



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ2.442.191.2022.MSZ
KND/189/22/DKZP

Warszawa, .2023 r.

Prezydent Miasta Otwocka
Urząd Miasta Otwocka
ul. Armii Krajowej 5
05-400 Otwock

W odpowiedzi na pismo z dnia 28 sierpnia 2023 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego pn.: **Zakup oświetlenia świątecznego** (znak sprawy: WZP.271.71.2022), przekazane do Urzędu drogą elektroniczną w dniu 29 sierpnia 2023 r., uprzejmie informuję, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 16 pkt. 1 w zw. z art 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 17 sierpnia 2023 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.191.2022.MSZ).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

- 1) art. 16 pkt 1 w zw. z art 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez Zamawiającego cech dekoracji świątecznej w zakresie koloru (barwy światła), kształtu/formy, liczby elementów świetlnych i funkcjonalności, co miało wpływ na sporządzenie ofert;
- 2) art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego efektu wizualnego, o wadze 40%, w sposób niejednoznaczny i pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do ww. naruszeń stwierdzonych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 17 sierpnia 2023 r., Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach podniósł, że zgłasza zastrzeżenia do wszystkich wskazanych w *Informacji* naruszeń.

Ad. 1. Zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że: *Kontrolujący wiąże naruszenie tego przepisu z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych wskazanymi w art. 16 ust. 1 Pzp. Tymczasem do opisu przedmiotu zamówienia na zasadzie »lex specialis derogat legi generali« zastosowanie znajdzie art. 99 ust. 4 Pzp stanowiący, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez skazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*

Zamawiający stwierdził, że: *Mając na uwadze dyrektywy wynikające z powołanych przepisów Zamawiający dokonał neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, w ten sposób, by możliwie*



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

szeroko otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić udział w postępowaniu wykonawców oferujących różne systemy świetlne nie eliminując żadnego z nich, ani też nie wykluczając możliwości złożenia oferty proponującej różne produkty.

Zamawiającemu znane są poglądy wyrażone w orzecznictwie dotyczące ograniczenia konkurencji w związku z opisem przedmiotu zamówienia, w tym również w ten sposób, że dopuszczone jest tylko jedno rozwiązanie lub możliwość złożenia oferty wyłącznie przez jednego wykonawcę. Należy jednak zwrócić uwagę, że ograniczenie tego rodzaju musi mieć każdorazowo oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego lub dotyczyć w szczególności rozwiązań zaawansowanych technologicznie.

Zdaniem Zamawiającego potwierdzeniem tego, że kontrolowane postępowania zapewniało konkurencję świadczy fakt, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób dopuszczający możliwość złożenia ofert zawierających różne rozwiązania.

Zamawiający wskazał, że: *uniknął stosowania wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretny produkt oferowany przez konkretnego wykonawcę, stawiających tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców oferujących oświetlenie świąteczne albo pozbawiając takich wykonawców możliwości złożenia oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu. Ograniczenie dostępu do zamówienia nastąpiłoby natomiast, gdyby – jak domaga się Kontrolujący – Zamawiający podał oczekiwany kolor, kształt elementów świetlnych, ich gęstość, czy sposób ich rozmieszczenia. Prosty wgląd w oferty złożone w postępowaniu potwierdza, że taki opis przedmiotu zamówienia miałby charakter dyskryminacyjny, gdyż oferty złożone w kontrolowanym postępowaniu różnią się właśnie tymi cechami. Potrzeby Zamawiającego zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia na minimalnym poziomie przez wskazanie, że dekoracje powinny mieć jednolity styl i kolorystykę, przez co Zamawiający mógł otrzymać kilka rozwiązań, które mogły być poddane ocenie, a żadne z nich nie zostało wyeliminowane już na etapie wszczęcia postępowania.*

