



KRYTERIA OCENY OFERT W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

KRYTERIA OCENY OFERT - REGULACJE 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 stosowany w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oraz 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):

<u>Tryb przetargu nieograniczonego</u>	
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
<u>Tryb przetargu ograniczonego</u>	
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
<u>Tryb negocjacji z ogłoszeniem</u>	
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.

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

	pkt 18: informację o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacom <u>przez zastosowanie kryteriów oceny ofert</u> , jeżeli zamawiający przewiduje taki podział.
<u>Tryb dialogu konkurencyjnego</u>	
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
Art. 171 ust. 2 ustawy Pzp	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 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, <u>stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań</u> , 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu
Art. 185 ust. 2 ustawy Pzp	specyfikacja warunków zamówienia zawiera informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 i ust. 2 pkt 1-10 i 12-18 <i>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.</i>
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
<u>Tryb partnerstwa innowacyjnego</u>	
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 <i>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</i>



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	<i>uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców</i>
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
Art. 202 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp	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
Art. 204 ust. 2 ustawy Pzp	zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców
<u>Tryb negocjacji bez ogłoszenia</u>	
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 <i>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</i>



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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

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):

<u>Tryb podstawowy</u>	
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: 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
Art. 277 ust. 2 ustawy Pzp	w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, a po przeprowadzeniu negocjacji sporządza SWZ



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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) <u>dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert</u>
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
Art. 282 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
Art. 288 ust. 2 ustawy Pzp	W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio SWZ albo w opisie potrzeb i wymagań, <u>kryteria oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz</u>



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	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. 275 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
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
Art. 295 ust. 3 ustawy Pzp	SWZ zawiera informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 pkt 1-3 i 5-19 i ust. 2 <i>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</i>

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
Art. 192 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp	Opis potrzeb i wymagań zawiera również: kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 202 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp	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
Art. 204 ust. 2 ustawy Pzp	zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców

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).

<u>Wybór oferty najkorzystniejszej</u>	
Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp	zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia
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
<u>Zasada opisu kryteriów w sposób jednoznaczny i zrozumiały</u>	
Art. 240 ust. 1 ustawy Pzp	zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały
Art. 240 ust. 2 ustawy Pzp	kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	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
Art. 241 ust. 2 ustawy Pzp	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 się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia
Art. 241 ust. 3 ustawy Pzp	kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej
Kryteria jakościowe	
Art. 242 ust. 1 ustawy Pzp	Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: <ol style="list-style-type: none">1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;2) ceny lub kosztu
Art. 242 ust. 2 ustawy Pzp	kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: <ol style="list-style-type: none">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;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	<p>4) aspektów innowacyjnych;</p> <p>5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;</p> <p>6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji</p>
Art. 242 ust. 3 ustawy Pzp	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
<u>Kryteria wyboru oferty dla świadczeń z zakresu działalności twórczej lub naukowej</u>	
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
<u>Szacowanie kosztów w oparciu o rachunek kosztów cyklu życia</u>	
Art. 245 ust. 1 ustawy Pzp	kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia
Art. 245 ust. 2 ustawy Pzp	rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych
Art. 245 ust. 3 ustawy Pzp	do kosztów, o których mowa w ust. 1, należą w szczególności koszty: 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników, związane z: a) nabyciem,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	<p>b) użytkowaniem, w szczególności zużyciem energii i innych zasobów,</p> <p>c) utrzymaniem,</p> <p>d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty rozbiórki i recyklingu;</p> <p>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</p>
Art. 245 ust. 4 ustawy Pzp	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
Art. 245 ust. 5 ustawy Pzp	metoda szacowania kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym musi spełniać łącznie następujące warunki:
Art. 245 ust. 6 ustawy Pzp	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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

	kosztów cyklu życia jest dokonywane z zastosowaniem tej metody
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 ujednolicenia i wiarygodności tych kalkulacji
<u>Ograniczenie w zakresie korzystania wyłącznie z kryterium cenowego</u>	
Art. 246 ust. 1 ustawy Pzp	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%
Art. 246 ust. 2 ustawy Pzp	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
<u>Określenie wagi przypisanej kryteriom</u>	
Art. 247 ust. 1 ustawy Pzp	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
Art. 247 ust. 2 ustawy Pzp	wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną
<u>Wybór oferty, dodatkowe kryteria oceny ofert</u>	



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 248 ust. 1 ustawy Pzp	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
Art. 248 ust. 2 ustawy Pzp	jeżeli oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem
Art. 248 ust. 3 ustawy Pzp	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
<u>Wybór oferty, wezwanie do złożenia ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt</u>	
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
<u>Wybór oferty, wezwanie do złożenia ofert dodatkowych zawierających nowy koszt nabycia</u>	
Art. 250 ust. 1 ustawy Pzp	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
Art. 250 ust. 2 ustawy Pzp	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.

AKTY WYKONAWCZE DOTYCZĄCE KRYTERIÓW OCENY OFERT W USTAWIE PZP

Delegacja ustawowa:

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 ujednolicenia i wiarygodności tych kalkulacji.

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:**



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 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 jedyne 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
- 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 powinny 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;

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.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

3. W przypadku gdy na mocy unijnego aktu ustawodawczego obowiązkowa stała się jakakolwiek 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.

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYBRANYCH KRYTERIÓW OCENY OFERT

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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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 dopuszczonej gwarancji.

Jakość

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wagi, ale przede wszystkim opisania, 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.

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.

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, 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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.

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.

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)

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 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 wymaganiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę stanowić kryterium oceny ofert, bowiem w tym zakresie zamawiający stawia obligatoryjne wymaganie w opisie przedmiotu zamówienia.

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

ORZECZNICTWO DOTYCZĄCE KRYTERIÓW OCENY OFERT

Wyrok KIO z dnia 16 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1216/23

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przy rozstrzygnięciu Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację odwołującego, uznając ją za słuszną i zasadną. W pierwszej kolejności skład orzekający skupił się na treści opisu kryterium pn. Doświadczenie kierownika budowy i uznał, że była ona jednoznaczna. Opis ww. kryterium podany w SWZ wyraźnie wskazywał ile punktów mogą dostać wykonawcy w jego ramach i w jaki sposób powinni oni wykazać spełnienie tego kryterium. Istota kryterium odnosiła się do doświadczenia kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni asfaltowej i o wartości nie mniejszej niż 200 tys. złotych. Bardzo ważne było również to, że zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert powinni załączyć dokumenty potwierdzające spełnienie kryterium (np. protokół odbioru robót, referencje). Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy niewystarczające były dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazywanych robót budowlanych, ponieważ w celu przyznania punktów w ramach przedmiotowego kryterium konieczne było potwierdzenie, że wskazywana przez wykonawcę osoba wykonywała funkcję kierownika budowy na tych robotach budowlanych. Poza tym, jak słusznie zauważył odwołujący, w opisie sposobu potwierdzenia spełnienia kryterium



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

określonym w SWZ użyto zwrotu „np.”, co świadczyło o tym, że zamawiający przewidział otwarty katalog dokumentów, a wykonawcy mieli w tym zakresie pełną dowolność – mogli więc przedstawić oprócz dokumentów przykładowo wymienionych przez zamawiającego także inne dokumenty, takie jak kopię dziennika budowy lub jakiegokolwiek inny dokument zawierający nazwisko kierownika budowy wymienionego w formularzu ofertowym. W świetle brzmienia rozdziału XII SWZ oraz formularza ofertowego, nie mogło ulegać wątpliwości, że załączone na potwierdzenie spełnienia kryterium dokumenty stanowiły treść oferty. Wymóg złożenia dokumentu był wymogiem formalnym, skutkującym w przypadku braku jego złożenia tym, że samo oświadczenie wykonawcy nie mogło skutkować przyznaniem mu punktów w ramach tego kryterium.

W przedmiotowej sprawie, Wykonawca wraz z ofertą przedstawił referencje, z których treści nie wynikało kto pełnił funkcję kierownika budowy, a więc wbrew wymaganiom zamawiającego – nie potwierdził w ofercie spełnienia kryterium oceny ofert pn. Doświadczenie kierownika budowy.

Ponadto Izba uznała za zasadne wskazać, że przedmiotowa sprawa dotyczyła spełnienia kryterium oceny ofert, a nie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym nie mogło znaleźć zastosowania wynikające z orzecznictwa stanowisko odnoszące się do braku obowiązku zawarcia w treści referencji danych wymaganych przez zamawiającego. Nie można zatem było uznać, że w przedmiotowej sprawie treść referencji nie musiała zawierać informacji wymaganych przez zamawiającego w odniesieniu do potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert. Jeśli Wykonawca wybrał referencje jako dokumenty, które miały potwierdzić spełnianie kryterium, to powinien przedstawić wraz z ofertą takie referencje, z których treści wynikałoby, że osoba wskazana jako kierownik budowy, pełniła taką funkcję na podanych w formularzu inwestycjach lub referencje wraz z innymi dokumentami potwierdzającymi ww. okoliczność (np. wyciągiem z dziennika budowy).

W dalszej kolejności Izba odniosła się do wezwania z dnia 20 kwietnia 2023 r., skierowanego do Wykonawcy w celu wyjaśnienia treści oferty. W ocenie składu orzekającego przedmiotowe wezwanie było przejawem wątpliwości zamawiającego, co do spełnienia przez Wykonawcę kryterium dotyczącego doświadczenia kierownika budowy. Jak wskazano powyżej przedmiotowe kryterium zostało opisane w SWZ w sposób jednoznaczny, zatem to wykonawca powinien ponosić skutki nieprzedstawienia wszystkich informacji koniecznych do przyznania punktów, a zamawiający nie powinien wyjaśniać okoliczności dotyczących tego kryterium, które nie zostały podane w ofercie. Tym samym zamawiający wzywając Wykonawcę do wyjaśnień naruszył dyspozycję określoną w art. 223 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego zastosowanie ww. przepisu w związku z wątpliwościami powstałymi przy ocenie ofert w kontekście przyznania punktów w ramach kryterium pozacenowego, powinno następować z najwyższą ostrożnością. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła żadnego uzasadnienia dla stosowania tego przepisu przez zamawiającego. Chybiona w tym



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zakresie okazała się również argumentacja zamawiającego, która koncentrowała się na twierdzeniu, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie zmieniły treści oferty, ani nie stanowiły negocjacji jej treści. Stanowisko zamawiającego nie mogło uzyskać aprobaty, ponieważ z okoliczności przedmiotowej sprawy niezbieżnie wynikało, że zamawiający dopiero po przeprowadzeniu procesu wyjaśnień z Wykonawcą, pozbył się wątpliwości powstałych przy ocenie oferty w ramach kryterium Doświadczenie kierownika budowy i mógł z pełnym przekonaniem przyznać punkty w ramach tego kryterium. Na marginesie należało wskazać, że postępowanie przetargowe ma charakter formalny, a formalizm ten nie jest celem samym w sobie procedury przetargowej, ale jest emanacją zasad określonych w art. 16 Pzp. Tym samym mając na uwadze zasady określone w tym przepisie należało stwierdzić, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, wykonawcy powinni już na moment składania oferty przedstawić wszystkie informacje konieczne dla przyznania punktów w ramach spornego kryterium. Przedmiotowe stwierdzenie prowadziło do wniosku, że zamawiający zobowiązany był do przyznania 0 pkt ofercie Wykonawcy w ramach kryterium Doświadczenie kierownika budowy, a czynność wyjaśnienia treści oferty w kontekście tego kryterium była niedopuszczalna.

Wyrok KIO z dnia 29 marca 2023 r. sygn. akt KIO 717/23

Za trafne natomiast należy uznać zarzuty odwołującego w zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Danae i przyznanie jej 14 punktów w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)” w zakresie części składowej tego kryterium opisanej w lit. b.

Wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Tym samym, aby doszło do jego naruszenia zamawiający musi ocenić ofertę niezgodnie z kryterium, które określił w SWZ lub też pominąć dane kryterium lub też dokonać oceny w sposób odmienny, niż wynika to z opisu sposobu dokonywania oceny w danym kryterium. Ta ostatnia okoliczność jest szczególnie istotna w kontekście opisu, który zawiera zamawiający w SWZ w odniesieniu do kryteriów niemierzalnych tj. takich, które nie są oceniane na podstawie jednoznacznego wzoru matematycznego, gdzie wystarczy wpisać podane w ofercie dane czy parametry i uzyskujemy wynik oceny, ale mających subiektywny charakter.

Odwołujący nie kwestionował prawa zamawiającego ani do ustanawiania tego typu kryteriów, ani do oceny ofert przez ich pryzmat, nie podważał również istoty tych kryteriów, która sprowadza się do weryfikacji ofert w kontekście parametrów niemierzalnych, a więc subiektywnych.

Jednocześnie podkreślał jednak, że obranie przez zamawiającego kryteriów jakościowych nie oznacza całkowitej swobody w zakresie przyznawanej punktacji. Jak wynika z orzecznictwa Izby: Z natury swojej kryterium jakościowe, w tym przypadku dotyczące jakości realizowanej usługi,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu. Opis kryterium przez zamawiającego powinien się jednak sprowadzać do zminimalizowania tego elementu subiektywności przy ocenie w taki sposób, aby pozwalało to z jednej strony na przygotowanie przez wykonawców korzystnych ofert, dających im szansę na uzyskanie zamówienia, z drugiej zaś strony, aby pozwalało zamawiającemu ocenić oferty złożone w postępowaniu przez odniesienie do mierników określonych w SIWZ, a nie np. przez porównanie złożonych w postępowaniu ofert ze sobą (tak w wyroku KIO z dnia 6 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1804/09).

