polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie ograniczenia możliwości zastosowania jedynego kryterium ceny, ale jedynie w stosunku do niektórych kategorii podmiotów zamawiających. Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, *Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.*

Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że polski ustawodawca zdecydował się wprowadzić ograniczenia co do możliwości określenia ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Jednakże, w świetle wyraźnego brzmienia ww. przepisu, omawiane ograniczenie nie jest bezwzględne. Przede wszystkim ograniczenie to dotyczy jedynie zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp. (...) Nie było także sporne między stronami, że postępowanie prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem o udzielenie zamówienia sektorowego. Powyższe wynikało jednoznacznie ze strony tytułowej SIWZ, gdzie zamawiający zawarł taką informację.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający, inni niż wymienieni w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, mogą stosować cenę jako jedyne kryterium ceny ofert, która - w przypadku tej kategorii zamawiających - jest zawsze kryterium legalnym. Powyższe stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

³⁰ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/badanie-i-ocena-ofert>. W przywoływanej opinii wskazano, że *Przepis art. 91 ust. 2a ograniczający możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub kryterium ceny o wadze większej niż 60 % odnosi się wyłącznie do zamawiających z sektora finansów publicznych oraz zamawiających należących do kategorii państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Oznacza to, iż na zamawiających innych niż wyżej określeni nie został nałożony obowiązek wynikający z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe jednak wskazuje, że podmioty takie mogą stosować regułę wynikającą z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało dojść do wniosku, że zamawiający w analizowanej sprawie nie miał obowiązku zamieszczenia w SIWZ jakiegokolwiek innego kryterium oceny ofert niż cena. W tej sprawie zamawiający pomimo to zdecydował się na wprowadzenie kryterium oceny ofert odnoszącego się do jakości o wartości 10 %.

W ramach tego kryterium zamawiający zamierzał badać jakość próbki odzieży z punktu widzenia użytkowego oraz wizerunkowego. Co istotne, odwołujący nie kwestionował zasadności ww. kryterium oceny ofert. Istotna zarzutu sprowadzała się do konieczności wprowadzenia do SIWZ kolejnego, dodatkowego kryterium pozacenowego odnoszącego się do jakości próbki tkaniny, z której będzie wykonana próbka odzieży.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.*

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący powinien wykazać, że ustalone przez zamawiającego kryteria są nielegalne, a zamawiający miał prawny obowiązek wprowadzenia do SIWZ kryterium o treści proponowanej w odwołaniu. Tymczasem odwołujący nie zakwestionował kryteriów opisanych przez zamawiającego w SIWZ. Nie udowodnił także, aby zamawiający miał prawny obowiązek wprowadzenia kryterium oceny ofert o treści proponowanej w odwołaniu. Wobec stwierdzenia, że zamawiający, jako zamawiający sektorowy, który nie miał prawnego obowiązku wprowadzania jakiegokolwiek kryterium pozacenowego, w tym również odnoszącego się do jakości próbki tkaniny, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.³¹

12. Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 937/20

Izba mając takie ustalenia na uwadze, w pierwszej kolejności stwierdza, że nie można zgodzić się z Odwołującym, że to kryterium („Poziom dostępności usług (SLA)”) jest kryterium oceny ofert niezwiązanym z przedmiotem zamówienia, co jest wymagane przepisem art. 91 ust.2c Pzp. Tak jak wskazywał Zamawiający, kwestionowane w odwołaniu kryterium oceny ofert „odnosi się wprost do istoty Umowy, której zawarcie jest przedmiotem postępowania. Umowa na rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych (...) obejmuje szereg świadczeń o niejednorodnym charakterze. Umowa obejmuje m.in. Modyfikacje Systemu, które

³¹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zakwalifikować można jako dzieło, Usługi dodatkowe, które w zależności od danego zlecenia mogą stanowić dzieło lub usługi konsultingu, a także usługi szkoleniowe oraz Usługi utrzymania". Niewątpliwie Umowa w zakresie Usług utrzymania (która zostanie zawarta w wyniku tego przetargu) – jak wskazywał zamawiający – „nie jest standardową umową o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. W zakresie tych świadczeń można uznać ją za umowę o świadczenie usług o charakterze zbliżonym do tak zwanych umów rezultatu, których przedmiotem jest indywidualnie oznaczony wytwór (rezultat). Na gruncie Umowy, w odniesieniu do Metryk Usług Wykonawcy rezultatem tym jest uzyskanie przez Wykonawcę określonego w tych metrykach SLA (Service Level Agreement), to jest osiągnięcie założonych parametrów: dostępności, ciągłości, czasu rozwiązania incydentu itp. Gwarancja SLA z założenia ma ułatwiać użytkownikowi dochodzenie uprawnień, a odpowiedzialność wykonawcy nie jest oparta o dochowanie należytej staranności i bardzo często ma wręcz charakter gwarancyjny. Poprzez zdefiniowanie poziomów usługi określa się pewien rezultat i wykazanie braku tego rezultatu jest wystarczające do udowodnienia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a więc jednej z przesłanek odpowiedzialności określonych w art. 471 k.c. W przeciwnym razie, konieczne byłoby udowodnienie nienależytej staranności wykonawcy oraz pozostałych przesłanek odpowiedzialności wykonawcy, co w praktyce jest niemal niemożliwe. Kwalifikacja prawna Usług utrzymania objętych Umową przesądza w sposób jednoznaczny ścisły związek ustalonego przez Zamawiającego kryterium dotyczącego SLA z przedmiotem zamówienia”.