Zamawiający podniósł, że: *Nie jest trafne twierdzenie Prezesa UZP, że opis przedmiotu zamówienia nie zawierał elementów podlegających ocenie. Przeciwnie, każda dekoracja świąteczna posiada właściwy sobie kształt/formę, kolorystykę (barwy) światła, składa się z określonej ilości elementów świetlnych, a zabezpieczenie dekoracji posiada właściwą danemu rozwiązaniu funkcjonalność. Ten argument uzasadnienia wyników kontroli byłby trafny w takich postępowaniach, gdzie Zamawiający oceniałby świadczenie wykonawcy, którego nie żądał w ogóle, przykładowo oceniał serwis, gdy w opisie przedmiotu zamówienia nie oczekiwał takich usług albo oceniał liczbę działań edukacyjnych przy prowadzeniu schroniska dla zwierząt, a takich działań nie opisał w ogóle w SWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1188/23). W kontrolowanym postępowaniu niewątpliwie istnieje przedmiot oceny.*

Zamawiający kierował się przekonaniem uzasadnionym na gruncie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, że opis przedmiotu zamówienia powinien mieć charakter niedyskryminacyjny i neutralny, natomiast miejscem opisania w dokumentach zamówienia preferencji Zamawiającego, czynników istotnych dla oceny ofert, są kryteria oceny ofert.

Następnie Zamawiający zauważył, że: *nie naruszył art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp, również z tego powodu, że opis przedmiotu zamówienia umożliwiał wykonawcom zainteresowanym zamówieniem na takich samych zasadach, w sposób równy i jednakowy dla każdego z nich, a także bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w SWZ. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę w art. 99 ust. 1 Pzp „okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” oznacza wszystkie informacje o przyszłym świadczeniu umożliwiające wykonawcom także obliczenie ceny oferty, a takie informacje Zamawiający podał.*



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Opis przedmiotu zamówienia nie powinien zawierać elementów wskazujących, w jaki sposób oczekiwania i potrzeby zamawiającego zostaną zaspokojone w najwyższym stopniu, gdyż temu służą kryteria oceny ofert.

Kwestionując argumentację przedstawioną przez Wnoszącego Zastrzeżenia, należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, że przepis art. 99 ust. 4 Pzp wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeśli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub eliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Realizacja obowiązku zawartego w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp oznacza dla zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Przepis ten zatem określa sposób realizacji jednej z zasad określonych w art. 16 pkt 1 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji – przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie wyczerpuje jednakże wszystkich dyspozycji zasady uczciwej konkurencji odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia.

Z kolei przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach, a zasada równego traktowania wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania.

W *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stwierdzono w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i sprecyzowano, iż dotyczyło ono ściśle określonego działania Zamawiającego, polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez Zamawiającego cech dekoracji świątecznej w zakresie koloru (barwy światła), kształtu/formy, liczby elementów świetlnych i funkcjonalności, istotnych dla Zamawiającego (składających się na kryterium oceny ofert „efekt wizualny”), co miało wpływ na sporządzenie ofert. Stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenie art. 16 zostało uzasadnione konkretnym stanem faktycznym w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanym z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert dotyczącymi efektu wizualnego, wskazującymi na to, że Zamawiający nie oczekuje jakiegokolwiek dekoracji, a dekoracji o określonych cechach.

Należy mieć na uwadze, że ograniczenie konkurencji w związku z opisem przedmiotu zamówienia należy upatrywać w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego i nie zawsze będzie ono oznaczało dopuszczenie tylko jednego rozwiązania oferowanego przez konkretnego wykonawcę. W zaistniałym stanie faktycznym to zbyt ogólne opisanie przedmiotu zamówienia w konsekwencji doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców na etapie oceny ofert.

Zamawiający podkreślił, że *dokonał neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, w ten sposób, by możliwie szeroko otworzyć postępowanie na konkurencję*, przy czym należy podkreślić, że jednocześnie – jak ustalono w toku kontroli doraźnej – Zamawiający przyjął niewymierne kryterium oceny ofert w ramach którego oceniał oferty pod kątem konkretnych cech. Wobec czego, przez brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie cech



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ocenianych w tym kryterium, Wykonawcy zostali pozbawieni możliwości zmaksymalizowania szansy na uzyskanie jak najwyższej oceny. Pomimo więc *neutralnego* opisu przedmiotu zamówienia, oferowana dekoracja miała wpisywać się w określone preferencje, które – jak ustalono w toku kontroli – nie zostały udostępnione Wykonawcom w dokumentach zamówienia.