Opis sposobu oceny subiektywnych kryteriów jakościowych powinien zostać skonstruowany w taki sposób, aby maksymalnie ograniczyć wpływ na ocenę ofert subiektywnych odczuć i preferencji oceniającego. Jednocześnie zasady dokonywania oceny ofert powinny być jednakowe i jasne dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Innymi słowy, prawo zamawiającego do subiektywizowania oceny dokonywanej w ramach jakościowych kryteriów - nie jest nieograniczone. Właściwie kończy się ono na uprawnieniu do ustanowienia takiego kryterium, natomiast już opis jego spełnienia oraz sama ocena tego kryterium, musi odbywać się w sposób maksymalnie przejrzysty i gwarantujący poszanowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Oznacza to także, że wykonawca którego oferta została oceniona musi poznać motywy, którymi kierował się zamawiający przyznając danej ofercie taką, a nie inną liczbę punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert i, że zamawiający decydując się na przyznanie określonej liczby punktów musi swoją decyzję odpowiednio umotywić w taki sposób, aby wykonawca zapoznawszy się z tą oceną wiedział z jakich powodów jego rozwiązanie zostało uznane za w pełni odpowiadające wymaganiom, ale też dlaczego rozwiązaniu opisanemu przez konkurencyjnego oferenta została przyznana taka, a nie inna liczba punktów.

Analiza dokumentacji postępowania, w tym kart oceny ofert przygotowanych przez członków komisji przetargowej, nie daje odpowiedzi na tak postawione pytania. Nie wiadomo jest zatem z jakich powodów pomimo, że oferta odwołującego i przystępującego w różnym stopniu spełniały wymagania zamawiającego, określone w SWZ, otrzymały niemal taką samą liczbę punktów w kryterium oceny „Koncepcja realizacji badania ilościowego (BI)” w zakresie części składowej tego kryterium oznaczonej lit. b, określonej w celu oceny sposobu dotarcia do respondentów wraz z metodami zachęcenia ich do udziału w badaniu. Zamawiający nie uzasadnił swojej decyzji w kartach oceny ofert, do czego był zobowiązany. Z kolei na rozprawie sam przyznał, że „można dyskutować” nad tym, czy Danae powinna być w tym kryterium przyznana taka, a nie inna liczba punktów, co wskazuje na to, że sam zamawiający ma wątpliwości czy dokonana ocena ofert była prawidłowa.

Powyższe powoduje, że trafnie zarzuca odwołujący naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

oraz art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w związku z oceną oferty złożonej przez Danae. Z powyższych powodów Izba uwzględniła powyższy zarzut, nakazując w sentencji powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert. W ramach tych powtórzonych czynności zamawiający powinien przeanalizować zaproponowane przez wykonawców rozwiązania i w sposób wyczerpujący uzasadnić swoją decyzję, w szczególności wskazując z jakich powodów ocena ofert w ramach danego kryterium mieści się w danym przedziale punktowym. W zakresie spornego kryterium oznacza to, że zamawiający powinien wskazać i opisać w kartach oceny z jakich powodów ocenia, że dane rozwiązanie mieści się np. w przedziale od 11 do 15 pkt, uzasadnić z jakich powodów uznał, że propozycja wykonawcy w jego ocenie uwzględnia zróżnicowane sposoby dotarcia do respondentów, dlatego te właśnie zapewniają wysoki poziom efektywności w kontekście osiągnięcia określonych przez zamawiającego celów, w końcu także z jakich przyczyn zamawiający uznał, że dane rozwiązanie powinno otrzymać określoną liczbę punktów i dlatego np. 11 a nie 15. Bez podania takiego pełnego uzasadnienia, trudno jest bowiem wykonawcy stwierdzić czy ocena jego oferty, ale też oferty innego wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie została dokonana poprawnie, a z kolei Izbie rozpoznającej odwołanie - ocenić czy zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami.

Wyrok KIO z dnia 27 marca 2023 r. sygn.. akt KIO 540/23, KIO 561/23

W odniesieniu do Kryterium 2 podlega również uwzględnieniu zarzut dotyczący postanowienia zamieszczonego w podkryteriach, a dotyczących odrzucenia oferty w przypadku jeżeli oferta w danym podkryterium otrzyma średnio mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów. Takie postanowienie zamieszczono w podkryterium a) „Analiza ryzyk; c) „Jakość mock ‘up elewacji’ i e) „Organizacja pracy”. W tym przypadku Izba zgodziła się z wnoszącymi odwołanie wykonawcami, że kryteria oceny ofert służą wyborowi oferty najkorzystniejszej - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. A zatem w pierwszej kolejności zamawiający ocenia, czy nie zachodzą powody do odrzucenia oferty na podstawie przesłanek opisanych w art. 226 ustawy Pzp, a następnie dokonuje oceny, która spośród ofert złożonych jest najkorzystniejsza. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w SWZ przewidział dodatkową, niewymienioną w ustawie Pzp, przesłankę odrzucenia oferty. Przesłanki odrzucenia oferty są enumeratywnie wymienione w tej ustawie i nie można ich interpretować rozszerzająco. Już ten fakt powoduje, że zarzut Odwołujących jest uzasadniony, albowiem w tym przypadku zastosowano nieprzewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłankę odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie doszłoby do odrzucenia oferty. Zamawiający nie wyjaśnił, z czym konkretnie, z jakim minimalnym wymaganiem jakości, miałyby być niezgodna oferta wykonawcy. Odrzucenie oferty – jak podkreśla orzecznictwo i doktryna - jest możliwe jedynie w sytuacji konkretnie przewidzianej i jednoznacznej.



Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 264/23

Zarzut główny naruszenia przez zamawiającego art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku z art. 99 ust. 1 i art. 240 ust. 2 ustawy oraz art. 239 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo, że jest ono obarczone wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny skutkiem czego:

- a) w postępowaniu zostały złożone oferty nieporównywalne;
- b) ocena ofert złożonych w postępowaniu jest niemożliwa w kryterium Kompleksowy Program Czystości ze względu na cechę: uwzględnienie (w ofercie) rozwiązań korzystniejszych niż wymagane minimum oraz uwzględnienie/ nie uwzględnienie rozwiązania zapewniające spełnienie wymaganego minimum zgodnie z SWZ; a ponadto oferty złożone w postępowaniu nie poddają się weryfikacji w kryterium Kompleksowy Program Czystości; – tj. wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, i która to wada będzie skutkowałą udzieleniem zamówienia z naruszeniem ustawy

Zarzut potwierdził się.

Zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.(....)

Zamawiający z jednej strony w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w załączniku nr 11 i przepisach powszechnie obowiązującego prawa określił minimalne wymagania związane ze sposobem świadczenia usługi, z drugiej w tym samym dokumencie przyznał, że nie określił częstotliwości wykonywania czynności raczej wskazując na ramy czasowe ich potencjalnego świadczenia, niż krotność wykonywanych czynności. Zamawiający sam wskazywał, że określenie tych częstotliwości było nieracjonalne lub nawet w niektórych przypadkach niemożliwe, gdyż zasadniczo usługa będzie świadczona według potrzeb zamawiającego, które nie dają się jednoznacznie oszacować. Zamawiający wskazywał bowiem, że częstotliwość usługi zależy od szeregu czynników, w tym zdarzeń nieprzewidywalnych, a to m.in. wydarzeń nagłych, które mogą zaistnieć pomiędzy „sprzątaniami” (zabrudzenia dokonywane przez pacjentów, zabrudzenia wynikające z zabiegów czy nagłych czynności medycznych etc.) sposobu (metod) sprzątania przez wykonawcę etc. Skoro częstotliwości nie dają się jednoznacznie określić, to nie można ustalić czy wskazanie np. „dwa razy w ciągu dnia” jest zgodne z minimalnym wymogiem zamawiającego, czy też nie, czy jest to poziom dostateczny, czy najkorzystniejszy, a może „najkorzystniejszym” każdorazowo powinna być informacja „według potrzeb”. Nawet jednak przy informacji „według potrzeb” jak tę informację porównać z informacją „2 x dziennie”, czy jest to każdorazowo większa częstotliwość niż 2 x dziennie, czy też równa i powinna być tak samo oceniona. Izba nie widzi



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przeszkód, żeby zamawiający określił pewien standard świadczenia usług, choćby na poziomie – jak określił to zamawiający - utrzymanie stałej (ciągłej) czystości. Jednak wymóg pewnego standardu to sposób świadczenia usługi, a ten jak sam przyznał zamawiający nie zawsze daje się przełożyć na weryfikowalne ilości. **Kryteria oceny ofert zaś z mocy ustawy mają być przez zamawiających określone w sposób pozwalający na ich weryfikowalność i proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu tak naprawdę w ocenie Izby zamawiający sam nie wie jaką ocenę przyznać wykonawcom, czy „najkorzystniejszy”, czy „dopuszczalny”, bo z jednej strony zamawiający bowiem mówi, że każde zaoferowanie przez wykonawcę rozwiązania korzystniejszego niż minimalne wymagania skutkowało przyznaniem ściśle określonej sztywnej liczby punktów, i to niezależnie od tego, jaka była w tym zakresie ilość owych „korzystniejszych” rozwiązań zaoferowanych przez wykonawcę. Z drugiej zamawiający oświadcza, że nawet przy założeniu, że oferty są nieweryfikowalne pod względem kryterium „najkorzystniejszy” (tj. zaoferowania korzystniejszych rozwiązań niż wymagane przez zamawiającego), to uznać należy, iż obie oferty spełniły minimalne wymagania, uzyskując tym samym również taką samą ilość punktów w ramach oceny kryterium jakości. Sam zamawiający mówi też, że za poziom dopuszczalny należy uznać powielenie postanowień SWZ, tylko przy braku określenia częstotliwości nie można ustalić, kiedy to powielenie postanowień nastąpiło, bo samo wskazanie godzin, w których usługa będzie świadczona nie jest jednoznaczne z osiągnięciem standardu stałej czystości, bo być może wykonawca założył jedno sprzątnięcie w godzinach pracy np. Poradni, a z doświadczenia życiowego zamawiającego wynika, że taka potrzeba to minimum 3 sprzątnięcia w założonym czasie pracy. Nie wiadomo też jak porównał zamawiający deklarację określonej krotności z założeniem „według potrzeb”, o czym Izba pisała już wyżej. **Ponadto zamawiający w ogóle nie odniósł się do oceny „zero punktów”, choć taką ocenę sam w SWZ przewidział. Słusznie zauważył w tym zakresie przystępujący, że takiej oceny w ogóle nie powinno być, gdyż ocena „niedopuszczalny” miała być przyznana w przypadku nieuwzględnienia rozwiązań zapewniających spełnienie wymaganego minimum zgodnie z zapisami SWZ, z niezachowaniem obowiązujących przepisów w tym zakresie, a więc w sytuacji niezgodności oferty z warunkami zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, a oferta odrzucona nie może być oceniana w kryteriach oceny ofert. Również ta okoliczność stanowi o tym, że zamawiający kryterium jakościowe określił w sposób wadliwy, niemierzalny, nie pozwalający na zbadanie ofert w sposób umożliwiający ich rzeczywistą weryfikację i wzajemne porównania. Skoro nie można było ustalić, która z ofert spełnia najbardziej wymagania zamawiającego, to niemożliwe było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przez pryzmat przyjętych kryteriów oceny ofert, co jest obowiązkiem zamawiającego z art. 239 ust. 1 ustawy. W konsekwencji zaś niemożliwe było udzielenie zamówienia podmiotowi wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a zatem zrealizowanie zasady postępowania z art. 17 ust. 3 ustawy. Co więcej o tym, że sami wykonawcy nie wiedzieli jak****



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przygotować Kompleksowe Programy Czystości, aby zadowolić zamawiającego, świadczy również to, że wykonawcy, co przyznał w odpowiedzi sam zamawiający, przygotowali programy na większym poziomie szczegółowości niż wymagał zamawiający np. z rozbiciem na poszczególne przedmioty, czy części pomieszczeń.

Izba doszła do przekonania, że zaistniała wada postępowania. Bezsporne jest, że upłynął już termin składania i otwarcia ofert, a więc na obecnym etapie nie możliwe jest wyjaśnienie wykonawcom, w jaki sposób powinni rozumieć kryterium oceny ofert. Wyjaśnienie takie bowiem mogłoby zmienić treść złożonych ofert, gdyby wykonawcy znali je na etapie przygotowywania oferty, wówczas mogliby złożyć ofertę o innej treści niż obecnie. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany treści oferty w toku badania i oceny ofert. Tym samym wada jest na obecnym etapie postępowania nieusuwalna.

Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 80/23

Ad zarzut nr 2 dotyczący zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert

Stosownie do Pzp: 1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. 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.

Art. 246 ust. 1 i 2 Pzp stanowi: 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%.- 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.