Także zdaniem Izby nie jest słuszny zarzut „pozorności” spornego kryterium oceny ofert. Obok ogólnych stwierdzeń, co do funkcji kryterium Poziomu dostępności usług (jak podał: SLA jest klasycznym kryterium kontraktowym, który odnosi się do sposobu realizacji zamówienia na usługę) Zamawiający wykazał, że jest możliwa weryfikacja zadeklarowanego w ofercie parametru, albowiem brak jego dotrzymania (SLA dla Usług aplikacyjnych) skutkować będzie – jak wskazywał – „obniżeniami wynagrodzenia, których wartość została ustalona w sposób progresywny (vide załącznik 13 „Matryca obniżenia wynagrodzenia” dodany na mocy Modyfikacji 21 z dnia 29 maja 2020 r.). Zgodnie z art. 14 ust. 5 wzoru Umowy „Zamawiający za każdą rozpoczętą 0,1 punktu procentowego niedotrzymania pojedynczego Parametru Usług utrzymania dla każdej z Usług aplikacyjnych, o których mowa w Załączniku 10, w rozliczeniu miesięcznym naliczy obniżenie wynagrodzenia w wysokości określonej w Matrycy obniżenia wynagrodzenia, stanowiącej Załącznik 13. Obniżenia wynagrodzenia naliczone zgodnie z Matrycą obniżenia wynagrodzenia za pierwsze trzy miesiące kalendarzowe świadczenia Usług utrzymania podlegają obniżeniu o 50%”. Tytułem przykładu podał, że: (...) jeżeli wykonawca w ofercie zadeklaruje dostępność do usługi e-ZLA na poziomie 99% (symbol parametru AVE.1), a następnie nie dotrzyma oferowanego parametru i parametr ten osiągnie 98 %, wynagrodzenie miesięczne z tytułu Usług utrzymania ulegnie obniżeniu o kwotę 116 000 zł (iloczyn kwoty 11.600,00 zł, określonej w „Matrycy obniżenia wynagrodzenia” dla parametru AVE. 1 i oferowanej wartości parametru z przedziału 98,7% do 99,0%, oraz liczby dziesiętnych części punktu procentowego niedotrzymania parametru (11.600,00 zł x 10)”. Niewątpliwie niedotrzymanie parametru dostępności dla jednej tylko metryki skutkuje dotkliwymi sankcjami finansowymi. Niewątpliwie również, utrzymanie odpowiedniego SLA wiąże się z zatrudnieniem odpowiedniego zespołu osób, czyli kosztem, co można odnieść do większości kryteriów jakościowych, w tym również do kryterium „test

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

kompetencji technicznych", którego wprowadzenia żąda Odwołujący. Zatem podwyższenie jakości w tym usług, jak w tym przypadku wiąże się z podwyższeniem kosztów wykonania zamówienia, co nie oznacza, że kryteria jakościowe są *de facto* ukrytym kryterium cenowym. Tym samym nie jest słuszny zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust.2d ustawy Pzp w zw. z jej art. 7 ust. 1, albowiem sporne kryterium – jak wymaga przepis - jest jednoznaczne i zrozumiałe, a jego sprawdzenie definitywne (podobnie jak i innych podobnych kryteriów) niewątpliwie nastąpi na etapie realizacji umowy. Izba podkreśla, że Zamawiający szczegółowo wskazał na mechanizm weryfikacji parametru i możliwych sankcji.³²

13. Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1115/20

Z uwagi na „podwójne” znaczenie załącznika nr 9 w niniejszym postępowaniu, należy także odnieść się do faktu, że wiek pojazdów był oceniany w kryterium oceny ofert. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może być stosowany do uzupełnienia/ poprawienia/ wyjaśnienia/ złożenia informacji, które są oceniane w kryteriach oceny ofert, co wynika zarówno z treści tego przepisu w powiązaniu z art. 25 ust. 1 i art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jak też dodatkowo z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego podstawowe zasady udzielania zamówień. Zasady te zostałyby bowiem naruszone, gdyby wykonawca mógł w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zmienić te elementy swojej oferty, które są punktowane w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego też w niniejszym postępowaniu przystępujący mógł poprawić załącznik nr 9 w celu wykazania, że oferowana usługa spełnia wymagania określone w siwz, ale poprawienie to nie mogło zostać uwzględnione przez zamawiającego przy dokonywaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Innymi słowy: za pojazd, którego wiek pierwotnie nie spełniał wymogu określonego w siwz, przystępujący nie powinien być otrzymać punktów w kryterium oceny ofert nawet po „poprawieniu” wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający zobowiązany był przyznać przystępującemu mniej punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym wieku pojazdów, niż faktycznie przyznał. Jednakże, jak wykazał zamawiający na rozprawie, nie spowodowałoby to wyboru innej oferty niż oferty przystępującego, zatem błędne przyznanie punktów przez zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.³³

14. Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1129/20, KIO 1145/20, KIO 1149/20

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, manipulowanie danym zawartymi w ofercie, aby otrzymać najwyższą punktację w danym kryterium czego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego narusza dobre obyczaje kupieckie. Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie bowiem działanie Konsorcjum E. powoduje ograniczenie i zakłócenie rynkowych reguły uczciwego konkurencyjności.

Nie było sporne między stronami, że Konsorcjum E. złożyło ofertę w której w kryterium „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” otrzymało maksymalną ilość punktów, tj. 40 pkt. Zaś pozostali wykonawcy konkurujący w tym kryterium otrzymywali punkty w przedziale od 0,2 do 2,58 pkt.

³² Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

³³ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W zakresie omawianego zarzutu Izba za aktualną uznaje argumentację zawartą przy omawianiu zarzutu opisanego w pkt I. W związku jej powtarzanie uważa za niecelowe. Jedynie w celu przypomnienia Izba wskazuje, że przy rozpoznawaniu tego zarzutu przesadziła, że Konsorcjum E. w zakresie kryterium „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” przekazał Zamawiającemu informacje prowadzące w błąd co miało wpływ na działania Zamawiającego polegające na przyznawaniu punktów wykonawcy w tym kryterium.