W takiej sytuacji fakt, że *potrzeby Zamawiającego zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia na minimalnym poziomie przez wskazanie, że dekoracje powinny mieć jednolity styl i kolorystykę, przez co Zamawiający mógł otrzymać kilka rozwiązań, które mogły być poddane ocenie, a żadne z nich nie zostało wyeliminowane już na etapie wszczęcia postępowania*, nie stanowi o zapewnieniu przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że wyrażona w art. 16 pkt 1 zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców obowiązuje nie tylko na etapie przygotowania postępowania, w tym sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz w trakcie całego procesu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na etapie oceny ofert.

Należy ponownie wskazać, że *jednolity styl i kolorystyka* to określenie, które może stanowić zbiór wielu rozwiązań i nie sposób przewidzieć, które z nich będzie najwyższej ocenione pod kątem koloru, kształtu, liczby elementów świetlnych i funkcjonalności rozumianej jako „łatwość naprawy”. O ile zapisy SWZ pozwalały na złożenie oferty zawierającej każde rozwiązanie wpisujące się efektem wizualnym w ww. minimalne wymogi, to nie można mówić o zapewnieniu konkurencji, w sytuacji, gdy Zamawiający pozostawił sobie dowolność w dokonaniu oceny, decydując dopiero na etapie oceny ofert, jakiego typu rozwiązanie zostanie najwyższej ocenione w ramach podkryteriów dotyczących efektu wizualnego.

Opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał, jakiego efektu pożąda Zamawiający w kontekście przyjętego kryterium oceny ofert „efekt wizualny”. Zamawiający nie określił wytycznych odnoszących się do cech ocenianych według przyjętego kryterium efektu wizualnego, tj. przede wszystkim koloru i kształtu elementów świetlnych. Istotnie, *każda dekoracja świeteczna posiada właściwy sobie kształt/formę, kolorystykę (barwy) światła, składa się z określonej ilości elementów świetlnych, a zabezpieczenie dekoracji posiada właściwą danemu rozwiązaniu funkcjonalność*, ale Wykonawcy powinni na podstawie opisu przedmiotu zamówienia móc skalkulować, jakie rozwiązanie uzyska maksymalną ilość punktów zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert dotyczącym efektu wizualnego. Fakt, że istnieje przedmiot oceny, nie oznacza, że jego opis nie musi uwzględniać cech, które następnie Zamawiający ocenia według przyjętych kryteriów. Istota przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp sprowadza się wszakże do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Tymczasem – w ocenie Prezesa UZP – Wykonawcy w tym postępowaniu sporządzając swoje oferty, nie mogli przewidzieć, czy zaoferowane przez nich dekoracje spełnią znane tylko Zamawiającemu oczekiwania. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający oceniał przedmiot zamówienia pod kątem konkretnych cech, *neutralny* opis przedmiotu zamówienia w istocie przekreślił efektywną konkurencję w tym postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że w *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, polegające na jego zbyt ogólnym określeniu, w kontekście istotnych dla Zamawiającego cech wskazanych w kryteriach oceny ofert. Jak wykazano w *Informacji o wyniku kontroli*, opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zamierzali zaoferować dekoracje o wybranych przez siebie właściwościach estetycznych, ale zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zostały zachowane tylko pozornie.

Zamawiający podnosi, że *kierował się przekonaniem uzasadnionym na gruncie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, że opis przedmiotu zamówienia powinien mieć charakter niedyskryminacyjny i neutralny*,



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

natomiast miejscem opisanego w dokumentach zamówienia preferencji Zamawiającego, czynników istotnych dla oceny ofert, są kryteria oceny ofert. Należy tutaj wskazać, że Zamawiającego obowiązują wytyczne ustawowe w zakresie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia publicznego. Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia publicznego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania zamawiającego i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu w jednoznaczny i wyczerpujący sposób oznacza taki opis, za pomocą którego wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia, i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Jeśli opis przedmiotu zamówienia nie jest szczegółowy i w pełni nie odpowiada potrzebom zamawiającego, zamawiający naraża się na to, że oferty, które otrzyma od wykonawców nie będą spełniały jego oczekiwań.