W myśl art. 241 ust. 1 i 3 Pzp: 1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. 3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zgodnie z art. 16 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W sprawie nie jest sporna treść przytoczonych powyżej w odwołaniu postanowień SWZ, w tym, że Zamawiający wprowadził w SWZ tylko jedno kryterium oceny ofert, tj. cenę z wagą 100%. Spór dotyczy tego czy Zamawiający był do tego uprawniony.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ten sposób naruszył wskazane przez niego przepisy, ponieważ zastosowane kryterium nie zapewnia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz prowadzi do preferowania dotychczasowego wykonawcy. Zamawiający nie określił wymagań jakościowych odnoszących się co najmniej do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest bowiem, jego zdaniem, niejednoznaczny, niepełny, nieprecyzyjny i uniemożliwia wykonawcom przeprowadzenie prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący zastrzegł przy tym, że na pierwszy plan wysuwa się w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia dotyczący części usług wdrożeniowych, a dokładnie dostawy terminali płatniczych, co do których Zamawiający w obecnym postępowaniu nie zamieścił postanowień, jakie wprowadzał we wcześniejszych postępowaniach i w związku z tym jego zdaniem nie jest wiadomo, ile terminali i gdzie należy je dostarczyć, jakie funkcje mają zapewniać, jakie wymagania mają spełniać i czy Zamawiający oczekuje od wykonawców przeszkolenia obsługi w zakresie korzystania z terminali. Zastosowane kryterium odnosi się nie tyle do cech świadczenia wykonawcy, co sytuacji faktycznej, w której dotychczasowy wykonawca tj. konsorcjum eService posiada przewagę konkurencyjną. Odwołujący stwierdził, że naprawa tej sytuacji może nastąpić na skutek podjęcia dwóch jednoczesnych czynności, tj. przypisania kryterium cenowemu wagi maksymalnie 60% i wprowadzenia dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert oraz zmianę kryterium cenowego w ten sposób, aby w kryterium oceny ofert podlegała jedynie część wynagrodzenia za obsługę płatności bezgotówkowych, czyli aby zostało wyłączone z oceny jednorazowe wynagrodzenie za wdrożenie usług.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika natomiast, że przedmiot zamówienia został opisany z perspektywy celu jaki ma być osiągnięty, a nie przez opisywanie np. parametrów terminali płatniczych czy funkcjonalności jakie mają posiadać, co jest kwestią mało istotną z perspektywy realizacji przedmiotu postępowania. W opisie przedmiotu zamówienia zostały zdefiniowane wszystkie niezbędne standardy jakościowe odnoszące się do usługi będącej przedmiotem postępowania, w szczególności poprzez zapisy:

- a. Wykonawca zapewni, aby przyjmowanie i rozliczanie transakcji BLIK i PBL oraz transakcji z wykorzystaniem Kart Płatniczych i Kart Flotowych odbywało się 24 godziny na dobę (pkt 2.1.1. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do projektowanych postanowień umowy, zwanych dalej „PPU”);
- b. Wykonawca zobowiązany jest do codziennego tworzenia i zamieszczania w Panelu Wykonawcy plików rozliczeniowych zawierających wszystkie autoryzowane Transakcje za okres od 00:00 – 24:00 (pkt 2.9.1. OPZ);
- c. W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca zapewni Zamawiającemu stałą,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

całodobowy dostęp do panelu Wykonawcy z odpowiednimi uprawnieniami nadanymi Zamawiającemu, zapewniającymi weryfikację statusu transakcji bezgotówkowych (transakcji zaakceptowanych i transakcji odrzuconych) oraz wygenerowanie potwierdzeń prawidłowości wykonanych transakcji w formacie co najmniej XML, XLS, TXT, CSV, PDF (pkt 2.9.5. OPZ);

d. Wykonawca, najpóźniej 2-go Dnia Roboczego po otrzymaniu od Zamawiającego raportu transakcyjnego, przekazuje odrębnym przelewem na rachunki bankowe Zamawiającego sumę wartości transakcji z danego dnia dotyczących jednego raportu transakcyjnego w podziale na transakcje dokonywane kanałami płatniczymi: strona internetowa, aplikacja mobilna, transakcje w MOK, Transakcje e-bilet dokonywane poprzez stronę internetową i aplikację mobilną (pkt 2.10.2. OPZ);

e. Dostępność systemu autoryzacyjnego – gwarantowany poziom świadczenia usług (SLA) dostępność jest mierzona w stosunku do jednego roku kalendarzowego, w którym to okresie dopuszcza się łącznie 8,76 godz. niedostępności (pkt 2.11.1. OPZ);

f. Obsługa płatności internetowych musi odbywać się 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę przez cały rok, ze współczynnikiem SLA (Service Level Agreement) nie niższym niż 99,90%. Do SLA nie są liczone przerwy techniczne w godzinach od 22:00 do 6:00 czasu lokalnego, o których Wykonawca musi powiadomić Zamawiającego nie później niż 5 dni przed planowaną przerwą techniczną. Liczba godzin przerw technicznych nie może być większa niż 6 godzin w skali miesiąca i jednocześnie jednorazowa przerwa w działaniu systemu nie może być dłuższa niż 3 godziny (pkt 2.11.2 OPZ);

g. Wykonawca usuwać będzie wszelkie awarie infrastruktury do obsługi płatności bezgotówkowych zgłaszane Wykonawcy przez Zamawiającego. Usunięcie awarii realizowane będzie najpóźniej do 24 godzin (maksymalny termin) od momentu zgłoszenia (pkt 2.13.1.4. OPZ);

h. Wykonawca zapewni przez 7 dni w tygodniu/365 dni w roku wsparcia techniczne dla Zamawiającego (pkt 2.13.1.5. OPZ).

oraz określenie Service Level Agreement (SLA), które zostało doprecyzowane w załączniku nr 1 do OPZ, gdzie Zamawiający określił m.in. sposób zgłaszania incydentów, czasy reakcji na incydent oraz czasy naprawy incydentów z podziałem na określone priorytety.

Zdaniem Zamawiającego mając na uwadze również definicje ujęte w SWZ zakres świadczenia jest precyzyjny, a wprowadzanie w postępowaniu jakichkolwiek innych kryteriów pozacenowych byłoby sztuczne i niemające znaczenia dla Zamawiającego. Istota przedmiotu zamówienia sprowadza się bowiem do tego, że aby móc rozpocząć świadczenie usług będących przedmiotem postępowania, Wykonawca powinien wdrożyć rozwiązanie, które umożliwi mu realizację następujących celów:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- a) zapewnienie obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników dróg krajowych, zarządzanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z tytułu poboru Opłat Drogowych oraz zapewnienie prawidłowego przekazania przez poborcę – Szefa KAS - wnoszonej przez Użytkowników dróg krajowych opłaty na Krajowy Fundusz Drogowy,
- b) autoryzację oraz rozliczanie transakcji bezgotówkowych, dokonanych Kartami Płatniczymi, Kartami Flotowymi oraz metodą BLIK i PBL,
- c) połączenie systemu autoryzacyjnego Wykonawcy z istniejącą infrastrukturą Zamawiającego, umożliwiającą sprawne kontynuowanie obecnej obsługi płatności bezgotówkowych.

Dla realizacji powyższego konieczna jest integracja zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania z już funkcjonującym systemem e-TOLL. Każdy wykonawca ma możliwość indywidualnego (autorskiego) zaproponowania rozwiązania z zastrzeżeniem zgodności z SWZ. Po poprawnym zbudowaniu, uruchomieniu i przetestowaniu rozwiązania informatycznego, stworzonego przez wykonawcę, obsługa płatności bezgotówkowych (w tym autoryzacja) odbywa się niejako automatycznie, a udział wykonawcy w procesie polega wyłącznie na nadzorowaniu poprawności świadczonych usług i raportowaniu. Tworzenie więc jakichkolwiek dodatkowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu miałyby charakter sztuczny, nieodzwierciedlający realnych potrzeb Zamawiającego.

W ocenie Izby w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w sprawie nie zostało wykazane, aby zastosowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie zawierał wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Nie zostało także wykazane, aby brak określenia przez Zamawiającego konkretnych rozwiązań w zakresie wdrożenia i pozostawiona wykonawcom w tym zakresie swoboda, z zastrzeżeniem konieczności uwzględnienia wymogów określonych w SWZ, stanowiło w okolicznościach analizowanej sprawy naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, w tym, aby profesjonalny wykonawca, posiadający uprawnienia w danej dziedzinie, znając SWZ i wiedząc jakie usługi ma świadczyć, nie był w stanie opracować autorskiego rozwiązania służącego do ich realizacji i jego integracji z systemem e-TOLL.

W tym aspekcie Izba zwraca uwagę, że, jak słusznie stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim świadczenie usług całodobowej autoryzacji oraz rozliczania transakcji bezgotówkowych dokonywanych przy użyciu: kodu BLIK, transakcji PBL (Pay By Link) oraz przy użyciu Kart Płatniczych i Kart Flotowych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych oraz zapewnienie niezbędnej obsługi serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego płatności bezgotówkowych. Dla umożliwienia świadczenia tych usług konieczne jest przeprowadzenie przez Wykonawcę wdrożenia usług, tj. zintegrowanie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

systemu Wykonawcy i Zamawiającego umożliwiające wymianę niezbędnych danych oraz zapewnienie i uruchomienia w Miejscach Obsługi Klienta (MOK) odpowiedniego sprzętu i oprogramowania umożliwiającego dokonywanie płatności przy użyciu Kart Płatniczych i Kart Flotowych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych. Ten sprzęt i oprogramowanie zostały zdefiniowane przez Zamawiającego jako Infrastruktura MOK. Zgodnie z definicją „Infrastruktura MOK” (załącznik nr 3 do PPU) pojęcie to obejmuje sprzęt i oprogramowanie niezbędne do obsługi transakcji bezgotówkowych w MOK umożliwiające realizację tych płatności zgodnie z OPZ, przy czym, jak wskazał Zamawiający, sam terminal płatniczy POS nie wyczerpuje tego co Wykonawca musi zapewnić w MOK, aby świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia. Oprócz Terminala płatniczego POS Wykonawca musi bowiem zapewnić np. odpowiednie oprogramowanie niezbędne do prawidłowego działania terminala, certyfikaty. Infrastruktura MOK jest objęta usługą serwisową określoną w OPZ z gwarantowanym czasem naprawy (Rozdział II punkt 2.13). Zamawiający opisał w SWZ swoje oczekiwania w zakresie SLA. Nadto z § 5 ust. 5.9 PPU wynika, że Infrastruktura MOK oddawana jest Zamawiającemu w najem na czas realizacji Umowy.

Tak więc trudno uznać za potwierdzone twierdzenia Odwołującego dotyczące braku określenia wymagań do co najmniej głównych elementów przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał wymogi w zakresie ww. usług będących przedmiotem zamówienia. Z tych względów należy uznać, że Zamawiający mógł zastosować jedno kryterium oceny ofert w postaci ceny. Okoliczność, iż Zamawiający nie narzucił wykonawcom np. konkretnych rozwiązań co do terminali, pozostawiając wykonawcom swobodę wyboru takich, które zapewnią realizację podstawowego celu zamówienia, tj. świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że nie zostały przez niego opisane wymagania co do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3038/22

Zarzuty w odwołaniu zasadniczo dotyczyły sposobu oceny obu ofert złożonych na część 2 zamówienia w kryterium pozacenowym, które zdecydowało o wyborze oferty Diag-Med, jako najkorzystniejszej, chociaż ofertę tańszą złożył Odwołujący. Zmiana punktacji, chociażby w jednym z parametrów ocenianych, czy to na rzecz Odwołującego, czy też przez obniżenie punktacji oferty wybranej, wpływałaby na wynik postępowania. Różnica pomiędzy obiema ofertami w łącznej punktacji wyniosła 0,05 pkt

Uwzględniając zarzuty i wnioski Odwołującego, należało odnieść się w pierwszej kolejności do kwestii formalnej dotyczącej przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawcy byli zobowiązani złożyć w celu wykazania spełnienia parametrów deklarowanych w załączniku 2A do swz. Odwołujący wskazywał w tym zakresie, iż jego oświadczenie opisujące parametr oceniany z poz. 7 i 8 – czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na codzienne/cotygodniowe czynności



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

konserwacyjne, zawarte w załączniku 2A, należało uznać za przedmiotowy środek dowodowy, komplementarny z wyciągiem z instrukcji obsługi.

W ocenie składu orzekającego wnioski Odwołującego były nieprawidłowe. Zamawiający w swz wyraźnie wskazał, jakie dokumenty składane mają być w celu wykazania wszystkich deklarowanych w załączniku 2A parametrów granicznych i ocenianych, które stanowią przedmiotowe środki dowodowe. Nie można zatem traktować oświadczenia wykonawcy zawartego w załączniku 2A, jako środka dowodowego służącego potwierdzeniu spełnienia parametrów technicznych urządzenia. Należy rozróżnić oświadczenie z formularza 2A od przedmiotowego środka dowodowego, nawet jeżeli ten pochodziłby od tego wykonawcy, co w postępowaniu było dopuszczone w sytuacji, gdy wykonawca jest producentem lub autoryzowanym przedstawicielem producenta. Zamawiający zobowiązany był ustalić w oparciu o złożone przedmiotowe środki dowodowe, czy wszystkie parametry urządzenia wskazane przez wykonawcę w załączniku 2A do swz zostały potwierdzone. Ponadto, jak sam zauważył Odwołujący, w odniesieniu do oceny przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy Diag-Med, przepis art. 107 ust. 3 Ustawy wyłącza możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie parametrów stanowiących kryterium oceny ofert. Wystarczy w tym zakresie powtórzyć tezę cytowaną przez Odwołującego z wyroku z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3399/21: „Przepis art. 107 ust. 3 PrZamPubl nie pozwala na uzupełnianie przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert”.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy należy wskazać, iż Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny przedmiotowej ofert w oparciu o przedłożone przez wykonawców przedmiotowe środki dowodowe, w takim zakresie w jakim pozwalały one na potwierdzenie parametrów urządzenia. W sytuacji, gdyż środki te nie potwierdzały spełnienia parametru ocenianego, Zamawiający nie mógł przyznać punktów w kryterium parametrów technicznych, jak również nie mógł wezwać do uzupełnienia dokumentu, czy też zastąpienia przedmiotowego środka dowodowego oświadczeniem wykonawcy z załącznika 2A. Zamawiający w odniesieniu do obu ocenianych ofert stosował się do zasad opisanych w swz przyznając punkty wyłącznie za te parametry, które znalazły potwierdzenie w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych, do czego Izba odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, kwestią sporną było to, czy w parametrach ocenianych z poz. 7 i 8 Załącznika nr 2A Zamawiający prawidłowo nie przyznał punktów. Wykonawca w załączniku 2A potwierdził czas wyłączenia z pracy analizatora na codzienne i cotygodniowe czynności konserwacyjne wskazując odpowiednio na czas: „do 15 min.” (codzienne wyłączenie) i „do 20 min.” (cotygodniowe wyłączenie). Jednocześnie Wykonawca załączył instrukcję obsługi aparatu, w której zapis na str. 226: „Cykl wyłączenia jest skuteczny i działa prawidłowo, wyłącznie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

gdy środek czyszczący pozostaje w komorach przez co najmniej 10 minut po zakończeniu cyklu”, miał potwierdzać parametry oceniane.