Analiza zgłoszonego zarzutu wykazała, że Konsorcjum E. zawyżyło liczbę konsultantów w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym oraz doprowadzenia do sytuacji, w której *de facto* tylko ten wykonawca uzyskał taką liczbę punktów w kryterium pozacenowym, która ma jakikolwiek wpływ na ranking ofert. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że doszło do znacznego zniekształcenia wyników postępowania.³⁴

15. Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 880/20

Przed wszystkim wskazać należy, że wskaźnika temperaturowego wyrażonego w $-...%/^{\circ}\text{C}$ nie należy utożsamiać z liczbami matematycznymi. Wartości wyrażone wskaźnikiem określonym przez Zamawiającego w SIWZ oznaczają obniżoną moc modułu, co ma przełożenie na przyznawaną ilość punktów. Za wartość oznaczającą mniejszą sprawność, wyrażoną wskaźnikiem: $-0,36%/^{\circ}\text{C}$ lub $-0,37%/^{\circ}\text{C}$ lub $-0,38%/^{\circ}\text{C}$ itd. Zamawiający przyzna 0 pkt, natomiast za wartość oznaczoną wskaźnikiem: $-0,35%/^{\circ}\text{C}$ lub $-0,34%/^{\circ}\text{C}$ lub $-0,33%/^{\circ}\text{C}$ itd. Zamawiający przyzna 10 pkt, ponieważ urządzenia o takich wskaźnikach temperaturowych mają wyższą sprawność. Ma to jednocześnie bezpośrednie przełożenie na cenę modułów, bowiem te, o wyższej sprawności są droższe od tych o niższej sprawności. Zależność taką potwierdza dowód złożony przez Odwołującego, wskazujący, że system fotowoltaiczny o mniejszej sprawności jest tańszy od systemu o wyższej sprawności. Dowód ten, w ocenie Izby stanowi również potwierdzenie co do prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego zasad przyznawania punktów w kryterium Pmax.

Wskazać należy że zarzut, iż Zamawiający przyznał nieprawidłowo punkty w ramach ww. kryterium jest nieuzasadniony.

Każdy z wykonawców zaoferował urządzenia o współczynniku Pmax należącym do przedziału wartości równej $-0,35/^{\circ}\text{C}$, lub mniejszy, dlatego zgodnie z SIWZ każdy otrzymał w ramach tego kryterium 10 pkt.³⁵

16. Wyrok KIO z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 459/20

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Odwołujący w odwołaniu ogranicza się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu, nie przedstawiając argumentacji wskazującej, co jego zdaniem wskazuje na to, iż wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem tego przepisu. Z treści odwołania

³⁴ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl.

³⁵ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

można jedynie wywieść, że zarzut ten jest konsekwencją trzech pierwszych zarzutów. Odwołujący zmierza bowiem do wykazania, że winien być wezwany do złożenia dokumentu CV dla wskazanych w ofercie do realizacji zamówienia osób, w wyniku czego miałby uzyskać maksymalną ilość (40) punktów w kryterium 2 - Doświadczenie..., co plasowałoby jego ofertę na pierwszej pozycji w rankingu ofert. W rezultacie tego wezwania jego oferta miałaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Jednak, jak wykazano powyżej takie oczekiwanie jest nieuprawnione. Zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Oczekiwane przez Odwołującego uzupełnienie oferty o informacje służące ocenie w kryterium oceny ofert pozostawałoby w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.³⁶

17. Wyrok KIO z dnia 25 maja 2020 r., sygn. akt KIO 457/20

Zdaniem Izby z przywołanych postanowień SIWZ (opisu kryterium oceny ofert i wzoru formularza) wynikał jednoznaczny cel, jaki przyświecał zamawiającemu. Zamawiający opisał wykonawcom w kryterium trzy możliwe opcje parametrów utrzymaniowych SLA. Następnie zaś oczekiwał aby zaoferowali oni jednoznacznie jedną z trzech dopuszczalnych możliwości. Temu służyła zamieszczona przez zamawiającego we wzorze formularza ofertowego uwaga o treści: „*tak*” należy wpisać tylko w jednym wierszu. W przypadku wpisania „*tak*” w kilku lub wszystkich wierszach lub wpisania „*nie*” w kilku lub we wszystkich wierszach oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt w tym kryterium oceny ofert. Innymi słowy zamawiający chciał zapobiec sytuacji, w której wykonawcy zaznaczyliby kilka wykluczających się możliwości lub nie zaznaczyli żadnej.

Nie ulegało też wątpliwości, którą z trzech możliwości przystępujący zaoferował zamawiającemu. Wykonawca złożył oświadczenie „*tak*” przy opcji premii 20 pkt, oraz oświadczenia „*nie*” przy opcjach premii 0 i 10 punktami. Wpisanie słowa „*tak*” przy jednej z trzech opcji i słów „*nie*” przy dwóch pozostałych niewątpliwie świadczyło o zaoferowaniu wariantu, za który zamawiający zamierzał przyznać 20 pkt. Trudno bowiem przypuszczać, że przystępujący zaoferował opcję 2 lub 3, skoro postawił przy nich słowo „*NIE*”. Na uwagę zasługiwał fakt, że nawet odwołujący w odwołaniu nie utrzymywał, że przystępujący zaoferował zamawiającemu opcję 2 lub 3. Owszem, sposób wypełnienia formularza przez przystępującego oznaczał, że wpisał on słowo „*nie*” w kilku wierszach, ale w analizowanej sytuacji istotne jest, że jednocześnie zaznaczył tylko jedną opcję „*tak*”, powodując, że treść oferty jest jasna. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo przyznał ofercie przystępującego 20 pkt stosownie do kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, rozumianych zgodnie z prawidłowo zastosowanymi w tej sytuacji regułami wykładni prawniczej. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł zatem potwierdzenia.³⁷

18. Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 299/20

³⁶ j.w.