Istotnie, za pomocą kryteriów oceny ofert zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje, ale wykonawcy winni mieć możliwość zidentyfikowania tych preferencji. Szczególnie w przypadku, gdy oferta ma zostać oceniona pod kątem efektu wizualnego – wykonawcy powinni z postanowień SWZ czerpać wiedzę o preferowanych przez Zamawiającego sposobach zaspokojenia jego oczekiwań, a stopień ich zaspokojenia móc kalkulować przez pryzmat ustanowionych kryteriów ceny ofert.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach, wskazuje, że swoje preferencje opisał w kryteriach oceny ofert, podczas gdy ani szczegółowo nie opisał kryterium oceny ofert w zakresie efektu wizualnego ani nie określił, w jaki sposób dokona oceny oferty w tym kryterium, czego dotyczy naruszenie wskazane w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Ad 2. Zamawiający wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko zaprezentowane w wyjaśnieniach złożonych w toku postępowania wyjaśniającego i wskazał następująco:

Przede wszystkim należy uwzględnić, że Zamawiający ustalił kryterium efektu wizualnego wskazując na właściwości estetyczne przedmiotu zamówienia. Jest ono kryterium jakościowym w rozumieniu art. 242 ust. 2 pkt 1 Pzp. W celu wyeliminowania nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz arbitralności członków komisji przetargowej Zamawiający w rozdziale XIX ust. 2 pkt 2) SWZ dokonał opisu tego kryterium przez wskazanie elementów mających wpływ na efekt wizualny oraz dodatkowo związał się wagami przypisanymi tym elementom. Swoje preferencje Zamawiający wyraził przez wskazanie elementów podlegających ocenie w ramach kryterium oraz zróżnicowanie ich udziału w całości oceny. Zamawiający uznał, że te dwa elementy - tj. kolorystyka i kształt - mają podstawowe znaczenie dla uzyskania efektownego rozwiązania przyznał im najwyższy udział w kryterium efektu wizualnego (15%).

Również chęć oceny właściwości estetycznych skłoniły Zamawiającego do braku wskazania „ilość elementów świetlnych” określonego wzoru przyznania punktów. Liczba elementów świetlnych jest bowiem w rozumieniu Zamawiającego funkcją efektu wizualnego. Porównanie rozwiązań zaoferowanych w postępowaniu (dowód: oferty złożone w postępowaniu) pozwala stwierdzić, że na ogólny efekt estetyczny wpływ ma nie tylko liczba elementów świetlnych, ale również natężenie światła, czy rozmiar poszczególnych elementów. Przypisując podkryterium „ilość elementów świetlnych” niską wagę 5% Zamawiający pragnął zwrócić uwagę Wykonawców na związek liczby tych elementów z efektem wizualnym i jednocześnie wskazać na jego udział w całościowej ocenie w ramach kryterium jakościowego.

Natomiast w odniesieniu do kwestii funkcjonalności Zamawiający wyjaśnia, że w odpowiedzi na pytanie 2 udzielonej pismem z 10 listopada 2022 r. poinformował wykonawców, że funkcjonalność oznacza łatwość wymiany uszkodzonych elementów konstrukcji świetlnej dekoracji, czyli łatwość naprawy. Zamawiający również w tym przypadku nie ograniczył możliwości uzyskania korzystnej oceny w zależności przykładowo do tego, czy wymianie będzie podlegał cały, czy część elementów konstrukcji albo sznur długi lub krótki. Łatwość naprawy nie



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

musi bowiem zależeć od tych elementów, gdyż wynika z charakterystyki technicznej danego rozwiązania.

W ten sposób Zamawiający wskazał wykonawcom, co składa się na oceniany efekt wizualny. Podkreślić należy, że kryterium efektu wizualnego jest związane z przedmiotem zamówienia i jest niezwykle istotne z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Specyfika dekoracji świątecznej polega na tym, że pomimo tego, że zamawiany jest „gotowy produkt”, to dla osiągnięcia celu zamówienia, przesądzające znaczenie ma efekt wywołany u osób, które będą oglądać te dekoracje, zwłaszcza po zapadnięciu zmroku.