Stanowisko Odwołującego nie było spójne, gdyż z jednej strony próbował przekonać, iż zapis z instrukcji należało traktować uzupełniająco do oświadczenia z załącznika 2A, jako oświadczeń komplementarnych, a jednocześnie podnosił, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił przedmiotowy środek dowodowy, z którego bezpośrednio nie wynikało potwierdzenie deklaracji wykonawcy. Sam na rozprawie przyznał, iż sam czas pozostawania środka czyszczącego - cleanera w aparacie nie jest pełną informacją, a cały proces inicjacji trwa poniżej 15 i 20 minut. Zamawiający słusznie zatem uznał, iż instrukcja nie potwierdza parametrów ocenianych, prezentując wyłącznie dane o czasie, przez jaki środek czyszczący musi pozostać w urządzeniu, co nie może być identyfikowane z pełnym czasem wyłączenia aparatu z pracy, a to stanowiło parametr oceniany w kryterium technicznym. Skoro do oferty został załączony przedmiotowy środek dowodowy, który nie potwierdzał parametrów ocenianych, Zamawiający nie miała podstaw do wezwania o jego uzupełnienie, czy też przyjęcia w miejsce tego środka, oświadczenia Wykonawcy z załącznika 2A, które nie mogło być traktowane, jako przedmiotowy środek dowodowy. Słusznie Zamawiający uznał, iż tylko oświadczenie Horiba z 02.09.2022 r. dotyczące załącznika 2A do swz – miało charakter przedmiotowego środka dowodowego, ale w oświadczeniu tym Wykonawca w ogóle nie odniósł się do parametrów ocenianych z poz. 7 i 8. Ponownie należy podkreślić, iż Zamawiający nie mógł wezwać do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (do czego Izba powyżej się odnosiła) i zobowiązany był ocenić ofertę w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą. Czynności te przeprowadził w odniesieniu do oferty Odwołującego zgodnie z ustalonymi zasadami i kryteriami oceny ofert.

Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2894/22

Zarzut dotyczący uzasadnienia oceny ofert wg przyjętych kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący postawił w odwołaniu zarzut braku wyjaśnienia przez zamawiającego sposobu przyznawania punktów w kryteriach oceny ofert, zwłaszcza wobec faktu, że w notatce z oceny ofert wskazane zostały określone uwagi do próbek butów. Okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu odwołania pozwoliły Izbie na samodzielne dokonanie subsumpcji i ustalenie, że zarzut dotyczy przede wszystkim art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z tym w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie rozróżnił obowiązek podania punktacji przyznanej w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji od obowiązku podania uzasadnienia faktycznego (po myślniku odnoszącym się do obu punktów w tym przepisie). Oznacza to, że zamawiający zobligowany jest do podania punktacji przyznanej ofertom, ale także do podania uzasadnienia faktycznego dla tej punktacji, czyli wskazania, dlaczego danej ofercie w danym kryterium przyznał określoną liczbę punktów. Tym samym obowiązek podania takiego uzasadnienia wynika wprost z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, należy też w kontekście kryteriów oceny ofert zwrócić uwagę na podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający stosując kryteria oceny ofert decyduje o tym, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Zastosowanie kryteriów oceny ofert ma więc kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie – dla interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Dlatego też, w celu zapewnienia ochrony tych interesów i realizacji zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, w tym zwłaszcza zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek informowania wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, ile otrzymała punktów i dlaczego otrzymała taką a nie inną liczbę punktów. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takiej wiedzy, nie są realizowane podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, a także nie ma możliwości realnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż nie ma możliwości postawienia zarzutów wobec czynności, której podstawy dokonania nie są wykonawcy znane. Powyższe zaś, wobec niemożności realnej weryfikacji



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

prawidłowości czynności zamawiającego, może doprowadzić do udzielenia zamówienia (czyli zawarcia umowy) wykonawcy, który w ogóle nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowiłoby pogwałcenie kolejnej zasady, wyrażonej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym kompletne i rzetelne poinformowanie wykonawców o tym, dlaczego dany wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert określoną liczbę punktów, stanowi czynnik niezbędny do realizacji ww. zasad, jak też realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Brak uzasadnienia lub niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest więc naruszeniem nie tylko art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale także ww. zasad.

W niniejszej sprawie zamawiający przewidział m.in. dwa następujące kryteria oceny ofert o wadze 15% każde:

- ☐ wygląd ogólny trzewików zimowych, estetyka wykonania, brak rażących odcieni kolorystycznych między elementami obuwia, symetria elementów w półparach,
- ☐ wygląd ogólny wyściótek, estetyka wykonania, jakość użytych materiałów, ergonomia - wyprofilowanie, symetria elementów w półparach.

Dla obu ww. kryteriów zamawiający wskazał w swz, że przyznawane będą punkty od 0 do 15 za jakość wykonania modelu ofertowego – staranność wykonania i wykończenia, brak błędów materiałów obniżających ich wartość użytkową. Jednocześnie informując wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający wskazał jedynie liczbę punktów przyznanych każdej ofercie bez wskazania uzasadnienia faktycznego, tj. powodów, dla których dana oferta uzyskała taką a nie inną liczbę punktów. W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśniał, że oceny próbek butów dokonywali m.in. żołnierze i zamawiający nie posiada wiedzy, dlaczego przyznawali oni określoną liczbę punktów danemu butowi.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastosowanie kryteriów jakościowych nie uprawnia zamawiającego do całkowicie subiektywnej i swobodnej oceny. Żadna czynność zamawiającego, w świetle zasad, o których mowa w art. 16 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 ewentualny element subiektywnej oceny musi zostać ograniczony do minimum. Ponadto ocenny 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. Tym bardziej nie zwalnia zamawiającego z ww. obowiązku fakt zaangażowania żołnierzy do oceny próbek butów. Zamawiający powinien bowiem od każdej osoby oceniającej próbki w ramach kryteriów oceny ofert, wymagać podania uzasadnienia dla przyznanej przez nią punktacji, tak by możliwe było zarówno dokonanie oceny w sposób możliwie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

najbardziej obiektywny (przy ocennym charakterze kryteriów), jak i podanie uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przy czym, jak wskazano już wyżej, ww. obowiązek podania uzasadnienia faktycznego istnieje 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.

Reasumując, podanie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu jedynie informacji o liczbie przyznanych ofertom punktów, stanowiło naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Wyrok KIO z dnia 11 października 2022 r., sygn. akt KIO 2505/22

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 107 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 239 ust. 1-2 Pzp poprzez:

a) wezwanie w dniu 30 sierpnia 2022 r. Fudeko S.A. do złożenia przedmiotowego środka dowodowego „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”, podczas gdy przedmiotowe środki dowodowe służące potwierdzeniu zgodności z kryteriami oceny ofert podlegają złożeniu wraz z ofertą i nie mogą być później uzupełnione;

b) przyznanie Fudeko S.A. jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” oraz jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku”, co jest skutkiem nieprawidłowego uzupełnienia przez Fudeko S.A. przedmiotowego środka dowodowego „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”;

(...)



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że spór między stronami dotyczył czy wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ, jest podmiotowym czy przedmiotowym środkiem dowodowym.

Izba zważa, że Zamawiający w celu oceny złożonych ofert w zakresie kryterium oceny ofert w przedmiocie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia punktował doświadczenie zawodowe (po modyfikacji SWZ) w poniższy sposób:

- doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia – 10%

gdzie:

doświadczenie 3 lata – 0 pkt.

doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie – 5 pkt.

doświadczenie powyżej 5 lat – 10 pkt.

oraz

- doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) - 10%

gdzie:

doświadczenie 3 lata – 0 pkt.

doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie – 5 pkt.

doświadczenie powyżej 5 lat – 10 pkt.

Ponadto Izba zważa, że zgodnie z pkt 5.2. lit. b SWZ (po modyfikacji SWZ), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadające doświadczenie, wykształcenie i kwalifikacje zawodowe do wykonania



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamówienia w zakresie usług, w tym:

- co najmniej 1 dietetykiem dyplomowanym posiadającym odpowiednie kwalifikacje zawodowe (ukończona wyższa szkoła, uzyskanie tytułu mgr w dziedzinie dietetyki/ technologii żywienia);
- co najmniej 1 osobą, która posiada udokumentowane co najmniej 3 letnie doświadczenie na stanowisku menagera w świadczeniu usługi codziennego żywienia w świadczeniu usługi codziennego żywienia pacjentów zakładu/ów opieki zdrowotnej,
- co najmniej 6 kucharzami (po ukończonej szkole gastronomicznej) posiadającymi odpowiednie kwalifikacje (szef kuchni, zastępca szefa kuchni, kucharze), w tym co najmniej 1 kucharza z minimum 3 letnim doświadczeniem w żywieniu zbiorowym.

Izba dodatkowo wskazuje, że Zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2022 r. modyfikując SWZ określił, iż w przypadku, gdy Wykonawca, zaoferuje większą niż wymaganą liczbę kucharzy z co najmniej 3 letnim doświadczeniem, w formularzu ofertowym należy podać najdłuższe doświadczenie jednego z kucharzy, a ocena punktowa w ramach powołanych kryteriów zostanie dokonana na podstawie deklaracji Wykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia (w formularzu oferty) oraz Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - załącznik nr 7 do SWZ. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego został również wprowadzony w wyniku modyfikacji SWZ w pkt. 7.2. lit. d do przedmiotowych środków dowodowych, a który to środek dowodowy nie został złożony przez Przystępującego wraz z ofertą.

Izba zważa, że na potwierdzenie spełniania warunków zgodnie z pkt 7.3. SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, wśród których w pkt 7.3.5. SWZ znalazł się Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, który stanowił podmiotowy środek dowodowy od momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Należy w tym miejscu podkreślić, że w zmodyfikowanym formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, Zamawiający w ramach doświadczenia zawodowego magistra dietetyki i kucharza wymagał podania wyłącznie liczby lat: „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j.Dz.U.2020.2021) magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia wynosi.....lat, Doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j.Dz.U.2020.2021) wynosi.....lat”, tak samo jak w zmodyfikowanym Wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ w kolumnie dotyczącej doświadczenia zawodowego: „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym (podane

w latach)”.

Tym samym, zdaniem Izby, rację ma Przystępujący, który w piśmie procesowym stwierdził, że: „Wykaz osób nie zawierał żadnych dodatkowych informacji, niezbędnych dla Zamawiającego dla przyznania Przystępującemu punktów w kryterium doświadczenia magistra dietetyki i kucharza, których nie zawierałby formularz ofertowy złożony przez Przystępującego”, a także na rozprawie: „Załącznik nr 7 nie miał żadnego znaczenia dla przyznania punktów przy ocenie ofert. W formularzu ofertowym jednoznacznie wynika, że jest to doświadczenie osób, które są przeznaczone do realizacji zamówienia. Natomiast załącznik nr 7 był istotny z punktu widzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zawierał żadnych dodatkowych informacji, które by wpłynęły na przyznanie punktów. Podanie imienia i nazwiska również nie wpływało na przyznanie punktów. (...) Kryterium oceny ofert dotyczyło wyłącznie czynności lat doświadczenia dietetyka i kucharza, niezależnie od tego, gdzie zostało ono zdobyte”.

Nadto sam Zamawiający potwierdził powyższe, wskazując na rozprawie, że: „tylko oceniał lata doświadczenia, nie nazwiska osoby, gdzie skończyła studia. Zamawiający niepotrzebnie wskazywał wykaz jako przedmiotowy środek dowodowy, ale nie miało to wpływu na ocenę informacji zawartych w formularzu ofertowym i w wykazie załącznika nr 7, informacje te są identyczne i dlatego podjął Zamawiający decyzję, aby poddać tę ofertę ocenie”.

W związku z powyższym, Zamawiający zgodnie z zapisami pkt 2.3. SWZ: „Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w dniu 30 sierpnia 2022 r. wezwał Przystępującego, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, aktualnych na dzień składania, podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP.

Izba zważy, że nie ma racji Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez wezwanie Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, ponieważ takie wezwanie „w ogóle nie miało miejsca” w przedmiotowym postępowaniu, albowiem Zamawiający wezwał Przystępującego wyłącznie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP.

Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1834/22

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że z uwagi na parametry graniczne opisane w postępowaniu, z całej gamy urządzeń, o porównywalnej klasie i przeznaczeniu, a dostępnych na rynku, mogą być zaoferowane wyłącznie: urządzenie oferowane przez przystępującego Medumat Standard 2 firmy Weinmann oraz urządzenie oferowane przez odwołującego o nazwie ParaPac Plus 310.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Nie było również sporne między stronami, że ww. urządzenie oferowane przez odwołującego nie spełniało żadnego z parametrów jakościowych, ocenianych przez zamawiającego w kryterium oceny ofert: parametry techniczne, a więc „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, oraz „SIMV”. Nie było też sporne, że urządzenie oferowane przez przystępującego Medumat Standard 2 firmy Weinmann spełniało wszystkie parametry oceniane. W tej sytuacji w kryterium oceny ofert „parametry techniczne”, z uwagi na przypisaną im wagę, urządzenie odwołującego uzyskałoby 0 pkt, zaś urządzenie oferowane przez przystępującego - maksymalną liczbę 60 pkt

Następnie, na podstawie symulacji zawartych na str. 2-3 pisma procesowego odwołującego z 2 sierpnia 2022 r. Izba ustaliła, że w tej sytuacji, biorąc pod uwagę zbliżone ceny rynkowe urządzeń, waga kryterium parametry techniczne okazała się na tyle duża, że przewaga w nim osiągnięta pozwalałaby przystępującemu na zaoferowanie cen nawet trzykrotnie wyższych od stosowanych przez niego standardowo na rynkowo, a i tak posiadałby gwarancję uzyskania zamówienia. Co więcej z kolejnej symulacji wynikało, że nawet gdyby odwołujący, sprowadzając rzecz do absurdu, obniżył cenę do symbolicznego 1 zł to i tak przystępujący mógłby zaoferować zamawiającemu cenę pięciokrotnie wyższą od stosowanych przez siebie cen rynkowych, a i tak uzyskałby zamówienie.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że - w okolicznościach danej sprawy - waga kryteriów jakościowych „parametry techniczne” naruszała zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prowadziła bowiem do sytuacji, w której konkurowanie między odwołującym a przystępującym okazywało się jedynie teoretyczne możliwe, a praktycznie zostało wyłączone. Przez wagę spornych kryteriów jakościowych drugi z wykonawców de facto otrzymał bowiem gwarancję uzyskania zamówienia pomimo przeprowadzenia przez zamawiającego formalnie otwartego, konkurencyjnego postępowania.