³⁷ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zgodnie z 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei w artykule 91 ust. 2 ustawy Pzp wymieniono dostępny dla zamawiającego katalog kryteriów oceny ofert. Wśród nich, wymieniono w pkt 5 - organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W ocenie składu orzekającego przepisy krajowe nie wykluczają możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Ustawa pzp nie wskazuje bowiem, że osoby wyznaczone do realizacji zamówienia mają stanowić wyłącznie zasób własny wykonawcy.³⁸

19. Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 211/20

Zgodnie z ust. 2d, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jak wynika zatem z treści ww. przepisów ustawy Pzp, termin dostawy może stanowić kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest to kryterium ściśle związane z przedmiotem zamówienia. Zauważyć należy, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają zamawiającego co do określenia sposobu oceny ofert w ramach danego kryterium. Co do zasady kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej biorąc pod uwagę cel danego postępowania.³⁹

20. Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 203/20

(...) kryterium oceny ofert nie dotyczyło posiadania autoryzacji przez wykonawcę, ale właśnie wprost odnosiło się do kwalifikacji osób, które będą wykonywać zamówienie. Zostało ono opisane w następujący sposób:

- min. 1 osoba posiadająca certyfikat/dyplom/zaświadczenie potwierdzające odbycie szkolenia o którym mowa w rozdz. IX pkt 3 ppkt b SIWZ wystawione przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela – 30 pkt
- min. 1 osoba posiadająca certyfikat/dyplom/zaświadczenie potwierdzające odbycie szkolenia o którym mowa w rozdz. IX pkt 3 ppkt b wystawione przez inny podmiot określony w rozdz. IX pkt 3 ppkt b SIWZ – 0 pkt.

Należy więc stwierdzić, że ww. kryterium dotyczyło aspektów wskazanych w przepisie art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, punktacja została bowiem przewidziana za dysponowanie osobami posiadającymi określone certyfikaty, dyplomy lub zaświadczenia wystawione przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela. W ocenie Izby nie było przeszkód prawnych, aby analogiczne kryterium zastosować w niniejszym postępowaniu. Tymczasem, nawet jeśli intencją Zamawiającego było promowanie ofert wykonawców dysponujących lepiej wykwalifikowanym zespołem, to intencja ta nie została w SIWZ wyrażona, a przyjęto kryterium niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

³⁸ j.w.

³⁹ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Za niezasadnością zarzutu odwołania nie może przemawiać podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego argumentacja, że prawem Zamawiającego jest określenie takich kryteriów, które zapewnią lepszą jakość wykonania zamówienia. Odnosząc się do tych twierdzeń podkreślić należy, że deklarowane kierowanie się jakością realizacji zamówienia nie może usprawiedliwiać ustalania kryteriów oceny ofert w sposób naruszający ustawowy zakaz. Ponadto, Zamawiający ma wszelkie możliwości, aby bez naruszania tego zakazu promować oferty, które gwarantują lepszy sposób wykonania zamówienia. Skoro Zamawiający chciał zapewnić wykonanie zamówienia przez osoby mające aktualną wiedzę czy przeszkolenie przez producenta urządzeń, nic nie stało na przeszkodzie, aby takie kryteria zastosować. Tymczasem Zamawiający zastosował kryterium, które nie przewidywało punktacji za dysponowanie osobami z odpowiednią wiedzą czy kwalifikacjami, ale za cechą wykonawcy, jaką jest posiadanie autoryzacji producenta. Podobnie Zamawiający ma możliwość zapewnienia punktowania realizacji zamówienia przy użyciu części zamiennych pochodzących od producenta i może to zrobić bez stosowania kryterium odnoszącego się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Należy więc stwierdzić, że zastosowanie kryterium dotyczącego autoryzacji nie może być usprawiedliwione dbałością o należyłą jakość zamówienia, Zamawiający ma bowiem dopuszczalne prawnie narzędzia, aby taką należyłą jakość zapewnić w sposób zgodny z ustawą.⁴⁰

21. Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 177/20

(...) kryteria oceny ofert pełnią ważną rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To kryteria oceny ofert stanowią instrument pozwalający zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Istotny jest zatem zarówno właściwy dobór kryteriów w zależności od przedmiotu zamówienia, ale także ich opis dokonany w taki sposób, aby wykonawca składający ofertę posiadał konkretną wiedzę o tym, które elementy i w jaki sposób będą podlegały ocenie. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż pozwala potencjalnemu wykonawcy ocenić szanse na uzyskanie zamówienia. Właściwy dobór kryteriów daje także zamawiającemu możliwość osiągnięcia celu postępowania, tj. wyboru oferty spełniającej jego oczekiwania i realizację zamówienia. (...) Ocena oferty w kryterium oceny ofert w ten sposób, że Zamawiający nie ma wynikającej z treści złożonego przez wykonawców oświadczenia pewności co do zakresu posiadanego doświadczenia, a mimo to przyznaje ofercie maksimum punktów, jest nie tylko niezgodna z treścią Specyfikacji, ale też stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.⁴¹

22. Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 43/20

Podnieść należy, że Odwołujący nie otrzymał uzasadnienia, a jedynie informację o liczbie przyznanych mu punktów. Wszystkie informacje o podstawach czynności zamawiającego, o których mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca winien uzyskać z zawiadomienia wystosowanego przez zamawiającego na podstawie wskazanego przepisu i od dnia uzyskania tych informacji rozpoczyna się bieg terminu do

⁴⁰ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

⁴¹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wniesienia odwołania na wskazane czynności. Wobec faktu, iż Odwołującemu uniemożliwiono zapoznanie się chociażby z przyczyną nieprzyznania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym, Izba nakazała zamawiającemu sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego w sposób niebudzący wątpliwości będą wynikać decyzje w zakresie oceny wskazanego kryterium.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut niewłaściwej oceny oferty Odwołującego oraz Przystępującego w kryterium pozacenowym, a także zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie oferty Odwołującego, uznając je za przedwczesne. Dopiero po sporządzeniu szczegółowego uzasadnienia wykonawcy będą mogli ocenić zasadność czynności zamawiającego i podjąć decyzję w kwestii ewentualnego wniesienia w tym zakresie środka odwoławczego.⁴²

23. Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2615/19

Jak wynika z treści art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, przepis ten nie określa zamkniętego katalogu możliwych do zastosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, opisując je jedynie w sposób przykładowy, z zastrzeżeniem, że muszą się one odnosić do przedmiotu zamówienia. Należy jednak mieć na uwadze, że przepis ten nie może być interpretowany w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Swoboda Zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury – poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności – prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo. Należy więc stwierdzić, że zamawiający ma prawo swobodnie jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.⁴³

24. Wyrok KIO z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1851/19

Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. W nowelizacji ustawy w 2016 roku ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”), jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku, o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i

⁴² j.w.