Zamawiającego celem nie było bowiem uzyskanie oferty o ściśle określonych parametrach, ale oferty najbardziej efektownej pod względem wizualnym. Możliwość tę zamawiający zamknąłby sobie, gdyby przykładowo wskazał wagi punktów w zależności od barwy światła (ciepłe albo zimne) lub wymagał określonej kolorystyki i ją punktował. Taki opis kryterium oceny ofert - zwłaszcza, jeśli zamawiający pominąłby w przyznaniu punktów określone kolory - należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż ograniczyłoby ono możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy oferują rozwiązania z określoną barwą światła lub posługują się określoną kolorystyką.

Zamawiający podniósł również, że: Prezes UZP w uzasadnieniu zarzucanych Zamawiającemu naruszeniach przepisów UZP powołuje się na pismo skierowane do wykonawcy X z 29 grudnia 2022 r. Jest to nieuzasadnione zarówno mając na uwadze przebieg badanego postępowania o udzielenie zamówienia, co Zamawiający wyjaśnił już stosownym pismem, jak i z uwagi na brzmienie przepisów ustawy.

Zdaniem Zamawiającego: Opisanie przedmiotu zamówienia przez podanie preferencji zamawiającego w sposób wskazany przez Kontrolującego uwzględniający kolor, kształt elementów świetlnych, ich gęstość, czy sposób ich rozmieszczenia, prowadziłby nie tylko do zawężenia konkurencji, ale też skutkowałoby możliwością dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryterium ceny. Zgodnie bowiem z art. 246 ust. 2 Pzp zamawiający publiczni w rozumieniu art. 4 pkt 2 Pzp mogą stosować 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.

Z powołanych przepisów ustawy wynika zatem na zasadzie wnioskowania z przeciwności, że jeśli zamawiający nie opisał swoich wymagań jakościowych zobowiązany jest do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty jako oferty zawierającej najlepszy stosunek jakości do ceny. Postępowanie Zamawiającego odpowiada więc prawu, gdyż Zamawiający nie opisał swoich wymagań jakościowych i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem kryterium efektu wizualnego oraz kryterium ceny. Zarzut dotyczący braków w opisie przedmiotu zamówienia zawarty w informacji o wynikach kontroli jest zatem również z tego powodu nietrafny. Zarzut ten byłby uzasadniony, gdyby Zamawiający chciał wybrać ofertę wyłącznie na podstawie kryterium ceny.

Stąd, jak wskazał Zamawiający w zastrzeżeniach: Zamawiający chcąc dokonać oceny ofert z udziałem kryteriów jakościowych zrezygnował z zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych w postaci oczekiwanego koloru, kształtu elementów świetlnych, ich gęstości, czy sposobu ich rozmieszczenia, których brak zarzuca mu obecnie Prezes UZP.

Nadto Zamawiający stwierdził, że: W Informacji o wynikach kontroli, Kontrolujący utożsamia elementy opisu przedmiotu zamówienia z opisem kryterium oceny ofert, podczas gdy są dwa odrębne elementy SWZ.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przedstawionym wywodzie Zamawiający zupełnie pomija fakt, że w SWZ nie opisał kryterium „efektu wizualnego” i nie poinformował Wykonawców o systemie przyznawania punktów w tym kryterium.

Za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej* należy powtórzyć, że zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Przepis art. 240 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że kryteria oceny ofert 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.

Z opisem kryteriów ściśle wiąże się informacja o sposobie oceny ofert. Nie chodzi tylko o poinformowanie wykonawców o fakcie powołania komisji przetargowej i o tym, że każdy z członków tej komisji dokona indywidualnej, obiektywnej oceny. Sposób oceny to przede wszystkim sposób mierzenia stopnia spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium.

Należy wskazać, że sposób oceny ofert z zastosowaniem przyjętej przez zamawiającego punktacji, włączając w to algorytm służący proporcjonalnemu przyporządkowaniu punktacji w ramach kryterium, powinien również być jednoznaczny i wyłączać dowolność oceny. Oznacza to, że zarówno tam, gdzie kryteria mają charakter umożliwiający arytmetyczne porównanie, np. poziomów, ilości, itp. jak tam, gdzie kryteria odwołują się do wrażeń subiektywnych, np. estetyka, smak, wrażenia zapachowe, sposób oceny ofert powinien wskazywać, za co i ile punktów będzie przyznawane przez zamawiającego.