Należało zgodzić się także z odwołującym, że tak opisane kryterium naruszało zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 PrZamPubl. Zasada ta rozumiana jest jako stosowanie wymagań czy środków adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania. Celem ustanowienia kryteriów jakościowych jest promowanie urządzeń lepszych jakościowo spośród urządzeń spełniających wymogi minimalne. Zamawiający spośród setek rozmaitych cech technicznych respiratorów wybrał 4 cechy i od ich istnienia uzależnił de facto możliwość uzyskania zamówienia. Nie zostało przez zamawiającego wykazane, że rola tych cech jest tak istotna, że jest gotowy w zamian za to na de facto wyłączenie jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu, czy zaakceptowanie cen kilkukrotnie wyższych od rynkowych. Jeżeli rzeczywiście po stronie zamawiającego istniała taka konieczność, to powinien wszcząć postępowanie w trybie zamówienia w wolnej ręce.



Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn.. akt KIO 81/22

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg”, numer referencyjny: SZP.27.70.2021.LK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.12.2021 r. Nr 2021/S 255-675059.

(...)

Należy także zwrócić uwagę na okoliczności faktyczne towarzyszące udzieleniu przedmiotowego zamówienia. W 2019 r. Miasto Stołeczne Warszawa zawarło umowę na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Ursynów i Wilanów. W umowie tej przewidziano wynagrodzenie obliczane zgodnie ze wskazaną w umowie metodą, uzależniającą wysokość wynagrodzenia od odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej, ze szczególnym uwzględnieniem sposobu obliczania wynagrodzenia dla odległości powyżej 40 km. Jednocześnie na podstawie umowy z 2017 r. Miasto Stołeczne Warszawa zobowiązało Zamawiającego, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., m.in. do wykonywania zadań związanych z zagospodarowaniem odpadów. Tym samym odbiór odpadów jest zadaniem, które realizuje Miasto Stołeczne Warszawa, natomiast zagospodarowanie tych odpadów jest zadaniem realizowanym przez Zamawiającego. Wykonywanie obu tych zadań się ze sobą wiąże.

Zamawiający ustalił w niniejszym postępowaniu jako kryterium oceny ofert: koszt usługi (100%), obejmujący następujące zsumowane koszty:

- 1) „Cena oferty” za zagospodarowanie odpadów komunalnych, oraz
- 2) „Koszt transportu” odpadów komunalnych ponoszony przez Zamawiającego lub Miasto Stołeczne Warszawa za transport odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowej/-ych wskazanej/-ych przez wykonawcę w ofercie.

W pkt 20.4.1. swz wskazano, że w ramach oceny ofert brane będą pod uwagę koszty transportu odpadów, jakie Zamawiający lub Miasto Stołeczne Warszawa będzie zobowiązane ponieść w związku ze:

20.4.1.1. wskazaniem przez wykonawcę w ofercie adresu instalacji, w których odpady będą zagospodarowane lub adresu stacji przeładunkowej, do której będą one transportowane, odległej o ponad 40 km w linii prostej od granicy zadania, z którego następuje transport odpadów,

20.4.1.2. wynikającą z treści złożonej oferty, koniecznością wypłaty wyższego wynagrodzenia podmiotom odpowiedzialnym za transport odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowej, które



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zostały wybrane w przetargu organizowanym przez Miasto Stołeczne Warszawa (ogłoszenie o zamówieniu Dz.Urz. UE 2018/S 173-392688), w sytuacji, gdy transport odpadów odbywa się do instalacji lub stacji przeładunkowej odległej o ponad 40 km w linii prostej od granicy zadania, z którego następuje transport odpadów.

Na podstawie zatem umów zawartych z Miastem Stołecznym Warszawa, Zamawiający przyjął, że koszt transportu wyłącznie do instalacji lub stacji przeładunkowej położonej/-ych w odległości do 40 km od granicy zadania wynosi 0 zł, natomiast koszt 1 km transportu 1 Mg odpadów dla poszczególnych zadań, przy odległości ponad 40 km od granic zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej, wynosi brutto: Zadanie 1(8.1)* - 0,88 zł za 1 km, Zadanie 2(8.2)* - 0,88 zł za 1 km.

W stosunku do tak skonstruowanego kryterium oceny ofert w zakresie kosztu transportu, odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- a) kryterium to nie jest związane z przedmiotem zamówienia,
- b). Zamawiający przyjął nierynkowe stawki 0,88 zł/km i narzucił wykonawcom ich zastosowanie oraz wskazał na odległości w tzw. „linii prostej”,
- c) wykonawcy nie mają wpływu na koszt transportu,
- d) ww. kryterium narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz uniemożliwia uzyskanie najlepszych efektów gospodarczych zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kryterium kosztu zostało przewidziane przez ustawodawcę w przytoczonych wyżej przepisach PrZamPubl, które stanowią implementację do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Jak słusznie zauważył Zamawiający, w motywie 96 dyrektywy ustawodawca unijny wprost wskazał koszty transportu jako koszty cyklu życia m.in. dla usług. Tym samym należy stwierdzić, że koszty transportu mogą być co do zasady wykorzystywane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako kryterium oceny ofert. Ponadto kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia, przy czym zarówno z przepisów PrZamPubl, jak i z przepisów dyrektywy wynika, że w takim wypadku zamawiający zobowiązany jest wskazać dane wymagane od wykonawców oraz metodę określenia kosztów cyklu życia w oparciu o te dane. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga od wykonawców wskazania w ofercie adresów instalacji lub stacji przeładunkowych, do których odpady będą wożone, jak też opisał metodę obliczenia kosztów transportu uwzględniającą informacje o adresach ww. instalacji lub stacji przeładunkowych.

W świetle powyższych ustaleń, przede wszystkim stwierdzić należy, że kryterium kosztu transportu jest związane z przedmiotem niniejszego zamówienia. Mimo tego, że zamówienie



zostało określone jako usługa zagospodarowania odpadów komunalnych, faktem jest, że odpady w celu ich zagospodarowania muszą być dowieszone do instalacji lub stacji przeładunkowej. Nie można zatem zagospodarowania odpadów rozpatrywać w oderwaniu od kosztów, jakie się z tym zagospodarowaniem wiążą, czyli w tym wypadku - od kosztów transportu. Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, w umowie zawartej przez Miasto Stołeczne Warszawa w 2019 r. określono wynagrodzenie za odbiór odpadów zależny od odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej, z uwzględnieniem zwłaszcza odległości na ponad 40 km. Z powyższego wynika, że po pierwsze, koszty transportu są częścią kosztów, jakie ponosi Zamawiający i Miasto Stołeczne Warszawa w związku z zagospodarowaniem odpadów, po drugie, że koszty te są generowane przede wszystkim w przypadku dowożenia odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowych odległych o ponad 40 km od granicy zadania. Tym samym kryterium kosztu transportu, obliczane m.in. w oparciu o odległość instalacji bądź stacji przeładunkowej od granicy zadania, jest związane z przedmiotem zamówienia. Na powyższe nie ma wpływu kwestia, czy możliwe byłoby zastąpienie tego kryterium innym kryterium w postaci odległości instalacji/stacji przeładunkowej lub w postaci kryterium środowiskowego, zresztą ani zarzut ani żądanie w tym zakresie nie zostało sformułowane w odwołaniu.

Za niezasadną uznała Izba argumentację Odwołującego dotyczącą narzucenia w ramach ww. kryterium nierynkowych stawek 0,88 zł/km i ustalania odległości w „linii prostej”. Pomijając w tym miejscu niekonsekwencję Odwołującego, który z jednej strony uznaje ww. stawkę za nierynkową i przedstawia dowody mające potwierdzać możliwość uzyskania niższych cen, a z drugiej strony zwraca uwagę na wzrost cen oraz podnosi, że w trakcie realizacji tego zamówienia wskazana stawka może być już nieadekwatna, przede wszystkim należy ponownie wskazać na to, co wynika z umowy zawartej w 2019 r. przez Miasto Stołeczne Warszawa. Jak już wyżej wskazano, w umowie tej przewidziano wynagrodzenie obliczane zgodnie ze wskazaną w umowie metodą, uzależniającą wysokość wynagrodzenia od odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej i na tej podstawie zamawiający ustalił stawkę 0,88 zł za 1 km transportu 1 Mg odpadów (przy odległości powyżej 40 km). Taki zatem koszt będzie faktycznie ponoszony, gdyż został on ustalony w umowie z 2019 r. Nie ma wobec tego znaczenia, jakie stawki byłyby lepsze wg Odwołującego, gdyż Zamawiającego będzie obowiązywać stawka wynikająca z ww. umowy. To ta stawka, z uwzględnieniem odległości instalacji lub stacji przeładunkowej od granicy zadania oraz ilości odpadów lub ich frakcji, wyznacza realny koszt transportu, jaki poniesie Zamawiający. Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, że jest to stawka „nierynkowa”, gdyż w tych okolicznościach faktycznych sprawy jest ona jak najbardziej realna.

W ww. umowie z 2019 r. wskazano również, że odległość instalacji lub stacji przeładunkowej od granicy zadania będzie liczona po najkrótszej drodze w linii prostej. Na obecnym etapie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zamawiający nie może zatem obliczać odległości inaczej niż w linii prostej, gdyż prowadziłoby to do oderwania kryterium oceny ofert od realnej metody obliczania kosztów transportu wynikającej z ww. umowy. Przy czym należy zauważyć, że uwzględniając zarzut nr 1b Zamawiający dokonał modyfikacji swz poprzez zmianę sposobu wyliczania odległości w linii prostej.

Nie można się także zgodzić z Odwołującym, że wykonawcy nie mają wpływu na koszt transportu, co wykluczałoby jego zastosowanie jako kryterium oceny ofert. Raz jeszcze należy zauważyć, że kryterium to jest obliczane m.in. w oparciu o odległość instalacji bądź stacji przeładunkowej od granicy zadania, przy czym instalacje lub stacje przeładunkowe wskazuje sam wykonawca w swojej ofercie. Wykonawca ma więc wpływ na koszt transportu obliczony w ramach kryterium oceny ofert poprzez wskazanie w ofercie takich a nie innych instalacji lub stacji. Sposób przyznawania punktów w ww. kryterium ma na celu motywowanie wykonawców do wskazywania jak najbliższych instalacji czy stacji (do 40 km od granicy zadania), co pomniejszałoby koszty ponoszone następnie przez Zamawiającego i Miasto Stołeczne Warszawa, niemniej jednak wykonawcy sami decydują o treści swoich ofert w tym zakresie, wpływając w ten sposób na obliczony koszt transportu.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym kwestionowane kryterium narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, uniemożliwia uzyskanie najlepszej jakości usług w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uniemożliwia uzyskanie najlepszych efektów gospodarczych zamówienia. Niewątpliwie jednym z celów ustalania kryteriów oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. **Jak wskazano już wyżej, zagospodarowanie odpadów pociąga za sobą konieczność ponoszenia kosztów ich transportu, zatem ocenianie ofert m.in. pod kątem generowanego przez nie kosztu transportu służy właśnie temu, by wybrać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, tj. ofertę przyczyniającą się do ograniczenia wydatków Zamawiającego.** Jednocześnie kryterium to nie ogranicza wykonawcom dostępu do zamówienia. Żaden zresztą wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, by poprzeć zarzuty odwołania. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, że zastosowane w niniejszym postępowaniu kryterium kosztu transportu narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wyrok KIO z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt KIO 2142/21

Rozpoznając drugi z zarzutów odwołania, dotyczący kolejnego ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny, dostrzeżenia wymaga, że z przepisów PrZamPubl wynika bezspornie bezwzględny zakaz określenia kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy, czyli związane są z jego sytuacją podmiotową. Innymi słowy takie kryteria odnoszą się do określonej cechy charakteryzującej wykonawcę, związane są przykładowo z nabytym



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

doświadczeniem, prezentowaną sytuacją finansową, czyli aspektami badanymi przez zamawiających w ramach oceny warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie sposób uznać, że kryterium jakościowe, polegające na przyznaniu punktów za ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA, odnosi się do właściwości wykonawcy. Jest to kryterium wprost odnoszące się do cech oferowanych nawierzchni i ilości obiektów wykonanych w danej technologii, które to obiekty uzyskały pozytywną rekomendację zewnętrznego podmiotu.

Zauważyć należy, że w odwołaniach Odwołujący wskazywali, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której opis kryterium spowoduje dyskryminację całego segmentu nawierzchni równoważnych materiałów opisanym przez Zamawiającego. Już tylko te twierdzenia oznaczają, że sporne kryterium dyskryminowało określone produkty ze względu na ich cechę (de facto za pochodzenie nawierzchni od określonego producenta), nie dotyczyło natomiast cech podmiotowych (sytuacji, potencjału) wykonawcy, który je oferuje. Tym samym już tylko z tego powodu zarzut podniesiony w obu odwołaniach nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że w ramach ustalonego kryterium badana będzie możliwość uzyskania przez daną nawierzchnię pozytywnej opinii PZLA, co doprowadzi w końcowym efekcie do uzyskania certyfikatu. Jak słusznie podkreślił Zamawiający, nie chodzi o ilość obiektów zrealizowanych przez Wykonawcę składającego ofertę, ale o ilość takich obiektów ogółem, bez względu na to jaki podmiot daną nawierzchnię wykonywał. Jednocześnie mnogość sytuacji, w której zastosowanie określonego rozwiązania w postaci położenia danego typu nawierzchni zakończyło się sukcesem, czyli uzyskaniem certyfikatu PZLA, pozwoli Zamawiającemu osiągnąć zakładany cel postępowania. Izba uważa, że tak sformułowane kryterium oceny nie ma charakteru podmiotowego i nie odnosi się do cech związanych z wykonawcą. Złożone przez Odwołującego Gretasport zestawienia pokazują, że podmiotów, które uzyskały certyfikaty PZLA dla różnych nawierzchni jest dużo, a więc w żaden sposób nie wydają się odpowiadać prawdzie twierdzenia odwołań, że w ramach ustalonego kryterium doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią przepisów odnoszących się do opisu kryteriów oceny ofert kryteria mają być związane z przedmiotem zamówienia ale w dowolnym aspekcie, niekoniecznie będąc istotną cechą przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż to Zamawiający, biorąc pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby zdecydować może jakim cechem składającym się na opis przedmiotu zamówienia nada element istotności podlegający dodatkowej ocenie. Cecha danego produktu, w tym przypadku ilość zrealizowanych obiektów w danej technologii, nie może być uznana za kryterium podmiotowe, tylko z tego powodu, że określony krąg wykonawców nie uzyskał bądź też uzyskał proporcjonalnie mniej certyfikatów PZLA na nawierzchnię, którą operuje.