⁴³ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać i poszukują różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określał kryteria pozacenowe oceniając między innymi posiadanie wskazanego certyfikatu Q. Izba zaznacza w tym miejscu, co również w treści odwołania dostrzegł Odwołujący, że kształtowanie kryterium przez wskazanie posiadania określonego certyfikatu nie jest niedozwolone. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas. Zamawiający mają prawo kształtowania kryteriów pozacenowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem każdorazowo swoich potrzeb. Nie znajduje żadnego uzasadnienia argumentacja Odwołującego, że we wcześniej, w ubiegłych latach, prowadzonych postępowaniach Zamawiający nie stosował danego kryterium pozacenowego – wynikać to mogło z tego, że wcześniej dane kryterium nie miało np. podstawy faktycznej tj. np.: dany certyfikat nie był wydawany bo zwyczajnie nie istniał w tamtym czasie. Jednakże nawet gdyby dany certyfikat istniał, czy istniał inny certyfikat, który nie był wtedy wymagany w postępowaniu w ramach kryteriów oceny ofert to nie zmienia to faktu, że Zamawiający ma prawo kształtować wymagania w obecnie prowadzonym postępowaniu z uwzględnieniem nowych potrzeb. Bezprzedmiotowy dla rozpoznania tej sprawy, w odniesieniu do ukształtowania wymagania w kryterium pozacenowym przez określenie jednego rodzaju certyfikatu, jest (dowód nr 8) dokument zawierający wymagania SIWZ z postępowania z 2014 roku prowadzonego przez Zamawiającego. Fakt, że Zamawiający dopuszczał kiedyś w postępowaniu możliwość wykazania się różnymi certyfikatami nie stanowi o tym, że w przedmiotowym postępowaniu również tak ma robić. Tak interpretacja jaką stara się kreować Odwołujący odbierałaby Zamawiającym prawo kształtowania kryteriów pozacenowych w danym postępowaniu z odniesieniem do czasu, miejsca i zakresu prowadzonego postępowania oraz z pominięciem zmian jakie mają miejsce w rozwoju technologicznym produkowanych gazomierzy miechowych i w konsekwencji badaniami nad nimi i ich dobrowolną certyfikacją. W tym miejscu warto wskazać jako przykład rozwoju kształtowania kryteriów oceny ofert kryterium – termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02.⁴⁴

⁴⁴ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



25. Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1271/19

W ocenie Izby pozacenowe kryterium oceny ofert nazwane przez Zamawiającego „kompatybilność”, pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem niniejszego zamówienia, a jego istotą było osiągnięcie przez Zamawiającego zakładanego celu sprowadzającego się do wyboru oferty najkorzystniejszej, która zapewni dostawę produktów funkcjonalnie powiązanych z posiadanymi już przez Zamawiającego, a która to funkcjonalność ma zasadnicze znaczenie w świetle realizowanych przez Zamawiającego uzasadnionych potrzeb.⁴⁵

26. Wyrok KIO z dnia 8 maja 2019 r., sygn. akt KIO 744/19

W świetle art. 91 ust. 2 pkt 1 Pzp, spełnienie większego zakresu wymaganych parametrów technicznych w ramach wersji standardowej systemu, może stanowić kryterium jakościowe (pozacenowe) przedmiotu zamówienia, odnoszące się wprost do wymaganych właściwości funkcjonalnych systemu. Za pomocą tego kryterium Zamawiający może premiować oferty, które obejmują bardziej wartościowy dla Zamawiającego przedmiot zamówienia, który spełnia wymagane funkcjonalności w ramach dostępnej wersji standardowej, tj. ponad wymagania podstawowe określone na minimalnym poziomie. Wymagania podstawowe dostępne w standardzie systemu zostały jednoznacznie określone w SIWZ (OPZ) jako minimalne. Zamawiający wskazał też konkretne funkcjonalności, które mogą być zaoferowane dodatkowo w ramach wersji standardowej objętej Próbką. Wymagania zaoferowane przez wykonawcę w ramach standardowego systemu w zakresie przewyższającym poziom minimalny, mogą być punktowane przez Zamawiającego, gdyż ich zaoferowanie ma znaczenie z punktu widzenia wyższej niezawodności takiego systemu, jego przetestowania, które to cechy obiektywnie uzasadniają ustanowienie takiego kryterium, biorąc pod uwagę złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia i potrzeby Zamawiającego.

Jak wskazał Zamawiający w treści Załącznika nr 13 do SIWZ, w ramach przedmiotowego kryterium postanowił on premiować „każdą funkcjonalność, która jest zaimplementowana w standardowej wersji oferowanego oprogramowania. Przez dostępność w standardowej wersji oprogramowania, Zamawiający rozumie natywne zaimplementowanie funkcjonalności w wersję oprogramowania dostępną na rynku „z półki”, bez konieczności żadnych modyfikacji lub rozszerzeń oprogramowania”, tj. bez konieczności dostosowywania wskazanych funkcjonalności do wymagań Zamawiającego dodatkowymi modyfikacjami.