A zatem, zarówno określenie kryteriów oceny ofert, jak i opis tych kryteriów powinny wyłączać możliwość dowolnej oceny dokonywanej przez zamawiającego, a będzie to możliwe, jeżeli kryteria oceny ofert, ich opis i zasady przyznawania punktów będą jednoznacznie określone i nie będą pozostawiały wątpliwości, co i w jaki sposób w ramach danego kryterium będzie podlegało ocenie. Jeżeli więc zamawiający zdecyduje się na zastosowanie kryteriów oceny ofert o cechach subiektywnych, musi zapewnić zobiektywizowany sposób ich oceny.

Opis kryteriów oceny ofert oraz opis sposobu oceny ofert musi zapewniać możliwie obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy podkreślić, że pozacenowe kryteria oceny ofert wymagają szczegółowego opisu sposobu oceny ofert z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia, tak aby nie pozwalały na dowolność interpretacyjną.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, co prawda określił podkryteria w ramach kryterium oceny ofert „efekt wizualny”, a więc nazwał elementy, które będzie oceniał, jednakże nie opisał tych podkryteriów, co uniemożliwiło dokonania względnie obiektywnej oceny i możliwość zweryfikowania tej oceny przez wykonawców.

Zamawiający, zgadzając się co do nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia, odwołuje się we wniesionych zastrzeżeniach do przepisu art. 246 ust. 2 ustawy Pzp, wnioskując na zasadzie przeciwności, że skoro nie opisał swoich wymagań jakościowych, przyjął poza kryterium cenowym również kryterium jakościowe. Abstrahując od kwestii zasadności wnioskowania Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia może być ogólny, jeśli ustanowione zostają kryteria jakościowe oceny ofert, należy ponownie podkreślić, że Zamawiający ignoruje brak określenia sposobu oceny ofert w tych kryteriach. A w przypadku tak niewymiernego kryterium oceny ofert jak „efekt wizualny”, opis sposobu oceny ma szczególne znaczenie, powinien być szerszy, jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert.

Zamawiający wskazał, że: *chcąc dokonać oceny ofert z udziałem kryteriów jakościowych zrezygnował z zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych w postaci oczekiwanego koloru, kształtu elementów świetlnych, ich gęstości, czy sposobu*



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ich rozmieszczenia, których brak zarzuca mu obecnie Prezes UZP. Należy zauważyć, że Zamawiający zrezygnował z zamieszczenia wymagań jakościowych w postaci oczekiwanych cech dekoracji zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w ramach opisanego sposobu oceny ofert w przyjętym kryterium „efektu wizualnego”. Oczywistym jest, że samo nazwanie elementów składających się na „efekt wizualny”, nie stanowi opisu sposobu oceny ofert w tym kryterium.

Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że: *W Informacji o wynikach kontroli, Kontrolujący utożsamia elementy opisu przedmiotu zamówienia z opisem kryterium oceny ofert, podczas gdy są dwa odrębne elementy SWZ.* Prezes Urzędu stwierdził bowiem dwa odrębne naruszenia – względem opisu przedmiotu zamówienia i względem kryteriów oceny ofert. Należy jednak wskazać, że bez wątpienia kryteria oceny ofert są elementem ściśle powiązanym z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdaje się nie brać pod uwagę, że przy dokonywaniu oceny ofert opiera się przecież wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie lub dokumentach do niej dołączonych, a ich treść jest przecież zależna od opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, co wskazano w *Informacji o wyniku kontroli*, Zamawiający obowiązany jest, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnić potencjalnym wykonawcom wizję sposobu jego realizacji w taki sposób, aby mogli oni dostosować treść oferty do oczekiwań Zamawiającego. Stan faktyczny kontrolowanego postępowania wskazuje, że celem Zamawiającego nie było zakupienie jakiegokolwiek dekoracji, lecz dekoracji posiadającej pewne walory estetyczne, niedookreślone jednak w SWZ. Wskazywało na to kryterium oceny ofert dotyczące efektu wizualnego. W istocie sprawy więc, wobec nie ujęcia w opisie przedmiotu zamówienia pożądanych przez Zamawiającego cech dekoracji, ocena propozycji przedstawionych przez Wykonawców na podstawie niedookreślonych podkryteriów w ramach „efektu wizualnego” była nie tyle subiektywna co dowolna.