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Celem Zamawiającego jest wybudowanie obiektu, który taką pozytywną rekomendację związku uzyska. Wybór wykonawcy, którego produkt przeszedł pozytywnie w przeszłości proces certyfikacji przybliży Inwestora do osiągnięcia takiego celu. Uzyskanie certyfikatu w przeszłości gwarantować może właśnie powtarzalność takich sytuacji.

Wyrok KIO z dnia 30 września 2021 r. sygn. akt KIO 2389/21

(...)Zamawiający wyjaśnił ponadto, że konstruując kryterium testu umiejętności i rozmowy kwalifikacyjnej korzystał z publikacji wydanej w 2020 r. przez Urząd Zamówień Publicznych:

„Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk”. Zgodnie z tą publikacją zastosowanie ww. kryterium jest w pełni dopuszczalne. Na str. 40 poradnika wskazano:

„Dla oceny kwalifikacji personelu, poza informacją o wykształceniu, doświadczeniu i kwalifikacjach konkretnych osób, podstawą oceny może być próba wiedzy. Organizuje się ją w siedzibie zamawiającego i polega na wykonaniu określonych zadań przez kluczowych ekspertów wymienionych w ofercie każdego z wykonawców. Próba odbywa się w obecności pracownika lub pracowników zamawiającego i polegać może na:

- rozwiązaniu testu, opracowaniu pisemnej opinii, zaproponowaniu rozwiązania sytuacji problemowych;
- rozmowie kwalifikacyjnej prowadzonej według jednego scenariusza obejmującego znajomość określonych zagadnień;
- prezentacji wybranego tematu (w przypadku zamówień na usługi szkoleniowe zwanej samplingiem)”.

Zamawiający powołał się na przytoczony fragment podręcznika wskazując, że ustanowienie kryterium testu wiedzy i rozmowy kwalifikacyjnej było prawidłowe. Zamawiający wskazał także na następujący cytat z ww. publikacji:

„Kompetencje osób trudno oceniać na podstawie dokumentów. Dlatego w czasie rekrutacji, po sprawdzeniu formalnych dokumentów, przeprowadza się z kandydatem rozmowę kwalifikacyjną. Tak samo należy podchodzić do oceny kwalifikacji kluczowego personelu wykonawcy przy zamówieniach publicznych. Formalne potwierdzenie kompetencji mierzone w latach doświadczenie zawodowego, uzyskanych dyplomach, certyfikatach należy uzupełnić rozmową kwalifikacyjną. W celu obiektywizacji rozmowy kwalifikacyjnej można posłużyć się kwestionariuszem pytań, pisemnymi case study, a odpowiedzi kandydata nagrywać. Kryterium takie może być stosowane w wielu zamówieniach, w tym w robotach budowlanych, projektowaniu, systemach informatycznych i wielu innych usługach. W przypadku zamawiania szkoleń ocena może przebiegać w postaci samplingu (próbki szkolenia przeprowadzonego przez trenera)”.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Wobec szczególnej roli Prezesa UZP w systemie zamówień publicznych, Zamawiający wskazał, że przytoczone wyżej fragmenty publikacji UZP dawały mu pełne podstawy do zastosowania kwestionowanego przez Odwołującego kryterium. Zamawiający podkreślił przy tym, że znaczna część zawartych w SWZ regulacji dotyczących tego kryterium została wprost przepisana z poradnika UZP. W konsekwencji Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie Izby zarzut odwołania potwierdził się, a stanowisko Zamawiającego było nieprawidłowe.

O ile, co do zasady, zastosowanie kryterium pozacenowego opartego na próbie wiedzy i kwalifikacji personelu kluczowego jest dopuszczalne to wskazać należy, że nie zawsze i nie w każdych warunkach. Wydany przez UZP poradnik faktycznie pozwala na użycie przedmiotowego kryterium oceny ofert przy zamówieniu na roboty budowlane. Podkreślenia jednak wymaga, że publikacja ta nie zawiera gotowych, kompleksowych rozwiązań, a stanowi jedynie wskazanie możliwych do zastosowania kryteriów pozacenowych. Regulacje opisane w poradniku stanowią jednak jedynie szkic, na którym może oprzeć się zamawiający, ale to na nim ciąży obowiązek szczegółowego i starannego opisanie kryterium oceny ofert w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.

W ocenie Izby Zamawiający powyższemu obowiązkowi nie sprostał. Opis sposobu oceny ofert w ramach spornego kryterium jest bardzo lakoniczny, co jest sprzeczne z art. 240 ust. 1 PrZamPubl. Podkreślenia wymaga, że zastosowane przez Zamawiającego kryterium jest bardzo nietypowe na gruncie praktyki zamówień na roboty budowlane. Kryterium odnoszące się do wiedzy personelu kluczowego zdecydowanie częściej stosowane jest do zamówień, których realizacja wymaga szczególnej wiedzy specjalistycznej od personelu wykonawcy.

Przedmiotem zamówienia w badanym postępowaniu są zaś typowe roboty budowlane – rozbudowa budynku szkoły. W tej sytuacji jest wysoce prawdopodobne, że zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy nie będą mieli żadnej świadomości jak w praktyce wyglądać ma ocena ofert w ramach spornego kryterium. Na gruncie zamówione na roboty budowlane próżno szukać utartej praktyki tego rodzaju oceny. Z tego też względu Zamawiający powinien dołożyć ponadprzeciętnych starań, by opis samego kryterium jak i sposobu oceny ofert w jego ramach był całkowicie jasny i zrozumiały oraz by nie budził żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający tymczasem nie zawarł w SWZ nawet tak podstawowych informacji jak kwestia sposobu, miejsca i daty przeprowadzenia testu wiedzy. Zamawiający wskazał jedynie, że kandydaci na kierowników będą zapraszani do udziału w teście z trzydniowym wyprzedzeniem. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że o ile pozwolą na to warunki sanitarne, których konieczność zapewnienia wynika z pandemii Covid-19, to testowi zostaną poddani wszyscy kandydaci jednocześnie. W SWZ taka informacja nie została jednak zawarta.

Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2376/21



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Przechodząc do meritum, w ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie udowodniono naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i art. 16 ust. 1 PrZamPubl.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 PrZamPubl Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. W myśl zaś art. 239 ust. 1 PrZamPubl Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Rozstrzygając prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Przystępującego w kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni”, należy przede wszystkim podkreślić, że Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny wszystkich ofert na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów, a nie poprzez porównanie ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców i atrakcyjności wizualnej opracowanych przez nich koncepcji. Zamawiający dokonywał oceny projektów w sposób zerojedynkowy, przyznawał punkty wyłącznie na podstawie ustalenia, czy projekt spełnia, czy nie spełnia dane wymagania, nie wprowadził punktacji stopniowej, pozwalającej różnicować poziom spełnienia danego wymagania przez poszczególnych wykonawców, a jedynie mógł przyznać 0 pkt za niespełnienie wymagań i 5 pkt za ich spełnienie. Mając na uwadze twórczy charakter projektu graficznego aranżacji ścian zieleni podlegającego ocenie w przedmiotowym kryterium, sposób spełnienia wymagań mógł następować w różny sposób, w zależności od koncepcji przyjętej przez danego wykonawcę. Koncepcje te mogły wizualnie różnić się nawet w sposób diametralny, co jednak nie mogło powodować różnic w punktacji, jeśli dostosowano się do wymagań wskazanych w opisie kryterium. Mając na uwadze powyższe, odnoszenie się przez Odwołującego do tego, jak wyglądał jego projekt w porównaniu do projektu Przystępującego, jest dla dokonanej oceny całkowicie irrelevantne.

Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2201/21

Zgodnie z art. 242 ust. 1 PrZamPubl, najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

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

Stosownie do ust. 2 pkt 2, kryteriami jakościowymi mogą być kryteria odnoszące się do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1, w tym osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. 2021 r. poz. 573).

Zamawiający, konstruując kryteria oceny ofert, musi stosować się do treści art. 241 PrZamPubl, który w ust. 1 stanowi, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. W myśl ust. 2, związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Stosownie zaś do ust. 3, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Wskazany w art. 241 ust. 1 PrZamPubl wymóg, by określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia, oznacza, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że ustawodawca położył wyraźny nacisk na posługiwanie się kryteriami społecznymi w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający mają prawo wprowadzania do kryteriów oceny ofert klauzul o charakterze społecznym. Zgodnie z tą koncepcją zamawiający nie są zainteresowani jedynie zakupem po najniższej cenie lub o najlepszej relacji jakości do ceny, ale również zapewnieniem, aby zamówienia publiczne przyniosły korzyści społeczne, oraz zapobieganiem niekorzystnym skutkom społecznym podczas realizacji zamówienia lub ich łagodzeniem. Nabywca publiczny może uwzględniać cele społeczne w całej procedurze udzielania zamówienia, pod warunkiem że mają niedyskryminujący charakter i są związane z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby, zakwestionowane kryterium nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców ma dowolność co do przyjętej przez siebie polityki zatrudnienia i strategii budowania przez siebie treści oferty. Jednocześnie kryterium nie uniemożliwia zainteresowanym podmiotom wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca, który nie zatrudnia osób niepełnosprawnych bądź też zatrudnia ich nieznaczną ilość, może tak skonstruować pozostałe oceniane elementy oferty, by jego oferta była nadal konkurencyjna. Sama istota ustalania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się bowiem na założeniu, że każdy wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach, które odpowiadają zasadom oceny ofert w większym bądź mniejszym stopniu. Dopiero stosunek jakości do ceny lub kosztu decyduje o tym, czy złożona oferta jest najkorzystniejsza, czy też nie.

(...)Odnosząc się do zarzutu odwołującego, iż zakwestionowane kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, że argumentacja odwołującego wskazana w odwołaniu utraciła swą aktualność w związku z dokonaną przez zamawiającego modyfikacją s.w.z. z dnia 29 lipca 2021 roku kryterium odnosi się do przedmiotu zamówienia, w której zamawiający w sposób dokładny i precyzyjny wskazał, w jaki sposób zatrudnianie osób niepełnosprawnych odnosi się do przedmiotu zamówienia, poprzez stwierdzenie, iż osoby niepełnosprawne mają być zatrudnione



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przy procesie produkcyjnym lub dystrybucyjnym oraz obsłudze administracyjno-organizacyjnej. W ten sposób zamawiający powiązał kryterium z przedmiotem zamówienia, jednocześnie wychodząc naprzeciw twierdzeniom odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu wzięć mogą udział jedynie 2 podmioty - odwołujący jako dystrybutor energii cieplnej oraz P.T. jako jej producent.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zakwestionowane przez niego kryterium było dyskryminujące z uwagi na różnicę w ilości osób zatrudnionych przez obydwie wskazane wyżej podmioty. Odwołujący złożył dowody w postaci zaświadczenia z dnia 9 sierpnia 2021 roku oraz wydruku ze strony internetowej (...), na podstawie których wykazał, że odwołujący zatrudnia ogółem 711 osób, natomiast P.T. - około 1.052. W ocenie Izby dysproporcja w ilości osób zatrudnionych nie jest na tyle duża, by stawiała odwołującego w pozycji na tyle gorszej wobec konkurenta, że można by mówić o naruszeniu uczciwej konkurencji przez zamawiającego. Wskazać należy, że zatrudnienie osób niepełnosprawnych jest tylko jednym z kryteriów oceny ofert, w dodatku o znaczeniu niewielkim wobec pozostałych kryteriów (5%). Jak już wyżej wskazano, wykonawca winien zatem zaoferować takie warunki wykonania przedmiotu zamówienia, by inne oceniane kryteria stanowiły o jego przewadze konkurencyjnej w postępowaniu.

Izba zwraca również uwagę na fakt, iż kryterium społeczne oceny ofert w postaci ilości zatrudnionych osób niepełnosprawnych zostało wskazane przez Urząd Zamówień Społecznych jako dobry przykład zamówień zrównoważonych (patrz: „Dobry przykład społeczny Urząd Miasta Ł.” - Obsługa i utrzymanie szaleatów komunalnych zlokalizowanych na terenie miasta Ł. w 2017 roku).

Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1930/21

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (pkt IV SWZ) przedmiotem tego zamówienia jest: „Dostawa pojemników na odpady komunalne – zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1.100 l; zadanie 2: Pojemniki o pojemności 240 l; zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120 l”. W punkcie XVIII SWZ (pn. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów 1 sposobu oceny ofert”) wskazał:

„1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

Kryterium 1: „cena”- w którym maksymalną punktacją jest 75 pkt 24

Kryterium 2: *”stan oferowanych pojemników (nowe lub używane)”- w którym maksymalną punktacją jest 20 pkt

Kryterium 3: „rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych lokalizacjach do dnia 29.10. 2021 r.” - w których maksymalną punktacją jest 5 pkt

* Zamawiający dopuszcza zakup pojemników używanych i nowych.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zamawiający nie dopuszcza mieszania pojemników na używane i nowe w jednym asortymencie pojemnościowym, tj. w ramach złożonej oferty na jedną z części zamówienia. Pojemniki o pojemności 120l mają być w 100% używane lub w 100% nowe.

