



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ2.442.95.2023.SM
KND/96/23/DKZP

Warszawa, dnia .06.2024 r.

W odpowiedzi na pismo z dnia 21 maja 2024 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego na usługę koordynacji projektem pn.: „**Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach**” (numer referencyjny: WI.272.37.2023), przekazane do Urzędu w dniu 22 maja 2024 r., uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawy Pzp”, a także naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, wskazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 8 maja 2024 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.95.2023.SM.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów: art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na braku zawarcia w Opisie Potrzeb i Wymagań opisu kryterium oceny ofert, pn. „Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia” wraz z podaniem sposobu oceny ofert, a także naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie przez Zamawiającego w OPIW przedmiotowego kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia w zakresie wszystkich przywołanych powyżej naruszeń.

Na wstępie wniesionych zastrzeżeń wskazano, że: „*Jak wynika z OPIW opublikowanego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał, iż będzie dokonywał oceny ofert w oparciu o kryterium zasadnicze jakim jest cena oferty, jak również o kryterium doświadczenia, w szczególności trzech osób: D1-koordynatora, D2- asystenta koordynatora, D3- specjalisty ds. zamówień publicznych.*

Zamawiający faktycznie nie ustanowił wag tych kryteriów, co nie było możliwe z przyczyn obiektywnych, ani szczegółowego sposobu oceny kryterium doświadczenia wskazując w OPIW, iż wszelkie informacje zostaną sprecyzowane w SWZ na etapie zaproszenia



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

wykonawców do składania ofert. Zamawiający jedynie wskazał kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Jednocześnie, wynik kontroli jak się wydaje nie kwestionuje, że w SWZ sporządzonym po przeprowadzeniu negocjacji kryteria zostały określone prawidłowo i zgodnie z przepisami”.

Następnie w zastrzeżeniach przytoczono fragmenty Informacji o wyniku kontroli z dnia 8 maja 2024 r. i dodano przy tym, że: „Nie sposób zgodzić się z taką oceną sytuacji, jaka została wyrażona w informacji o wyniku kontroli.”

Zdaniem Wnoszącego zastrzeżenia: „Kontrolujący bowiem pomija w swoich rozważaniach charakter dokumentu jakim jest OPIW, wynikający ze specyfiki postępowania prowadzonego w wariantie 3 trybu podstawowego. Ustalenie ww. okoliczności jest kluczowe celem oceny sposobu opisanego kryteriów.

Tryb podstawowy, o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp, to tryb, w którym zamawiający udziela zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Specyfikę trybu podstawowego, o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp najwyraźniej oddaje art. 279 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, negocjacje treści ofert: 1) nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań; 2) mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.

Zamawiający w tej procedurze prowadzi więc postępowanie, którego nieodzownym elementem są negocjacje. Przepis ten jednoznacznie wskazuje, że negocjacje mogą dotyczyć warunków zamówienia.

Z kolei zgodnie z definicją przewidzianą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez warunki zamówienia - należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Skoro więc negocjacje w wariantie 3 trybu podstawowego prowadzi się w zakresie warunków zamówienia, to trudno zgodzić się z wnioskiem kontroli, iż kryteria oceny ofert, jako element tych warunków muszą pozostać niezmiennie w stosunku do tych ustanowionych w OPIW oraz że muszą być z góry uszczegółowione i obowiązujące w tym kształcie w całym postępowaniu.

Przeprowadzone negocjacje mogą więc dotyczyć kryteriów oceny ofert, w szczególności mogą polegać na ich doprecyzowaniu, rozwinięciu czy wręcz sformułowaniu. Przesądza o tym fakt, że negocjacje w wariantie trzecim charakteryzują się tym, że zamawiający pozyskuje od wykonawców wiedzę o możliwościach rynkowych, zasobach i poziomach określonych wymagań. Dopiero na podstawie zdobytych danych i wynegocjowanych poziomów standardów zamawiający sporządza SWZ, która jest pierwszym w tej procedurze konkretnym dokumentem, zawierającym komplet informacji niezbędnych celem złożenia precyzyjnej oferty”.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Zamawiający wnosząc zastrzeżenia zwrócił również uwagę, że: „(...) Zasadniczą pobudką wprowadzenia nowego trybu było otwarcie zamówień publicznych na dialog z rynkiem, który w trybie przetargowym nie był możliwy, a który jak słusznie dostrzeżono sprzyja efektywności i pozyskaniu najlepszych rozwiązań.

