

UZP/DKUE/KU/110/15

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

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

**Rodzaj zamówienia:** usługi

**Przedmiot zamówienia:** Wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy  
w celu realizacji wspólnych inwestycji  
w ramach przedsięwzięcia BRIdge VC.

**Tryb postępowania:** dialog konkurencyjny

**Wartość zamówienia:** 103 277 000,00 zł (24 444 838,93 euro)

**2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

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

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

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

„organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (zgodnie z art. 67 pkt 2 lit. b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE) w kontekście realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa:”

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 1-3 ustawy Pzp zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert dopuszczalnymi przez ustawę są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Ustawa Pzp w art. 91 ust. 3 zastrzega jednak, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zakaz ten nie dotyczy jedynie postępowań, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp - tzw. usługi niepriorytetowe. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w celu realizacji wspólnych inwestycji w ramach przedsięwzięcia BRIDGE VC. Wykonawca jako Menadżer Funduszu Funduszy Bridge VC ma tworzyć i zarządzać strukturą Funduszu Funduszy BRIDGE VC oraz zapewniać współfinansowanie inwestycji kapitałowych dokonywanych w ramach przedsięwzięcia BRIDGE CV.

Na podstawie Wspólnego Słownika Zamówień zamówieniu przypisano kod CPV 66120000-7 – „Inwestycyjne usługi bankowe i usługi powiązane”. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12 poz. 68), Załącznik nr 1 – Wykaz usług o charakterze priorytetowym, kategoria 6 Usługi finansowe: a) usługi ubezpieczeniowe, b) usługi bankowe i inwestycyjne - kody CPV od 6610000-1 do 66720000-3, usługa będąca przedmiotem zamówienia stanowi usługę priorytetową, nie zachodzi zatem wobec niej wyłączenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp.

W przepisie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp został ustanowiony generalny zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Z powyższego wynika, że właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie najkorzystniejszej oferty. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zastosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów

oceny ofert jak „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”. Dysponowanie odpowiednim personelem, który będzie brał udział w realizacji zamówienia niewątpliwie jest cechą charakteryzującą wykonawcę, odnoszącą się do jego właściwości. Przeprowadzenie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawców powinno poprzedzać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności te są niezależne od siebie a ich konsekwencje prawne są odmienne. Ocena podmiotowa dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast ocena przedmiotowa może być przeprowadzona na podstawie kryteriów oceny ofert. Pierwsza z nich ma na celu określenie podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia i ewentualnie wykluczenie tych, którzy warunków nie spełniają. Druga ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zamówienia publicznego.

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

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

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

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

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

„a) organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (zgodnie z art. 67 pkt 2 lit. b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE) w kontekście realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Bridge Alfa:

- oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego – 0 pkt,

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

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

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

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

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

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 21.10.2015 r. wezwał zamawiającego do wyjaśnienia, w jaki sposób dokonał oceny ofert w zakresie ww. kryterium. Zamawiający wyjaśnił, iż „przedmiotem zamówienia jest wykonywanie bardzo specjalistycznej

*i niemożliwej do wystandaryzowania (opisania w postaci liczbowych kryteriów) usługi, której zakres, cele oraz uwarunkowania biznesowe i prawne zostały szczegółowo opisane w OPZ".* W odniesieniu do podkryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu...” zamawiający wyjaśnił, że zostało ono „zdefiniowane w sposób wyraźnie wskazujący, iż ocena zespołu zarządzającego przedstawionego w składanych ofertach będzie odnosić się do jego organizacji, kwalifikacji i doświadczenia w odniesieniu do możliwości realizacji celów Funduszu Funduszy Bridge VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa. Szczegółowa charakterystyka celów obu Funduszy oraz zadania stojące przed przyszłym zespołem zarządzającym zostały bardzo dokładnie opisane w OPZ. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający poprzez cele jakie mają Fundusze określił precyzyjnie swoje oczekiwania, które wykonawcy muszą spełnić i które będą podlegać ocenie”. W przedmiocie podkryterium „poprawność i adekwatność przyjętej metodologii badania due dilligence...” zamawiający wyjaśnił, że kryterium „jednoznacznie wskazuje sposób oceny oferty w przedmiotowym aspekcie. Należy zauważyć, iż w OPZ zostało wyraźnie podkreślone, że kluczowym elementem realizacji Przedsięwzięcia będzie wybór zespołów zarządzających Funduszami VC i Funduszami Alfa o odpowiednim potencjale i doświadczeniu. W OPZ została obszernie przedstawiona strategia inwestycyjna Funduszu Funduszy Bridge VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa, w tym zasady wyboru zespołów zarządzających Funduszami VC i Funduszu Funduszy Bridge Alfa i cele, jakie mają zostać osiągnięte w horyzoncie realizacji zamówienia”.