Pojemniki o pojemności 240l mają być w 100% używane lub w 100% nowe.

Pojemniki o pojemności 1.100l mają być w 100% używane lub w 100% nowe.

Poprzez pojemniki nowe Zamawiający uzna takie, które zostały wyprodukowane w 2021 roku nieużywane.

2. Zasady oceny ofert w kryterium 1: Cena (C): cena najniższa brutto*: cena oferty ocenianej brutto x 75 pkt

* spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

Podstawą przyznania punktów w kryterium "cena" będzie cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Maksymalną punktacją w tym kryterium jest 75 pkt

Zasady oceny ofert w kryterium 2: „Stan pojemników” S.

a) zadanie 1: pojemniki o pojemności 1.100 l

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 1.100l w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych 20 pkt;

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 1.100l w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt;

b) zadanie 2: pojemniki o pojemności 240 l

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 240l w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych 20 pkt;

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 240l w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt;

c) zadanie 3: pojemniki o pojemności 120 l

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 120l w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych 20 pkt;

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 120l w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt;

Maksymalną punktacją w tym kryterium jest 20 pkt

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Uwaga: brak deklaracji Wykonawcy w wyżej wymienionym kryterium będzie skutkowało przyznaniem „0” pkt w tym kryterium.

Zasady oceny ofert w kryterium 3 rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych lokalizacjach” (R):

- jeżeli Wykonawca zaoferuje w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach do dnia 29.10.2021 r. — oferta otrzyma dodatkowo 5 pkt;
- jeżeli Wykonawca nie zaoferuje w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozstawienia pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach — oferta w tym kryterium otrzyma 0 pkt

Maksymalną punktacją w tym kryterium jest 5 pkt

Uwaga: brak deklaracji Wykonawcy w wyżej wymienionym kryterium będzie skutkowało przyznaniem „0” pkt w tym kryterium.

Ofertą najkorzystniejszą będzie ta oferta która uzyska najwyższą sumę punktów w ramach ww. kryteriów: C+S+R.

3. Punktacja przyznawana ofertom w kryterium „cena” będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki.

4. Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą sumaryczną liczbę punktów po zastosowaniu kryteriów oceny ofert (C+S+R).

5. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny.

6. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą”.

Uwzględniając te postanowienia SWZ należało zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca nie wskazał, pod jakim względem przyjęte Kryteria 2 i 3 są opisane w sposób niejednoznaczny lub niezrozumiały. **Opisane w SWZ, a kwestionowane kryteria są – także zdaniem Izby i jak podał Zamawiający - jasne, precyzyjne, i w żadnej mierze nie opierają się na subiektywnej ocenie Zamawiającego. Przyznanie punktów wynika wprost z opisanych reguł, nie pozostawiając w tym względzie żadnej „swobody decyzyjnej” Zamawiającemu. Opisane kryteria pozwalają na sprowadzenie wszystkich ofert do jednego „mianownika” i pozwalają na porównanie ofert”.**

Tym samym Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane Kryteria, uniemożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto taki opis procedury nie pozostawia Zamawiającemu - przeciwnie do twierdzeń wykonawcy – nadmiernej



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

swobody (w istocie żadnej) wyboru najkorzystniejszej oferty. **Także zdaniem Izby niesłuszne są zastrzeżenia, co do zróżnicowania przedmiotu zamówienia, tj. takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Te Kryteria – związane z przedmiotem zamówienia (dostawa pojemników) pozwalają wykonawcom już na etapie przygotowywania oferty przewidzieć jak będą oferty oceniane.** Zatem Kryteria mają charakter obiektywny i zdaniem Izby, punktacja związana z dostawą nowych pojemników i fakultatywnością ich rozstawienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, a jej stosowanie będzie następowało dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Zamawiający również miał prawo – ustalając kryterium – różnicować przedmiot dostawy na pojemniki nowe, nieużywane z rokiem produkcji 2021, nie wykluczając jednocześnie możliwości oferowania pojemników używanych. Zdaniem Izby zarówno rok produkcji pojemnika jak i okres gwarancji nie powoduje złożenia nieporównywalnych ofert. O powyższym świadczą także analizy, które Odwołujący opracował uwzględniając różne warianty i jako dowód przedstawiał na rozprawie. Co do zarzutu – zdaniem Odwołującego - znaczącego niedoszacowania wagi kryterium „Rozstawienie pojemników” i z tego powodu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności należy zgodzić się z Zamawiającym, że **żaden przepis nie narzuca Zamawiającemu, aby waga kryterium oceny ofert odpowiadała wprost jego szacunkowej wartości – wartości ekonomicznej.** Niewątpliwie przepisy PrZamPubl (wskazywany przykładowo art. 246) co do zasady wprowadzają nakaz ograniczenia kryterium ekonomicznego do poziomu (wagi) 60% .

Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1874/21

Przepis art. 240 ust. 1 PrZamPubl stanowi, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Natomiast według ust. 2 tego ww. przepisu 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.

Przed dokonaniem merytorycznej analizy zgłoszonych zarzutów Izba uznała za uzasadnione podkreślenie, że opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien pozwolić wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu, o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak, aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Pamiętać należy także o zasadzie zgodnej, z którą Zamawiający, w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w dokumentach zamówienia. Dlatego też opis zasad dokonywania oceny ofert musi być już wystarczająco jednoznacznie i szczegółowo opisany w dokumentach zamówienia, aby możliwe było jego zastosowanie w toku oceny ofert. Zamawiający nie będzie mógł, bowiem po upływie terminu składania ofert ani uszczegółwić, ani też odstąpić od zasad, które opisał uprzednio w dokumentach zamówienia.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Kryteria oceny ofert, jakie mogą zostać zastosowane przez zamawiającego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą natomiast dotyczyć właściwości wykonawcy, w tym jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej ani finansowej. Granicą swobody Zamawiającego, wynikającą z obowiązku stosowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. Te zaś mogą być powiązane nie tylko ściśle z samym zakresem świadczeń objętych umową w sprawie zamówienia publicznego, ale również z realizacją zamówienia w szerokim rozumieniu, tj. z każdym z aspektów realizacji danego elementu zamówienia. Dokonując, zatem oceny zasadności i prawidłowości kryteriów wprowadzonych przez Zamawiającego należy je przeanalizować względem wymagań określonych w przepisach PrZamPubl, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i celów, jakie Zamawiający zamierza zrealizować. Zdaniem Izby zakwestionowane przez Odwołującego kryteria pozacenowe naruszają przepisy art. 16 pkt 1 PrZamPubl oraz art. 240 ust. 1 i 2 PrZamPubl.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy w ramach kryterium opisane w pkt 21.1.2.2. istotnym jest, że Zamawiający pierwotnie wskazał, iż w odniesieniu zarówno do Kierownika ds. utrzymania Dróg jak i Z-cy ds. Utrzymania Dróg będzie punktował jedynie doświadczenie zdobyte na stanowisku Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora utrzymania Dróg. Natomiast odpowiedzią na pytanie nr 39 Zamawiający dokonał modyfikacji ww. kryterium w ten sposób, że dopuścił do uzyskania dodatkowej punktacji bardzo szeroki katalog stanowisk. Izba stwierdziła, że posłużenie się przez Zamawiającego określeniem „lub też osoby te zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.” powoduje niejednoznaczność i wzajemną sprzeczność opisu kryterium.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z jednej strony treścią wyjaśnienia 39 Zamawiający wymaga, aby osoby pełniące funkcję Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg były osobami, które pełniły swoje stanowiskach „oficjalnie” na danym kontrakcie, tj. powinny to być osoby, które zostały zgłoszone i zaakceptowane przez Zamawiającego na danym kontrakcie do zajmowania tak określonych stanowisk a z drugiej strony formułuje alternatywę w postaci możliwości posłużenia się osobami, które „zatrudnione były na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg tożsamymi z ww. stanowiskami na przykład Kierownik Utrzymania, Z-ca Kierownika Utrzymania, Koordynator itp.”. Tym sposobem Zamawiający dopuszcza do punktacji całą rzeszę osób na bliżej nieokreślonych stanowiskach, które wypełniając swoje zadania nie podlegały wówczas zgłoszeniu i weryfikacji Zamawiających.

Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1272/21



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do tego, że w ramach spornego kryterium Zamawiający powinien punktować doświadczenie oceniając je przez pryzmat czynności i obowiązków, jakie rzeczywiście były powierzone i świadczone przez wskazaną osobę, a nie tylko przez pryzmat nazwy stanowiska, na jakim pracowała. Przychylając się w tym zakresie do stanowiska Odwołującego Izba miała na uwadze, po pierwsze że Zamawiający poza lakonicznym sformułowaniem spornego warunku w sposób „doświadczenie koordynatora na stanowisku kierowniczym” nie wskazał co rozumie pod tym sformułowaniem, w tym w szczególności, że chodzi o pracę na tak nazwanym stanowisku, w tym o wyspecyfikowanie takiego stanowiska w treści umowy. W tym miejscu Izba zwraca również uwagę, że stanowisko Zamawiającego stoi w sprzeczności z treścią pkt III formularza oferty, gdzie w ostatniej kolumnie wykonawcy zobowiązani byli podać nie nazwę stanowiska lecz zakres czynności.

Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2021 r. sygn.. akt KIO 1336/21

Niezasadny, w ocenie Izby, jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1, art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 PrZamPubl, przez ustanowienie kryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”, które w zakresie zastrzeżonym, dla uzyskania max. punktacji, wymaga doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej przy 8 inwestycjach liniowych realizowanych z wykorzystaniem wzorów FIDIC, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że za doświadczenie przy obsłudze jednej inwestycji uznawane będzie doświadczenie nie krótsze niż 12 miesięcy oraz zastrzeżeniu, że doświadczenie nabywane w tym samym okresie nie będzie podlegało sumowaniu, nie wpływa w sposób znaczący na jakość wykonania zamówienia (bardziej niż doświadczenie przy obsłudze już trzech tego typu inwestycji), a sposób zastrzeżenia opisu tego kryterium w sposób naruszający konkurencję premiuje osoby świadczące dotychczas pomoc prawną na rzecz Zamawiającego, bowiem tylko te osoby, spośród funkcjonujących na lokalnym rynku, realnie zainteresowane będą ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.

Celem kryterium określonym w pkt 21.1.2. SWZ: „Podkryterium D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC” jest premiowanie wykonawców posiadających jak największe doświadczenie w inwestycjach liniowych realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że długość okresu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia przekłada się na jakość obsługi prawnej. Doświadczenie nabyte w obsłudze prawnej w zakresie określonym w kryterium, świadczone od dłuższego czasu, w zestawieniu z doświadczeniem nabytym w obsłudze prawnej, w tym samym zakresie, a świadczonym jednostkowo, doraźnie, nie pozostaje bez znaczenia dla jakości wykonywanej usługi.

Doświadczenie w inwestycjach liniowych realizowanych z wykorzystaniem warunków FIDIC nabywa tych inwestycjach doświadczenie nabywają osoby (podmioty) świadczące obsługę prawną



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

na rzecz wykonawców realizujących inwestycje dla Zamawiającego oraz przez podmioty świadczące obsługę prawną na rzecz innych inwestorów (zamawiających) i wykonawców umów na nadzór i zarządzanie kontraktem inwestycji liniowych. Należy też podkreślić, że inwestycje liniowe realizowane z wykorzystaniem warunków FIDIC nie są realizowane wyłącznie przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, zauważenia wymaga także fakt, że warunki udziału w postępowaniu, co do zasady zawierają minimalne wymogi Zamawiającego, które kwalifikują wykonawcę do ubiegania się o dane zamówienie i gwarantują jego prawidłową realizację. Natomiast, w odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert mają na celu umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, która w najwyższym stopniu na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów będzie spełniała oczekiwania Zamawiającego. Kryterium oceny ofert może więc określać wyższe warunki i wymagania wobec wykonawcy w związku z charakterem przedmiotu zamówienia, w tym zasady przyznawania punktów za doświadczenie, nie ograniczając się do poziomu doświadczenia wymaganego w ramach warunków udziału w postępowaniu, określonego zazwyczaj na poziomie minimalnym, który zapewnia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia, a tym samym w sposób nadmierny nie ogranicza konkurencji w postępowaniu. W powyższym zakresie, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów PrZamPubl.

Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1045/21

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 246 ust. 2 w zw. z art. 266 w zw. z art. 359 pkt 2 PrZamPubl przez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, do czego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zgodnie z art. 246 ust. 2 PrZamPubl 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.

(...)Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się na zastosowanie kryterium „cena 100% ” i jednocześnie w specyfikacji warunków zamówienia uwzględnił wymagania jakościowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia, istotne dla organizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Odwołujący wywodził zaś, że postanowienia SWZ są niepełne w zakresie standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich głównych



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

cech przedmiotu zamówienia oraz wskazywał, że celowe byłoby zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Niewątpliwie Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. Wydaje się, że zastosowane kryterium „cena 100%” jest kryterium obiektywnym i nie zaburzającym zasad uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wyodrębnił istotne elementy przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, określenie wymagań jakościowych nie musi dotyczyć każdego, nawet najmniejszego składnika żywieniowego, będącego elementem posiłku. Ważne jest, aby określono pewne ramy jakościowe, w których poruszać mają się wykonawcy. Takie ramy, zdaniem składu orzekającego Izby, określają dokumenty załączone do specyfikacji warunków zamówienia, gdzie Zamawiający określił wymagania dla kilku diet. Wskazano liczbę porcji w odniesieniu do produktów mlecznych, ich podaż (wyłącznie półtłuste lub chude w odniesieniu do diety lekkostrawnej), proporcje spożycia warzyw do owoców, w szczególności, że warzywa winny być głównie w postaci surowej: surówki, sałatki, dodatek do śniadania i kolacji lub w postaci gotowanych warzyw do obiadu, liczbę porcji owoców dziennie (owoc można zastąpić sokiem owocowym - 1 porcja odpowiada 1 szklance soku, uwaga: porcja kompotu nie stanowi porcji owocu). W przypadku diety lekkostrawnej wymieniono szereg produktów przeciwwskazanych, takich jak: ostre przyprawy, chrzan, kasza gryczana, bułka grahamka, tłuste produkty mięsne, w tym kiełbasy, pasztety, parówki, mortadela, baleron, flaki wołowe, tłuste produkty mleczne, warzywa kapustne, ogórek, rzodkiewka, szczypiorek, kukurydza, cebula, warzywa konserwowe, majonez, musztarda, tłuste sosy, owoce suszone.