Odwołujący nie wykazał, że tak ukształtowane pozacenowe kryterium oceny ofert faworyzuje bezpodstawnie wykonawców funkcjonujących poza terytorium RP. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w powyższym zakresie ani nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń, a tym samym nie wykazał naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W okolicznościach przedmiotowego postępowania nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający nie oczekuje zaoferowania gotowego („z półki”) systemu informatycznego, lecz zbudowanie systemu stanowiącego przedmiot zamówienia zgodnie z opisem zawartym w OPZ, co nie wyklucza możliwości zbudowania tego systemu z wykorzystaniem elementów gotowych dostępnych na rynku, jako

⁴⁵ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

standardowe systemy, co nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący nie wykazał również w toku postępowania, że określenie wagi jaka została przypisana przez Zamawiającego temu kryterium w wysokości - 20% nie jest uzasadniona z punktu widzenia zasad finansów publicznych, w szczególności uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.⁴⁶

27. Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19

Rozpoznawany zarzut oparty został na założeniu, że ze względu na wagę kryterium jest wysoce prawdopodobne wskazanie przez wszystkich wykonawców terminu, który spowoduje przyznanie ich ofertom maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Sformułowane przypuszczenie nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Trzeba mieć bowiem na względzie, że z tych samych powodów (waga kryterium) możliwa jest także sytuacja, w której wykonawca zrezygnuje z możliwych do zdobycia punktów w tym kryterium, wyrównując tą stratę odpowiednim obniżeniem ceny. Natomiast nie wykazano, aby kryterium skrócenia terminu naruszało art. 7 ust. 1 p.z.p. czy art. 29 ust. 2 p.z.p. Przypuszczenia odwołującego, bez chociażby ich uprawdopodobnienia nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że potwierdził się w części zarzut wyznaczenia przez zamawiającego nieprawidłowego terminu realizacji zamówienia, co spowodowało nakazanie zamawiającemu jego wydłużenie z 36 do 40 miesięcy.⁴⁷

28. Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 55/19

(...) stanowisko Izby w tej części należy wskazać, iż błędnym w świetle ograniczeń wynikających z art. 91 ust. 3 Ustawy, było ustanowienie kryterium oceny ofert odnoszącego się do wiarygodności technicznej wykonawcy. Wiarygodność tą Zamawiający ocenia w ramach wyznaczonego warunku udziału w postępowaniu w trybie oceny jego spełniania. Jak wskazano powyżej, istota kryterium oceny ofert powinna sprowadzać się do oceny dokonywanej pod kątem waloru, jakie niesie ono dla przedmiotu zamówienia. Przyjęcie, iż warunki udziału w postępowaniu mają gwarantować udział wykonawców zdolnych do jego realizacji, ich spełnienie stanowi niezależny od oceny oferty element weryfikacji podmiotowej wykonawcy. W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołania i nakazała usunięcie z kryterium oceny ofert – *Dodatkowy sprzęt*, co ma dalszy skutek w postaci konieczności zmodyfikowania wag pozostałych kryteriów oceny.⁴⁸

29. Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 76/18

W tej sprawie nie było sporne, że Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem art. 138r ust. 3 pzp, gdyż ustanowił jako wyłączne kryterium oceny ofert cenę, podczas gdy z przepisu tego wynika przy zamówieniach na usługi społeczne obowiązek wyłonienia najkorzystniejszej oferty w oparciu nie tylko o takie kryterium.

⁴⁶ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

⁴⁷ j.w.

⁴⁸ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Niesporne również było, że powyższa wada ma charakter nieusuwalny, skoro postępowanie jest już po otwarciu ofert, a zatem nie ma możliwości zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących kryteriów oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty nie tylko według kryterium cenowego.

Rozstrzygnięcia wymaga zatem tylko kwestia, czy powyższa wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że według Odwołującego istotne jest, że według przewidzianego w s.i.w.z. kryterium cenowego da się wyłonić najkorzystniejszą ofertę, gdyż podstawienie danych z ofert do wzoru obiektywnie pozwala wyliczyć liczbę punktów. Zdaniem Odwołującego wyłącznie w sytuacji, gdyby kryterium cenowe zostało określone w sposób nieprecyzyjny, niedający jednoznacznego wyniku, zaistniałaby w tym postępowaniu wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Stanowisko Odwołującego jest oczywiście błędne, gdyż ustalenie w tym postępowaniu przez Zamawiającego wyłącznie kryterium cenowego, choćby poprawnego arytmetycznie, stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 138r ust. 3 pzp. Kryteria oceny ofert mają kluczowe znaczenie dla wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Skoro ustawa pzp nakazuje w odniesieniu do usług społecznych wprowadzenie nie tylko kryterium cenowego lub kosztowego, nie sposób twierdzić, że nie jest to naruszenie przepisów, które nie miało wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Oczywiście jest, że mógłby się on przedstawiać inaczej, gdyby najkorzystniejszą ofertę wyłaniano by w oparciu o bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów, w szczególności jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi, jak to nakazuje dyspozycja art. 138r ust. 3 pzp. (...).

Przede wszystkim ustalenie w odmienny sposób kryteriów oceny ofert istotnie rzutuje na krąg wykonawców zainteresowanych prowadzonym postępowaniem, zatem z całą pewnością zaniechanie wprowadzenia obok ceny (kosztu) innego kryterium co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, nie budzi wątpliwości Izby, że w razie zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym wyłącznie według kryterium cenowego Prezes UZP mógłby na podstawie art. 146 ust. 6 pzp wystąpić do sądu o jej unieważnienie wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia również innego kryterium, co miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Oznacza to, że Zamawiający prawidłowo unieważnił prowadzone postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.⁴⁹

30. Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 26/18

W ocenie Izby ustanowienie podkryterium opisu technicznego integracji w sytuacji, gdy nie wszyscy wykonawcy mają równy dostęp do instrumentów umożliwiających tę integrację, a nadto premiowanie opisu ocenianego za pomocą niejednoznacznych, ocennych pojęć prowadzi do naruszenia zasady