Należy zatem stwierdzić, iż podkryterium „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu...” badane było poprzez ocenę „możliwości realizacji celów Funduszu Funduszy”. Nie można się przy tym zgodzić z zamawiającym, iż precyzyjne było określenie oczekiwań zamawiającego poprzez odniesienie kryteriów oceny ofert do celów, jakie mają Fundusze Funduszy, bowiem kryteria oceny ofert dotyczą „możliwości realizacji” tych celów, co za tym idzie – ocenie podlegają owe „możliwości” personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia. Zamawiający nie określił, jaką organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia uzna za spełniającą jego oczekiwania (dające gwarancji realizacji celów Funduszu Funduszy), poza ogólnym wskazaniem, że odnosić się one mają do realizacji celów Funduszu Funduszy. Należy również zauważyć, iż zamawiający nie określił, jakiego dokładnie personelu ma dotyczyć badanie „możliwości realizacji celów” Funduszy Funduszy – wbrew przywołanym wyjaśnieniom zamawiającego z pisma z dnia 23.10.2015 r., w siwz nie znalazło się odniesienie, iż dotyczy to zespołu zarządzającego. Należy wskazać, że przedmiotowy zapis w siwz odnosił się do „personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, co jest innym pojęciem niż „zespół zarządzający”, bowiem zespół zarządzający jest jednym z „narzędzi” służących do realizacji zamówienia, zaś w zakres personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia wchodzi wszystkie osoby zaangażowane w jego realizację. Ocena, czy „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie

*personelu...*” spełniają oczekiwania zamawiającego w kontekście realizacji celów zamówienia pozostawiona została do dowolnej oceny zamawiającego. Zamawiający powinien był określić, jaka organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu spełniają oczekiwania zamawiającego i w jakim stopniu, aby możliwym było odniesienie tych kryteriów do personelu zaproponowanego przez wykonawców. Zamawiający nie określił też, jak należy rozumieć spełnienie „niektórych oczekiwań” (jednego, trzech?), które lub ile oczekiwań należy spełnić, aby osiągnąć „stopień zadowalający” i co będzie wpływać na „znaczne przewyższenie” jego oczekiwań.

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

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

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

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

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

3. Zamawiający w punkcie 11.5 siwz określił, że punkty za kryterium „Wysokość środków pieniężnych, które wykonawca zobowiązuje się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC” zostaną przyznane za wykazanie kwoty środków ponad wymagane minimum 45 mln EUR, co do których wnioskodawca pozyskał, na moment składania oferty, umowy od inwestorów prywatnych. Z wszystkich załączonych do oferty umów, ma wyraźnie wynikać wartość zobowiązania inwestorów prywatnych do wniesienia środków do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy, uwarunkowanego tylko i wyłącznie wyborem danej oferty przez zamawiającego. Komisja przetargowa na podstawie załączonych do oferty umów miała dokonać oceny punktowej (punkty C do 8 pkt) przyznając po 0,1 punktu za każde pełne 843,75 tys. EUR wykazanych środków ponad wymagane minimum 45 mln EUR.

W toku postępowania, zamawiający w odpowiedzi na zapytanie do treści siwz skierowane na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp udzielił wyjaśnień w dniu 1.10.2015 r. (pismo z dnia 30.09.2015 r.), wskazując m.in. że „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić na inwestycje w ramach Bridge VC środki pieniężne, inne niż pochodzące ze źródeł

*publicznych, w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR oraz wykazać na moment składania oferty zobowiązania od Inwestorów Prywatnych w minimalnej wysokości owych 45 mln EUR. Z wszystkich załączonych do oferty umów, ma wyraźnie wynikać wartość zobowiązań Inwestorów Prywatnych do wniesienia środków do FIZAN Menadżera Funduszu Funduszy (na kwotę w minimalnej wysokości 45 mln EUR)”.*

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

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

Zamawiający w piśmie z dnia 23.10.2015 r. wyjaśnił, że *„nie występują rozbieżności pomiędzy pkt 11.5 SIWZ, a udzieloną odpowiedzią, ponieważ zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania, jeden z wykonawców – I. nie posiadał własnych środków, które mógłby przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC. Jednocześnie należy podkreślić, że z informacji uzyskanych od drugiego z uczestników postępowania – konsorcjum P. – wynikało, że wymaganą minimalną kwotę środków pieniężnych, które wykonawca zobowiąże się przeznaczyć na inwestycje w ramach BRIDGE VC (45 mln euro), jest w stanie zapewnić jeden z członków konsorcjum i potwierdzić to, podpisując ofertę zawierającą oświadczenie w tym zakresie. W związku z tym każdy z dwóch uczestników przedmiotowego postępowania mógł w inny sposób wykazać zobowiązanie do przeznaczenia na inwestycje w ramach BRIDGE VC ww. minimalnej kwoty co najmniej 45 mln euro”.*

Ponadto zamawiający zaznaczył, iż nie zmienił wymagań siwz w tym zakresie, „a jedynie dostosował odpowiedź, w celu wyjaśnienia treści SIWZ do indywidualnej sytuacji jednego z potencjalnych wykonawców”.



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

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

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

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

4. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej polegający na posiadaniu przez wykonawcę w dniach 31 grudnia 2012 r., 31 grudnia 2013 r. oraz 31 grudnia 2014 r. aktywów pod zarządzaniem o wartości co najmniej 4 mld PLN (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres) oraz środków pieniężnych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 45 mln EUR.

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

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

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Art. 25 ust. 2 ustawy Pzp z kolei stanowi, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane określi Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia. Wydane na podstawie ww. przepisu rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) (dalej jako rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów) w § 1 ust. 1 zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu oceny spełniania przez wykonawcę

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

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

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

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

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

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

W punkcie 11.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zastrzegł, że jeżeli nie można będzie wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawiać będzie taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z wyższą liczbą punktów A.

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

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

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

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

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

Ponadto, informuję iż stosownie do treści art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.