Wedle uzasadnienia tryb podstawowy w wariantie 3 oznacza:

wariant z obowiązkowymi negocjacjami ofert, które może dotyczyć wszystkich aspektów zamówienia poza minimalnymi wymaganiami – jeżeli specyfika przedmiotu zamówienia oraz potrzeby zamawiającego uniemożliwiają lub utrudniają opisanie w wystarczająco precyzyjny sposób warunków zamówienia na etapie wszczęcia postępowania – art. 425 ust. 2, art. 427 ust. 2, art. 428 ust. 2 projektu ustawy

Przyjęcie wniosku, iż warunki zamówienia w szczególności kryteria nie mogą być doprecyzowane w toku negocjacji wypaczałoby ideę wszczynania postępowania w tej procedurze. Na etapie sporządzania OPIW zamawiającemu nie jest jeszcze znany opis przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie nie ma możliwości precyzyjnego i jednoznacznego określenia kryteriów oceny ofert.

Stosownie do art. 241 ust. 1 ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Z tego powodu, oczywistym jest, że aby kryteria oceny ofert były określone zgodnie z ustawą Pzp (art. 240 – jednoznaczność) i art. 241 (powiązanie z OPZ) konieczne jest posiadanie opisu przedmiotu zamówienia. Nie ma możliwości określenia jednoznacznych i związanych z przedmiotem zamówienia kryteriów, jeśli nie ma punktu odniesienia w postaci tegoż przedmiotu zamówienia”.

Jak dalej wskazano w zastrzeżeniach: „Uznając obowiązywanie wymogu art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy jednak zwrócić uwagę, iż jego interpretacja nie może być w świetle powyższych rozważań tak restrykcyjna jak uczynił to kontrolujący. Nie można również interpretować ww. przepisu niejako w izolacji, w oderwaniu od ducha ustawy i idei wprowadzenia trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami. W ocenie zamawiającego, prawidłowa interpretacja ww. obowiązku jest taka, iż konieczne jest wskazanie w OPIW opisu kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert na takim poziomie sprecyzowania, jaki jest możliwy biorąc pod uwagę posiadane przez zamawiającego dane w momencie wszczęcia postępowania. Nie sposób bowiem traktować ww. wymogu tak samo jak wymogów dotyczących określenia kryteriów i sposobu oceny dla trybu podstawowego w wariantie 1 i 2 czy dla przetargu nieograniczonego. W takich postępowaniach bowiem zamawiający określa kryteria oceny ofert na podstawie uprzednio przygotowanego, precyzyjnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Zgoła odmiennie wygląda określanie kryteriów oceny ofert i sposobu oceny, gdy zamawiający dysponuje jedynie informacjami co do ogólnych założeń i kierunków, z czym mamy do czynienia wtedy, gdy zamawiający decyduje się na przeprowadzenie postępowania w trybie art. 275 pkt 3 ustawy Pzp.

Taka właśnie była idea wprowadzenia tej instytucji. Mianowicie ustawodawca dostrzegł, iż w niektórych sytuacjach zamawiający może nie posiadać zasobów celem sporządzenia samodzielnie opisu przedmiotu zamówienia. Aby podnieść efektywność ofert, a tym samym całego przedsięwzięcia zamawiający w takim wypadku prowadzi negocjacje. Zmiana w obrębie



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

OPZ może więc powodować konieczność doprecyzowania sposobu oceny ofert w ramach kryteriów określonych pierwotnie w OPIW”.

W dalszej kolejności Zamawiający podkreślił, że: (...) w postępowaniu objętym kontrolą wypełnił obowiązek wynikający z art. 282 ust. 3 pkt 5 ustawy Pzp i podał, iż zastosuje określone kryteria tj. cena i kwalifikacje zespołu podając, iż kryterium to będzie dotyczyło trzech konkretnych funkcji. Chybiony jest więc argument kontroli, iż wykonawcy nie byli świadomi z jakim kryterium będą mieli do czynienia.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest specjalistyczna usługa koordynacji skomplikowanym projektem. Ustalenie założeń opisu tej usługi jest więc związane z ustaleniem jakie funkcje i w jakim zakresie wykonają specjaliści zaangażowani przez wykonawcę. W tym konkretnym postępowaniu, uzasadnione było z uwagi na specyfikę usługi stanowiącej przedmiot zamówienia określenie jedynie rodzaju kryterium i wskazanie jakich osób ono dotyczy. Wynika to z tego, że opis przedmiotu zamówienia stanowiły de facto usługi świadczone przez tych specjalistów, a ustalenie ostatecznych założeń zakresu tych usług i sposobu ich realizacji stanowiło podstawę opisaną sposobu oceny ofert.