⁴⁹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

kryterium obiektywnego, mierzalnego. Jak już Izba wskazywała, zadaniem kryterium oceny ofert nie jest równe traktowanie wykonawców, ale wybór oferty najkorzystniejszej, czyli najlepszej w przyjętych kryteriach oceny ofert. Z tego względu oczywiście kryteria oceny ofert zawierają w sobie element dyskryminujący, jednak w ocenie Izby aby mogło dojść do wyboru wykonawcy korzystniejszej oferty poddawanych ocenie wykonawców muszą być porównywalne, zatem muszą dotyczyć tego samego zakresu przedmiotowego. Jak ustaliła Izba wyżej zaferowanie nowego systemu centralnego i wszystkich jego modułów i podsystemów wraz z urządzeniami i sprzętem nie jest tym samym, co integracja dotychczasowych modułów i systemów wraz z urządzeniami i sprzętem w celu stworzenia systemu centralnego, zwłaszcza w sytuacji, w której zamawiający nie zapewnia wykonawcom możliwości realizowania integracji na jednakowych warunkach. Tym samym skoro rozwiązania nie są porównywalne nie jest w ocenie Izby dopuszczalne preferowanie jednego z rozwiązań przewidzianych przez zamawiającego. Prowadzi to bowiem, nie do zaspokojenia potrzeb zamawiającego, ale do utrzymania dotychczasowego kręgu dostawców i producentów. W ocenie Izby premiowanie takiego ograniczenia nie może być rozpatrywane przez pryzmat oszczędności środków publicznych czy trudności adaptacyjnych personelu zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że nie zadbanie przez zamawiającego o instrumenty umożliwiające wykonawcom wykonanie integracji na podobnych warunkach powoduje, że zamawiający sam naraził się na konieczność dopuszczenia rozwiązania opartego o budowę całkowicie nowego systemu opartego o nowopowstałe moduły, podsystemy, urządzenia i sprzęt. Izba zaś oceniła, że tylko takie rozwiązanie jest jedynym zapewniającym uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Tym samym kryterium oparte o rozwiązanie niekonkurencyjne nie jest kryterium ustalonym zgodnie z przepisami ustawy i dlatego Izba nakazała jego wykreślenie.⁵⁰

31. Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 7/18

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia.

Powyższe oznacza, że zamawiający ma pełne prawo do takiego ustalania kryteriów oceny ofert, które w jego ocenie spełnią zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia. Aspekty środowiskowe, które wskazał ustawodawca, to w ocenie Izby, również między innymi dbałość o to, aby przedmiot zamówienia realizowany był środkami (pojazdami) jak najnowszymi lub legitymującymi się jak najwyższymi normami emisji spalin, tak aby faktyczna dbałość o ochronę środowiska znalazła swoje rzeczywiste odzwierciedlenie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 2c ustawy Pzp, kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że kryterium

⁵⁰ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

dotyczące emisji spalin dla pojazdów, które będą realizowały przedmiot zamówienia, ma bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia, albowiem to tymi pojazdami wykonawca będzie wykonywał czynności zlecane przez zamawiającego.⁵¹

32. Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 290/17

Rację ma również Zamawiający, że w zamówieniach publicznych od lat istnieje zasada, iż treść oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach oceny ofert nie podlega uzupełnieniu w ramach art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (a nawet jeśli z jakichś przyczyn dokumenty były uzupełnianie, nie dopuszczało się, aby skutkowało to przyznaniem ofercie jakichkolwiek dodatkowych punktów), zaś jej ewentualne wyjaśnienie w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprawdzie nie jest wykluczone, ale musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów. Część oferty podlegająca punktacji jest bowiem szczególnie wrażliwa, gdyż prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, które następnie skutkuje wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, co skutkuje właśnie tym, że ofert tych nie można uzupełniać po ich złożeniu, aby żadnemu z wykonawców nie dawać przewagi czasowej (możliwość późniejszego złożenia danego oświadczenia niż konkurencji) ani informacyjnej (możliwość zaznajomienia się z ofertami konkurentów i dostosowania swojej).⁵²

33. Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2337/16

Izba wskazuje, że Zamawiający ma prawo formułować takie kryteria oceny ofert, które odzwierciedlają jego uzasadnione, obiektywne potrzeby i za pomocą których Zamawiający dąży do wyboru oferty najkorzystniejszej tj. w najpełniejszy sposób spełniającej jego oczekiwania. W ocenie Izby ustalone przez Zamawiającego kryterium parametry techniczne o wadze równej cenie oferty oznacza, że Zamawiającemu w równym stopniu zależy na uzyskaniu produktu korzystnego pod względem ceny jak i jakości. Na aprobatę zasługuje stanowisko Zamawiającego, który poprzez wprowadzenie parametru niezależności systemu od motoru bazy danych (obsługa min. dwóch komercyjnych baz danych) dąży do zmniejszenia ryzyka uzależnienia się od jednego producenta oprogramowania bazodanowego i chce uniknąć przywiązania do jednego producenta baz danych. Jest to, w ocenie Izby argument o charakterze obiektywnym, który uzasadnia preferowanie przez Zamawiającego takiego rozwiązania. Punktowane przez Zamawiającego rozwiązanie ma także znaczenie ekonomiczne na etapie wyboru serwisu powdrożeniowego i zapewnia ono większą elastyczność systemu.⁵³

34. Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r., sygn. akt KIO 654/16

Zamawiający ma natomiast prawo w taki sposób ustalić kryteria w postępowaniu, aby zapewnić sobie w zakresie realizacji interesu publicznego najlepszą i najefektywniejszą realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych

⁵¹ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

⁵² j.w.