W *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że Prezes Urzędu nie kwestionuje potrzeby Zamawiającego uzyskania jak najbardziej efektownej dekoracji, ale nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że sposób opisanie kryteriów oceny ofert dotyczących efektu wizualnego zapewnił szerokie otwarcie zamówienia na konkurencję i zapewnił równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Urzędu, Zamawiający, nie marginalizując potrzeby uzyskania jak najbardziej efektownej dekoracji, powinien zapewnić Wykonawcom możliwość dostosowania oferowanego przedmiotu zamówienia do oczekiwań Zamawiającego – tak poprzez możliwe dokładny OPZ, jak i poprzez precyzyjne opisanie kryteriów oceny złożonych ofert, których treść była zależna od wymagań Zamawiającego zawartych w OPZ.

Przechodząc do dalszej części zastrzeżeń, odnoszących się do przywołanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* okoliczności świadczących o tym, że przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert pozostawiały nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej, należy wskazać, co następuje.

Należy tutaj na wstępie wyjaśnić, że dokonana analiza przyznawania punktów w zakresie poszczególnych podkryteriów oceny ofert została ujęta w *Informacji o wyniku kontroli* jedynie celem wykazania, że przyjęte przez Zamawiającego niejasne kryteria oceny ofert nie pozwalają na zweryfikowanie, czy ocena ofert została dokonana w sposób obiektywny.

Zamawiający wskazał, że: *Kontrolujący błędnie połączył fragment Opisu Przedmiotu Zamówienia z podkryterium: Kolorystyka (barwy światła).* Faktem jest, że Zamawiający w *Opisie Przedmiotu* w pkt 3.2. wskazał, że dekoracje świąteczne muszą być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce. Niemniej jednak, opis ten znajduje się po wymienieniu w pkt 3.1. OPZ elementów dekoracyjnych zamawianych przez zamawiającego. Tym samym jasne jest, że chodzi tutaj o to, aby wszystkie zamawiane elementy zachowywały spójną stylistykę i kolorystykę, tak aby



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

uniknąć, np. pociągu w barwach kolorowych, a szopki bożonarodzeniowej w innych barwach, ponieważ Zamawiający dopuszcza ustawienie elementów dekoracyjnych wspólnie i taki był zamysł tego wskazania.

Tym samym nie odnosi się on w żaden sposób do kryteriów oceny ofert, jak sugeruje Kontrolujący w uzasadnieniu wyniku kontroli.

Zamawiający nie zważył we wniesionych zastrzeżeniach, że w OPZ posłużył się wyrażeniem „jednolitej kolorystyki”, co w ocenie Urzędu sugerowało, że Zamawiający preferuje utrzymanie całości dekoracji w jednym kolorze. Zamawiający w OPZ nie sprecyzował, że pod pojęciem „jednolitej kolorystyki” chodzi o „zestawienie barw będące pewną całością estetyczną”. Stąd w *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że - w ocenie Urzędu - Zamawiający mógł przyznać w zakresie podkryterium koloru (barw światła) wyższą punktację dekoracji zaoferowanej przez X, która w zakresie wszystkich elementów utrzymuje jednolity kolor i styl, podczas gdy dekoracja zaoferowana przez Y nie zachowuje kolorystycznej spójności pomiędzy zestawem elementów w formie pociągu a zestawem elementów w formie szopki bożonarodzeniowej. Należy zauważyć, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach potwierdza, że zgodnie z treścią SWZ wymagał, aby wszystkie zamawiane elementy zachowywały spójną stylistykę i kolorystykę, tak aby uniknąć np. pociągu w barwach kolorowych, a szopki bożonarodzeniowej w innych barwach.