Ustawa Pzp w art. 282 ust. 2 pkt 5 dopuszcza, sytuację, w której określenie wagi danego kryterium jest niemożliwe z przyczyn obiektywnych. Zamawiający w niniejszym postępowaniu skorzystał z tej możliwości. Jak wskazano bowiem powyżej, przedmiotem zamówienia objętego kontrolą była usługa świadczona przez wykwalifikowanych specjalistów, której poziom determinował poziom certyfikacji i doświadczenia tych osób. Innymi słowy poziom usługi stanowiącej przedmiot zamówienia jest uzależniony od poziomu kwalifikacji kadry ją świadczącej. Wobec tego, że na etapie tworzenia OPIW nie było możliwości, aby ustalić ostateczny i wiążący zakres przedmiotu zamówienia nie było również obiektywnej możliwości przypisania wag dla poszczególnych kryteriów.

Wykazanie obiektywnych przyczyn nie jest łatwe, gdyż dotyczy przesłanki posługującej się pojęciem nieostrym (...).

Również w przedmiotowym postępowaniu, oczywiście można byłoby uznać, że Zamawiający ustanowi wagę kryteriów swobodnie, niejako bez związku z zakresem usług i poziomem ich świadczenia np. w stosunku 60/40 (odpowiednio cena oferty/doświadczenie personelu). Zamawiający mógł również niejako w ciemno premiować poszczególnych specjalistów ustanawiając ogólne zasady. Hipotetycznie więc określenie sposobu oceny było możliwe, jednak takie podejście stałoby w sprzeczności z zasadą efektywności, ustanowioną w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp (...).

Zasada efektywności, wprowadzona do zamówień publicznych dopiero w 2019 r. niejako zdezonizowała zasadę trybów przetargowych. Zasada ta bowiem wymaga od zamawiającego podjęcia takich działań, aby uzyskana jakość dostaw, usług czy robót budowlanych, zdefiniowana odpowiednio do charakteru zamówienia, była możliwie najlepsza. Zapewniając synergii, ustawodawca więc z jednej strony wprowadził elastyczne tryby jak ten, o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp, a z drugiej strony do rangi zasady podniósł efektywność udzielania zamówień. Powyższe wskazuje również, iż rzekome naruszenie zarzucone przez kontrolującego powinno być zrewidowane biorąc pod uwagę wykładnię systemową przepisów naruszonych w ocenie Prezesa Urzędu”.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

W konkluzji zastrzeżeń rozszerzono powyższe stanowisko, wskazując, iż: „Zdaniem zamawiającego konieczne jest przeprowadzenie w tej sytuacji wykładni systemowej polegającej na porównaniu analizowanego przepisu z innymi przepisami. Jak podkreślają Z. Radwański oraz A. Olejniczak: Dyrektywy systemowe opierają się na założeniu, że poszczególne normy prawne stanowią składnik spójnego systemu prawnego; mają więc nie dopuścić do uznania norm wzajemnie niezgodnych.

W ocenie zamawiającego, art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy więc interpretować w sposób systemowy, mając na uwadze po pierwsze, ideę elastyczności trybu podstawowego wyrażoną w art. 279 ustawy Pzp, po drugie zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust.1 ustawy Pzp i po trzecie kolizję ww. norm z normą zawartą w art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp a więc konieczność podania kryteriów oceny ofert i sposobu oceny oferty i normą zawartą w art. 240 i 241 ustawy Pzp, aby kryteria były jednoznaczne i związane z przedmiotem zamówienia.

Dokonanie wyłącznie literalnej interpretacji tej jednostki redakcyjnej ustawy niweczy cel wprowadzenia przez ustawodawcę trybu podstawowego w wariantie 3, jak również pozbawia ten tryb znaczenia praktycznego. Jak wynika ze statystyk prezentowanych przez Prezesa UZP, wariant trzeci trybu podstawowego w ostatnich latach praktycznie nie był stosowany. Udział zamówień prowadzonych w oparciu o art. 275 pkt 3 ustawy Pzp stanowi promil wszystkich zamówień o wartości poniżej progów unijnych. Wydaje się, że sposób interpretacji przepisów dotyczących tej procedury może być jedną z przyczyn odstępowania od jej zastosowania.