⁵³ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

realizowane są w ramach zadania dofinansowanego ze środków zewnętrznych, a nadrzędnym dla niego celem jest zrealizowanie projektu poprawy warunków komunikacyjnych w województwie, w ramach którego dokonuje zakupu taboru kolejowego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego. Za dopuszczalne Izba uznała więc ustalenie kryterium oceny ofert premiujące jak najszybszą dostawę trzech pierwszych pojazdów w takich czasookresach, jak wyznaczył Zamawiający.⁵⁴

35. Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r., sygn. akt KIO 294/16

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał aby zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w takim stopniu, aby to miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że kryterium oceny ofert określone przez zamawiającego w SIWZ po nazwą „koncepcja realizacji usługi” było tzw. kryterium jakościowym. W ocenie Izby, użyte przez zamawiającego w opisach poszczególnych podkryteriów sformułowania, iż dodatkowe punkty będą przyznawane za „adekwatność do celu i przedmiotu zamówienia” proponowanych rozwiązań, a także za „spójność”, czy „dawanie podstaw do twierdzenia, że działania wpłyną pozytywnie na osiągnięcie zakładanych efektów”, lub też za „przyczynienie się do lepszej realizacji zamówienia” oznaczały, że przyznanie punktów uwarunkowane było uprzednim zbadaniem przez zamawiającego tych przesłanek, które miały charakter ocenny, stopniowalny. Ponadto proponowane rozwiązania miały być nie tylko opisane, ale i ich wpływ na realizację celu miał być uzasadniony. Możliwość dokonywania różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium ocennego, czego wyrazem jest wszak indywidualna ocena dokonywana przez członków komisji, jest wręcz wpisana w naturę oceny kryterium jakościowego. Ponadto, ocena koncepcji miała zostać dokonana w pierwszej kolejności przez członków komisji. A zatem z natury swej, przy ocenie tej istotnym był subiektywny element wiedzy i doświadczenia oceniających członków komisji. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący w stosownych terminach ustawowych nie kwestionował kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w SIWZ. Zatem stały się one wiążące nie tylko dla zamawiającego ale i wykonawców, którzy złożyli zamawiającemu ofertę.⁵⁵

36. Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2016 r, sygn. akt KIO 141/16

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów i żądań odwołania na wstępie należy powiedzieć, że ustawodawca postawił kryteriom oceny ofert jasny cel – mają one służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji sposób ich sformułowania nie może budzić wątpliwości, bowiem w przeciwnym razie nie będą one realizowały wspomnianej powyżej funkcji, a nadto będą utrudniać, jeżeli nie uniemożliwiać, zweryfikowanie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach środków ochrony prawnej. Skład orzekający nie kwestionuje przy tym zapatrywania, zgodnie z którym sposób oceny ofert w kryterium odnoszącym się do jakości oferowanego rozwiązania nie można sprowadzić li tylko do wskazania algorytmu, według którego dokonywana będzie punktacja ofert. Nie ulega również wątpliwości, że ocena ofert w takim kryterium jest immanentnie związana z subiektywizmem osób dokonujących ocen, bowiem odnosi się do aspektów, które niejednokrotnie nie

⁵⁴ j.w.

⁵⁵ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

są mierzalne lub których precyzyjne (np. liczbowe) określenie napotyka na trudności. Powyższe nie może stanowić jednak przyzwolenia dla takiego sformułowania kryterium pozacenenowego, które umożliwić będzie całkowicie dowolną, arbitralną ocenę rozwiązań oferowanych przez wykonawców, gdyż – obok wspomnianych powyżej negatywnych konsekwencji – stanie to w sprzeczności z ciężącym na zamawiającym obowiązkiem poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.⁵⁶

VIII. ĆWICZENIA

VIII. 1 ćwiczenie 1

Zamawiający przygotowuje się do ogłoszenia postępowania na wybór wykonawcy na realizację nowego odcinka drogi po nowym śladzie mającego służyć jako obwodnica miejscowości. Oceń poniższe kryteria:

1. Termin realizacji zamówienia;
2. Gwarancja Jakości;
3. Równość podłoża nawierzchni;
4. Doświadczenie Kierownika Kontraktu, który będzie realizował zamówienie;
5. Zatrudnienie bezrobotnych lub absolwentów;
6. Termin płatności.

VIII. 2. ćwiczenie 2

Jednym z przyjętych kryteriów pozacenenowych było „wykształcenie zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej roboty związane z nasadzeniami”. Zamawiający przewidział na stronie 23 SWZ, że będzie przyznawał określoną ilość punktów w tym kryterium w zależności od wykształcenia kierunkowego: 0 pkt za brak wykształcenia, 30 pkt – za wykształcenie średnie, 60 pkt za wykształcenie wyższe, 100 pkt za tytuł naukowy (co najmniej doktor). W pkt. 25.1.5 SWZ Zamawiający wymagał złożenia w ofercie informacji dotyczących: imienia i nazwiska osoby, której planuje się powierzyć nadzór nad pracami związanymi z nasadzeniami oraz posiadane przez nią wykształcenie. Wykonawca złożył ofertę, w której wskazał, że nadzór nad robotami związanymi z nasadzeniami będzie sprawowany przez zespół w składzie: dr K. S., mgr inż. ogrodnictwa B. P. i technik ogrodnik G. K.

Oceń przedstawiony stan faktyczny.

⁵⁶j.w.



Materiał opracowany na podstawie publikacji Urzędu Zamówień Publicznych:

- Raport Dotyczący Kryteriów Oceny Ofert - wpływ zmian wprowadzonych nowelizacjami ustawy Prawo zamówień publicznych, z dnia 29 sierpnia 2014 r. i z dnia 22 czerwca 2016 r. na stosowanie pozacenowych kryteriów ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne, Warszawa 2017
- Wyniki przeprowadzonych w 2016 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, Warszawa 2017
- Wyniki przeprowadzonych w 2015 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, Warszawa 2016
- Wyniki przeprowadzonych w 2014 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, Warszawa 2015
- Wyniki przeprowadzonych w 2015 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, Warszawa 2014
- Sprawozdania
- Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Warszawa, 2020