Zamawiający określił także średnią liczbę pacjentów, sposób dystrybucji posiłków przez system termosowy, godziny ich dostarczania, udział procentowy poszczególnych posiłków w cenie pełnego wyżywienia dziennego, obowiązek przygotowania posiłków w pomieszczeniach gastronomicznych i przewożenia środkiem transportu spełniającym wymagania higieniczno-sanitarne, obowiązek przestrzegania norm żywieniowych, obowiązek zatrudnienia dietetyka celem zapewnienia właściwej wartości kalorycznej i odżywczej posiłków, a także obowiązek wdrożenia i stosowania zasad systemu HACCP. Równocześnie zgodnie z § 1 ust. 1 i 2 wzoru umowy dostarczone posiłki powinny uwzględniać aktualne zalecenia Instytutu Żywności i Żywienia, w szczególności co do struktury rzeczowej, kaloryczności, jakości, urozmaicenia, spełniać obowiązujące w tym zakresie wszelkie normy żywieniowe, w tym ze szczególnym uwzględnieniem norm żywieniowych dla pacjentów szpitali. Wykonawca będzie przedkładał Zamawiającemu do jego akceptacji jadłospis na każde kolejne 14 dni, ze wskazaniem precyzyjnych nazw potraw i środków spożywczych, w tym informacji dot. obróbki technologicznej, informacji o rodzajach



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

produktów spożywczych, z których posiłki będą przygotowywane, ich gramatury i kaloryczności oraz informacji o alergenach.

Taki podział uznać należy za logiczny i sensowny, w sposób prawidłowy oddający złożoność przedmiotu zamówienia i zwracający uwagę na najistotniejsze jego elementy. Określenie wymagań jakościowych głównych elementów przedmiotu zamówienia pokazać ma ramy, w których co do jakości przedmiotu zamówienia będą poruszali się wykonawcy realizujący umowę. W ocenie Izby na wystarczającym poziomie określone zostały cechy jakościowe jakie ma spełniać usługa będąca przedmiotem zamówienia. Okoliczność, że inne podmioty publiczne prowadzą postępowanie o podobnym charakterze i stosują kryteria pozacenowe pozostaje bez związku z rozpoznawanym zarzutem w obliczu określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Wyrok KIO z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 849/21

Zgodnie z punktem 4.1 SWZ „Przedmiotem zamówienia jest:

a) odbieranie bezpośrednio z nieruchomości i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy L.;

b) odbieranie bezpośrednio z nieruchomości, transport i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy L.

Przez nieruchomość zamieszkałą należy rozumieć zabudowę zagrodową, jednorodziną oraz wielorodzinną”.

W ocenie Izby sposób, w jaki Zamawiający zdefiniował nieruchomość zamieszkałą jest w pełni zrozumiały. Znaczenie słowa „zamieszkała” w kontekście przedmiotu zamówienia jest jednoznaczne i nie budzi wątpliwości. Zamawiający dodatkowo określił trzy typy zabudowy nieruchomości zamieszkałych, z których wykonawca będzie miał obowiązek odbierać odpady. W ocenie Izby brak jest podstaw do wprowadzenia do SWZ postulowanej przez Odwołującego zmiany opartej o artykuł 25 KC, szczególnie, że Odwołujący nie podjął choćby próby wyjaśnienia w jaki sposób obecna treść punktu 4.1 SWZ utrudnia bądź uniemożliwia mu złożenie oferty w postępowaniu.

W punkcie 17.1 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert w postępowaniu:

1. Cena - waga: 60% ,
2. Likwidacja dzikich wysypisk śmieci w ilości max. 20 Mg - waga: 20% ,
3. Przeprowadzenie akcji edukacyjnej dotyczącej selektywnego zbierania odpadów waga: 20% .



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Punkt 17.4 SWZ określa zasady przyznawania punktów w ramach kryterium dotyczącego dzikich wysypisk śmieci:

„W kryterium Likwidacja dzikich wysypisk śmieci w ilości max. 20 Mg - oferta może uzyskać 20 punktów za złożoną przez Wykonawcę w ofercie deklarację likwidacji dzikich wysypisk wskazanych w okresie realizacji zamówienia przez Zamawiającego w ilości max. 20 Mg. Ocena punktowa w przedmiotowym kryterium dokonana zostanie zgodnie z formułą:

- a) 0 pkt - za brak deklaracji Wykonawcy o likwidacji dzikich wysypisk w ilości max. 20 Mg.
- b) 20 pkt - za deklarację Wykonawcy o likwidacji dzikich wysypisk w ilości max. 20 Mg”.

Dodatkowo, zgodnie z punktem 2.7 OPZ: „Likwidacja zgodnie ze złożoną deklaracją w ofercie dzikich wysypisk śmieci (o ile wystąpią na terenie stanowiącym własność Zamawiającego) w zakresie rodzaju odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, wskazanych przez Zamawiającego w ilości max. 20 Mg w okresie realizacji zamówienia”. SWZ i OPZ nie zawierają żadnych innych postanowień dotyczących dzikich wysypisk śmieci oraz sposobu i zasad ich likwidacji przez wykonawcę.

O ile zasadne było twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie dość dokładnie opisał zasady i sposób likwidacji dzikich wysypisk śmieci, to potwierdził się również zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny. W przytoczonym wyżej punkcie 4.1 SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiotem usługi jest odbiór i transport (oraz zagospodarowanie części odpadów) pochodzących z nieruchomości zamieszkałych. Występowanie dzikich wysypisk śmieci na terenie takich nieruchomości nie jest wykluczone, ale - co do zasady - tego rodzaju wysypiska, w potocznym rozumieniu tego pojęcia, najczęściej znajdują się na terenach niezamieszkałych (lasy, nieużytki rolne itp.).

(...)Deklaracja o woli likwidacji dzikich wysypisk śmieci przez wykonawcę jest dobrowolna, ale Zamawiający w żaden sposób nie określił w jaki sposób ma być ona realizowana w świetle wynikającego z ww. postanowień OPZ obowiązku odbioru odpadów w sposób zgodny z odpowiednim harmonogramem.

Niejasne jest również pojęcie dzikich wysypisk śmieci w rozumieniu SWZ i OPZ. Odwołujący słusznie wskazał, że potoczny sposób rozumienia tego pojęcia nie jest jednoznaczny i nie może być podstawą do określenia zakresu obowiązku wykonawców. W dokumentacji postępowania brak definicji tego pojęcia, zatem oczekiwań Zamawiającego dotyczących sposobu i zasad usuwania tego rodzaju wysypisk biorący udział w postępowaniu wykonawcy mogą się jedynie domyślać. Zamawiający twierdził przy tym, że w wykonawca nie będzie miał obowiązku z w ramach realizacji umowy usuwania odpadów szkodliwych składowanych na dzikich wysypiskach. Zamawiający nie wyjaśnił jednak czego oczekuje od wykonawcy, gdy dzikie wysypisko zawierać będzie odpady zgodne z przedmiotem bieżącego zamówienia oraz odpady szkodliwe.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

(...)Istotne znaczenie dla oceny wskazanych zarzutów ma również art. 241 ust. 1 i 2 PrZamPubl, zgodnie z którymi:

1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.
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 się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

W oparciu o ww. przepisy Izba uznała, że kryterium oceny ofert „Likwidacja dzikich wysypisk śmieci w ilości max. 20 Mg” nie odpowiada wymogom PrZamPubl. **Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy nie wykazał, by w oparciu o treść SWZ i OPZ można było uznać, że istnieje związek między przedmiotem zamówienia, a likwidacją dzikich wysypisk śmieci. Przytoczone wyżej postanowienia SWZ i OPZ czynią istnienie takiego związku co najmniej wątpliwym - przedmiotem zamówienia nie jest odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych.**

Sposób, w jaki Zamawiający określił przedmiotowe kryterium wskazuje, że punkty zostaną przyznane ofercie wtedy, gdy wykonawca zadeklaruje wolę zrealizowania dodatkowego, niedookreślonego zakresu zamówienia.

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.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.²**

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

² Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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.³

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

³ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 0 50%". Tytułem przykładu podań, 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 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.⁴**

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

⁴ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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 urzędzeń, 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.⁵

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 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.

⁵ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

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.⁶

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.⁷

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

⁶ j.w.

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

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 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.⁸

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

⁸ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

naruszenia zasady 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 korzystniejszego 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.⁹

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 uzupełniane, 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

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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).¹⁰

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 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.

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.

¹⁰ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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, aprobuje 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 zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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 określone 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,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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. 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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 SWIZ, 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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 tą 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 milczeniu 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 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 (...)) prowadziłoby 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.

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:

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

kryterium ceny - waga 60%,

kryterium „Metodyka” - waga 40%.

łącznie 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**;

łącznie 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 prawidłowość dokonanej punktacji oferty ww. konsorcjum w zakresie kryterium „Metodyka”,

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.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 obowiązującą.

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 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

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wynika jednoznacznie z rzeczoności 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 poszczególne propozycje 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 uczestniczących w zespole to potwierdzało. Faktom tym nikt nie zaprzeczył, a jedynie w postępowaniu skargowym, przeciwnicy skargi próbowali zminimalizować ilość osób,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 (eksperti 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób. Koszty te winny obejmować cały okres realizacji usługi.

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.



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.

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.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 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 najkorzystniej.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 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

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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%.

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.

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 wiedzy/ 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.

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 produkcyjni 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.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 odmienność 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.

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.

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 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 łączy i urządzeń 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 odnoszą się do materii nin. sporu, a związany z nimi wywód miał bezpośrednio na celu wykazanie bezprawności wprowadzenia nowych, dwóch kryteriów oceny ofert.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 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. (...)



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 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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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 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.

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. **Wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 2022 r. C-54/21 Antea Polska S.A**

Poprzez pytanie szóste sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w związku z jej art. 67 ust. 4 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uwzględnieniu wśród kryteriów udzielenia zamówienia „konceptji opracowania” projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia publicznego, oraz „opisu sposobu realizacji” tego zamówienia.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Wspomniane przepisy dyrektywy 2014/24 wymagają poszanowania zasad przejrzystości i równego traktowania, które pozwalają na zagwarantowanie warunków efektywnej konkurencji. Jak podkreślono ponadto w motywie 90 tej dyrektywy, zamówień publicznych udzielać na podstawie kryteriów zapewniających przestrzeganie tych zasad, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. W tym celu instytucjom zamawiającym przysługuje swoboda ustalania odpowiednich standardów jakości przy użyciu specyfikacji technicznych lub warunków realizacji zamówienia.

Podobnie w motywie 92 wspomnianej dyrektywy wskazano, że określane przez instytucję zamawiającą kryteria ekonomiczne i jakościowe muszą umożliwiać ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert. Ważne jest zatem, by kryteria udzielenia zamówienia nie przyznawały instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru (wyrok z dnia 20 września 2018 r., Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo). W związku z tym, jak wynika z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24, do kryteriów tych muszą być dołączone specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają owe kryteria.

Jeżeli zatem, tak jak w niniejszym wypadku, instytucja zamawiająca ustala kryteria udzielenia zamówienia mające na celu ocenę jakości ofert, kryteria te nie mogą ograniczać się do odesłania do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia, lub do opisanego przez oferenta sposobu realizacji tego zamówienia, lecz muszą być do nich dołączone specyfikacje, które umożliwiają wystarczająco konkretną ocenę porównawczą oferowanego poziomu wykonania(...)

Takie specyfikacje można podać między innymi poprzez określenie podkryteriów

W przypadku gdy świadczenie będące przedmiotem zamówienia dotyczy, jak w sprawie w postępowaniu głównym, usług polegających na opracowaniu projektów, należy uwzględnić w szczególności wykształcenie i doświadczenie zawodowe członków zespołu proponowanego do wykonania danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 26 marca 2015 r., Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 31–34).”

(...)W świetle powyższego na pytanie szóste trzeba odpowiedzieć, iż art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w związku z jej art. 67 ust. 4 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie uwzględnieniu wśród kryteriów udzielenia zamówienia „koncepcji opracowania” projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia publicznego, oraz „opisu sposobu realizacji” tego zamówienia, o ile do kryteriów tych dołączone są specyfikacje,

które umożliwiają instytucji zamawiającej dokonanie konkretnej i obiektywnej oceny złożonych ofert¹¹

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 zagwarantowania obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, a zatem skutecznej konkurencji. Sytuacja ta nie miałaby 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

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 wymagania, 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 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.**¹²

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



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.¹³

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:

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.”¹⁴

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

¹³ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

¹⁴ j.w.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 orzecznictwem, 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.¹⁵

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 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

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

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 warunków, 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”.¹⁶

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.
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.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 przyznaną 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 niezmieniona.

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.¹⁷

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

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

liczba mieszkańców wynosiła poniżej 2 000. Na projekt ten przeznaczono budżet wynoszący 461 737 EUR.

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 odpowiedności 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 odpowiedności 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.¹⁸

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).¹⁹

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.**²⁰

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

¹⁸ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

¹⁹ j.w.

²⁰ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.

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.²¹

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:

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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 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;
- 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.²²

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



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

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 rzeczywistej 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 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. Znaczy to w szczególności, że powinny być podane zawczasu 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 niedyskryminacji²³.

1. 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.²⁴

²³ Wyrok dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

²⁴ j.w.