Podanie w OPIW jednoznacznego i konkretnego opisu kryteriów i sposobu oceny ofert, przy poszanowaniu jednocześnie zasady efektywności jest zasadniczo niemożliwe w sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje jeszcze opisem przedmiotu zamówienia. Nie może być bowiem mowy o ustanawianiu sposobu oceny, gdy nie są jeszcze ustalone kluczowe parametry i wymagania danego przedsięwzięcia. Kryteria bowiem ze swej natury mają na celu premiowanie wykonawców, którzy oferują lepszy poziom świadczenia – wyższą jakość usługi (jak w tym wypadku), bardziej ekonomiczny w eksploatacji produkt, zapewnienie efektów środowiskowych i społecznych. Każdorazowo jednak kryterium referuje do opracowanego przedmiotu zamówienia. Nie można ustalić gradacji poziomu danej usługi czy produktu, jeśli nie jest znany ich zakres i nie ma pewności, co do tego czego finalnie będą one dotyczyć.

Z przyczyn opisanych powyżej, informacja o wyniku kontroli powinna zostać zrewidowana poprzez zastosowanie wykładni systemowej uwzględniającej całokształt przepisów zamówień publicznych, jak również aspekt historyczny, w postaci uzasadnienia do wprowadzenia omawianego trybu”.

Odnosząc się do ww. argumentacji powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej informuję, co następuje.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko Wnoszącego zastrzeżenia, iż Prezes UZP w przedmiotowej kontroli pomija w swoich rozważaniach charakter dokumentu jakim jest Opis Potrzeb i Wymagań, dalej OPIW, wynikający ze specyfiki postępowania prowadzonego w wariantie 3 trybu podstawowego.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

W tym miejscu należy przypomnieć, że naruszenie przepisów ustawy Pzp wymienione w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 8 maja 2024 r. polegało na braku zawarcia w Opisie Potrzeb i Wymagań opisu kryterium oceny ofert, pn. „Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia” wraz z podaniem sposobu oceny ofert, a także zaniechanie opisanie przez Zamawiającego w OPIW przedmiotowego kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Naruszony i przywoływany kilkakrotnie w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy bezpośrednio wariantu 3 trybu podstawowego i samego OPIW. Opis Potrzeb i Wymagań jest jednym z dokumentów zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 3 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę, że OPIW sporządzany jest tylko w wariantcie trzecim (art. 275 pkt 3 ustawy Pzp) trybu podstawowego. W wariantcie trzecim (art. 275 pkt 3 ustawy Pzp) zamawiający sporządza SWZ dopiero po zakończeniu negocjacji. W tym przypadku SWZ stanowi doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPIW w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. OPIW zamieszczany jest przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na zasadach określonych w art. 280 pkt 2 ustawy Pzp.

Przy sporządzaniu OPIW należy mieć na uwadze zasadę określoną w art. 282 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą informacje zawarte w OPIW muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom:

- 1) ustalenie charakteru zamówienia,
- 2) ustalenie zakresu zamówienia,
- 3) podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacom.

Przepis art. 282 ustawy Pzp zawiera katalog obligatoryjnych elementów OPIW. OPIW bez wątpienia jest dokumentem o mniejszym stopniu szczegółowości niż SWZ. Niemniej, z uwzględnieniem specyfiki OPIW, w powołanym przepisie wskazano elementy właściwe dla wariantu trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami. I tak przepis art. 282 ust. 2 ustawy Pzp wymienia w pkt 5 tego katalogu jako obligatoryjną treść Opisu Potrzeb i Wymagań **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 od najważniejszego do najmniej ważnego.

Jak stanowi przywołany przez Wnoszącego zastrzeżenia art. 279 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy, negocjacje treści ofert:

- 1) nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań;
- 2) mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.

Biorąc pod uwagę definicję pojęcia „warunki zamówienia” określoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, bez wątpienia negocjacje treści oferty mogą dotyczyć warunków postępowania o udzielenie zamówienia wynikających z kryteriów oceny ofert.