W odniesieniu do kryterium „kształtu/formy” Zamawiający z kolei wskazał w zastrzeżeniach, że oferta Wykonawcy X w ocenie Zamawiającego w zasadzie nie spełniała wymagań SWZ. Jak stwierdza Zamawiający, po pierwsze, ww. Wykonawca zamiast figury „Jezusa jako niemowlęcia” zaoferował figurę „dorostego Jezusa”. Po drugie, Zamawiający podnosi, że Wykonawca zaoferował figury postaci 2D, a nie 3D jak wymagał Zamawiający.

Należy tutaj wskazać, że Zamawiający nie odrzucił oferty Wykonawcy X na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Z kolei przedmiotowa kontrola doraźna, zgodnie z przepisem art. 607 ust. 2 ustawy Pzp, prowadzona jest wyłącznie w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli, dotyczących naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Powyższe pozostaje więc obojętne dla stwierdzenia naruszenia wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli* dotyczącego kryterium oceny ofert. Zamawiający również w tym kryterium nie określił w jaki sposób dokona oceny. Przede wszystkim zapisy SWZ nie przewidywały, że punktacja będzie tym wyższa, im bardziej rozmiary dekoracji będą przewyższać minimalny wymagany standard, do czego odwołuje się Zamawiający w zastrzeżeniach.

Tak też w przypadku kryterium „ilość elementów świetlnych” - Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że ilość punktów świetlnych w ofercie Y przewyższa ilość punktów świetlnych zaoferowanych w ofercie X, stąd wyższa punktacja oferty Y, podczas gdy w SWZ nie dookreślono, że będzie taka zależność pomiędzy „ilością elementów świetlnych” a ilością przyznanych punktów.

W odniesieniu do kryterium „funkcjonalność” zdefiniowanego w ramach odpowiedzi na pytania do treści SWZ jako „łatwość naprawy”, Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że: *Po zapoznaniu się z załączonymi specyfikacjami Zamawiający stwierdził, iż w tym zakresie łatwiej wymieniać jest uszkodzone elementy w dekoracji firmy Y. Każdy z członków komisji przetargowej oceniał tą zależność indywidualnie. Zamawiający w SWZ wskazał, że ilość punktów w danym podkryterium będzie średnią arytmetyczną ocen członków komisji przetargowej dla danego podkryterium. W ocenie Urzędu, „łatwość naprawy” nie jest szczegółowym opisem kryterium oceny ofert, a jak już wcześniej wskazano - poinformowanie, że każdy z członków*



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

komisji dokona indywidualnej oceny nie jest równoznaczne z informacją o sposobie oceny ofert i nie obiektywizuje tej oceny.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* Prezes Urzędu w sposób nieuprawniony powołuje się na pismo z dnia 29 grudnia 2022 r. skierowane do Wykonawcy X po udzieleniu zamówienia, przez osobę nie biorącą udziału w postępowaniu, należy wskazać, że ww. pismo nie stanowi samodzielnego dowodu na okoliczność naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W *Informacji o wyniku kontroli* wzięto pod uwagę i zaznaczono, że Zamawiający dystansuje się do stanowiska zawartego w piśmie z dnia 29 grudnia 2022 r. Niemniej, korespondencja ta obiektywnie świadczy o tym, że wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia publicznego mógł mieć uzasadnione wątpliwości według jakich reguł została oceniona jego oferta w ramach kryterium „efekt wizualny”. To, czy Zamawiający przy dokonaniu oceny ofert w zakresie kryterium „kolor” i kryterium „kształt/forma” nieformalnie kierował się chęcią uzyskania spójności w zakresie całości posiadanych już dekoracji, jak wynika z ww. pisma, czy też nie, nie ma znaczenia dla oceny sytuacji. Sama treść SWZ dowodzi bowiem, że ocena ofert w kontrolowanym postępowaniu mogła zostać dokonana w sposób dowolny.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 17 sierpnia 2023 r. naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez Zamawiającego cech dekoracji świątecznej, co miało wpływ na sporządzenie ofert. Zamawiający naruszył także przepis art. 240 ust. 1 i 2 ustawy poprzez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego efektu wizualnego, o wadze 40%, w sposób niejednoznaczny i pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 22 września 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 15/23) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn.: **Zakup oświetlenia świątecznego** (znak sprawy: WZP.271.71.2022).

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 15/23).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 15/23).