W opinii Prezesa UZP nie zmienia jednak to faktu, że w wariantcie 3 trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 ustawy Pzp), OPIW, jako dokument zamówienia sporządzany na 1 etapie



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

postępowania, jeszcze przed prowadzeniem negocjacji, ma już obligatoryjnie zawierać: 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 od najważniejszego do najmniej ważnego.

Tymczasem w przypadku kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w OPIW w zakresie kryterium „Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia” wskazał jedynie nazwę/rodzaj kryterium oraz podał informacje, że doświadczenie będzie oceniane w odniesieniu do doświadczenia: koordynatora, asystenta koordynatora i specjalisty ds. zamówień publicznych według określonego wzoru. Dodatkowo w rozdziale XIV OPIW dotyczącym kryteriów Zamawiający zaznaczył, że: „(...) **opis wymagań zostanie opisany w SWZ – zaproszeniu do złożenia oferty ostatecznej**”.

W tym miejscu należy powtórzyć za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej*, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionym w *Poradniku Urzędu Zamówień Publicznych „Pozacenowe Kryteria Oceny Ofert Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Ver. 2.0.”*, uwzględniającym zapisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019)¹:

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie potencjalnych wykonawców o wszystkich kryteriach, jakimi będzie się on kierował przy wyborze oferty. Pierwsza informacja o kryteriach musi być ujawniona w ogłoszeniu o zamówieniu (w przypadku postępowań wszczynanych publikacją ogłoszenia). Szczegółowe informacje na temat kryteriów są podawane w kolejnych dokumentach postępowania (np.: SWZ, opis potrzeb i wymagań). Opis kryterium winien być jednoznaczny i zrozumiały. Wiele kryteriów powinno być rozbitych na podkryteria (lub jeszcze dalej na subkryteria), którym należy przypisać znaczenie w ramach danego kryterium (procentowe bądź punktowe). Nie oznacza to, że wszystkie kryteria muszą zostać zalgorytmizowane, tzn. podane w postaci mniej czy bardziej rozbudowanych wzorów matematycznych. Wskazuje na to choćby art. 240 ust. 2 ustawy Pzp: Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający może stosować kryteria niewymierne (tj. niemożliwe do zapisania w postaci wzoru matematycznego) pozostawiające zamawiającemu ograniczoną swobodę wyboru w przypadkach i w zakresie potrzebnym do wyboru najkorzystniejszej oferty (...).

Jeśli chodzi o znaczenie kryteriów, to najczęściej jest ono określane w postaci wagi procentowej, tak aby suma wag wynosiła 100%. Wyjątkiem jest stosowanie wyłącznie kryterium cenowego – w takim przypadku określanie wagi jest bezprzedmiotowe. Zgodnie z treścią art. 247 ust. 2 ustawy Pzp wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną (art. 247 ust. 2 ustawy Pzp).

*Z opisem kryteriów ściśle wiąże się informacja o sposobie oceny ofert. Nie chodzi tu tylko o poinformowanie wykonawców o fakcie powołania komisji przetargowej ani o tym, że każdy z członków komisji dokona indywidualnej oceny ofert. **Sposób oceny to przede wszystkim sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium.** Ponieważ przy dokonywaniu oceny ofert zamawiający*

¹ <https://www.gov.pl/web/uzp/pozacenowe-kryteria-oceny-ofert>.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

opiera się wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie lub do niej dołączonych, należy sprecyzować w dokumentach zamówienia wykaz żądanych dokumentów wraz z określeniem danych jakie powinny być w tych dokumentach zawarte (często wraz z ograniczeniem ich objętości). W przypadku, gdy ocena następuje na podstawie próbek, należy sprecyzować wymagania dotyczące ich sporządzania i przedstawiania. Należy poinformować o systemie punktacji, jaki zostanie przyjęty do oceny ofert, podając liczbę punktów, jaką można osiągnąć w każdym z kryteriów (i podkryteriów oraz subkryteriów – jeśli są stosowane) oraz sposobie, w jaki będą one przydzielane. W przypadku gdy oceniana jest oferta w kryterium wyrażonym w postaci liczbowej (cena, termin realizacji itp.), liczba punktów będzie wynikiem podstawienia danych z ofert do wzoru (algorytmu). W przypadku kryteriów niewymiernych, opis sposobu oceny powinien być szerszy, opisowy, jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert.²

Jednocześnie odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń: „Skoro więc negocjacje w wariantcie 3 trybu podstawowego prowadzi się w zakresie warunków zamówienia, to trudno godzić się z wnioskiem kontroli, iż kryteria oceny ofert, jako element tych warunków muszą pozostać niezmiennie w stosunku do tych ustanowionych w OPIW oraz że muszą być z góry uszczegółowione i obowiązujące w tym kształcie w całym postępowaniu”, **należy podkreślić, że tego rodzaju wnioski nie został wyartykułowany w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.** Negocjacje w wariantcie 3 trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 ustawy Pzp) stanowią jego obligatoryjny element. Kontrolujący nie neguje również tego, że w świetle art. 279 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, negocjacje treści ofert w ww. wariantcie mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności, a zatem warunków wynikających m. in. z kryteriów oceny ofert. Niemniej żeby doszło do negocjacji w powyższym zakresie należy najpierw w OPIW zawrzeć niejako „pierwotny” opis kryteriów oceny ofert i sposób oceny ofert, stanowiący punkt odniesienia dla przeprowadzanych negocjacji. Owszem, dopuszczalna jest możliwość doprecyzowania, rozwinięcia kryteriów oceny ofert w drodze negocjacji (należy jednak mieć na uwadze art. 292 ust. 2 ustawy Pzp). Przepisy nie precyzują co prawda dokładnego zakresu powyższych negocjacji, niemniej zbyt daleko idącym wnioskiem byłoby przyjęcie, że „Przeprowadzone negocjacje mogą więc dotyczyć kryteriów oceny ofert, w szczególności mogą polegać na ich (...) wręcz sformułowaniu”. Takiemu podejściu sprzeciwiają się wprost m.in. wymagania przepisu art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Inaczej bowiem, zamawiający opis kryteriów oceny ofert oraz sposób oceny ofert sporządzałiby dopiero na etapie negocjacji, z pominięciem OPIW.

Należy zwrócić uwagę, że opis kryterium doświadczenia zawartego w treści SWZ diametralnie różni się od informacji zawartych w tym zakresie w OPIW. W rozdz. XIV SWZ Zamawiający zawarł rozbudowany, wielopunktowy opis kryterium doświadczenia osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia. Wprowadzono 19 punktów do tabeli zamieszczonej w SWZ, charakteryzujących doświadczenie i kwalifikacje osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia, dla przykładu w pkt 1 tabeli dot. Koordynatora projektu sprecyzowano co następuje: *Posiada doświadczenie*

²Poradnik stanowi drugą wersję, uwzględniającą zapisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019). Wersja ustawy na dzień 09.11.2020 r.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

w prowadzeniu projektów w jednej z klasycznych metod zarządzania projektem (np. Prince 2), wynikające z posiadania ważnego certyfikatu na poziomie Practitioner i odpowiedniego dla innych metodyk zarządzania oraz ważny certyfikat z jednej z metodyk zwinnych zarządzania projektami (np. AgilePM) na poziomie Foundation. Certyfikaty winny zostać wydane przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wydającą takie certyfikaty po egzaminie, podczas gdy w OPIW, tak jak wskazano powyżej, Zamawiający w zasadzie ograniczył się do podania nazwy/rodzaju kryterium pozacenowego oraz wskazania, że doświadczenie będzie oceniane w odniesieniu do doświadczenia: koordynatora, asystenta koordynatora i specjalisty ds. zamówień publicznych. Powyższe pozwala uznać, że Zamawiający sformułował w OPIW ogólne założenie kryterium „Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia”, bez jego opisu, a dopiero w ramach SWZ poczynił starania, żeby sprecyzować czego ma dotyczyć doświadczenie wymaganych osób, wyodrębniając przy tym literalnie również kwalifikacje.

Wnoszący zastrzeżenia przytacza w zastrzeżeniach również pobudki wprowadzenia trybu podstawowego, do ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym otwarcie zamówień na dialog z rynkiem sprzyjający efektywności i pozyskaniu najlepszych rozwiązań. W ocenie Prezesa UZP, wprowadzenie do OPIW opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert nie niweczy powyższych założeń. Jak już ponoszono, w wariantcie 3 trybu podstawowego możliwe byłoby negocjowanie z wykonawcami treści ofert w zakresie warunków zamówienia wynikających z kryteriów oceny ofert, a więc i doprecyzowanie kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do stanowiska Wnoszącego zastrzeżenia, głoszącego, iż: „Na etapie sporządzania OPIW zamawiającemu nie jest jeszcze znany opis przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie nie ma możliwości precyzyjnego i jednoznacznego określenia kryteriów oceny ofert” należy przytoczyć treść art. 282 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Opis Potrzeb i Wymagań zawiera również m. in.: określenie przedmiotu zamówienia czy opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający w rozdz. III OPIW pn. „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 1.1-1.23 wskazał zakres przedmiotu zamówienia, który znalazł się następnie w taki samym kształcie w SWZ (rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia pkt 1.1.-1.23 SWZ).

Jak stanowi już ww. art. 282 ust. 3 ustawy Pzp, informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacji.

Tymczasem zgodnie z treścią art. 240 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Przy czym jak stanowi ust. 2 ww. artykułu, 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.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Z kolei przytoczony przez Wnoszącego zastrzeżenia art. 241 ustawy Pzp, głosi, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że z nałożonego na zamawiającego obowiązku opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały wynika m.in., że samo wskazanie w ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia nazwy kryterium oceny ofert nie jest wystarczające, aby zachować zgodność z Pzp, które wymaga, aby SWZ, a także OPW, zawierały opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (por. art. 134 ust. 1 pkt 18, art. 156 ust. 1 pkt 8, art. 202 ust. 3 pkt 1, art. 282 ust. 2 pkt 5 Pzp). Opis kryteriów oceny ofert zawiera informację dla wykonawców, które cechy przedmiotu zamówienia będą brane przez zamawiającego pod uwagę przy zastosowaniu danego kryterium. (...). Opis kryteriów oceny ofert powinien zatem stanowić dla wykonawców jednoznaczną informację, które dane będą zamawiającemu potrzebne w celu porównania ofert w ramach danego kryterium (ewentualnie, w jaki sposób te dane powinny być przedstawione, np. w przypadku próbek, planów, projektów, wzorów, w jakim formacie, w jaki sposób przekazane zamawiającemu itp.). Ponieważ opis kryteriów oceny ofert jest informacją kierowaną do wykonawców i ma wpływ na sposób przygotowania przez nich ofert, informacja ta powinna być sformułowana w sposób jednoznaczny i dla nich zrozumiały. Każde z kryteriów powinno być jasno opisane, tak aby wśród wykonawców zapoznających się z danym kryterium było możliwe jednolite rozumienie znaczenia tego opisu. Dzięki dobremu opisowi kryteriów oceny ofert wykonawcy będą mieli pewność, które aspekty ich ofert będą przedmiotem oceny podczas wyboru najkorzystniejszej oferty i będą w stanie dostarczyć zamawiającemu wymagane informacje, przez co samo porównanie ofert pod tym kątem może być dla zamawiającego łatwiejsze i jednocześnie pozwoli na uczciwe porównanie ofert z zachowaniem równego traktowania wykonawców.³

Brak znajomości opisu przedmiotu zamówienia na etapie sporządzania OPiW, jak wskazuje na to Wnoszący zastrzeżenia, nie zwalniał więc Zamawiającego z obowiązku zawarcia w OPiW wystarczająco precyzyjnych informacji w zakresie kryterium doświadczenia osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia, czy opisanie tego kryterium w sposób jednoznaczny (nie oznacza jeszcze, że ostateczny), o czym wprost stanowią ww. art. 282 ust. 3 pkt 5 ustawy Pzp i art. 240 ustawy Pzp i zakres przedmiotu zamówienia opracowany przez Zamawiającego w OPiW.

Następnie w zastrzeżeniach poruszono temat interpretacji art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i wskazano, że „(...) należy jednak zwrócić uwagę, iż jego interpretacja nie może być w świetle powyższych rozważań tak restrykcyjna jak uczynił to kontrolujący. Nie można również interpretować ww. przepisu niejako w izolacji, w oderwaniu od ducha ustawy i idei wprowadzenia trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami. W ocenie zamawiającego, prawidłowa interpretacja ww. obowiązku jest taka, iż konieczne jest wskazanie w OPiW opisu kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert na takim poziomie sprecyzowania, jaki jest możliwy biorąc pod uwagę posiadane przez dane w momencie wszczęcia postępowania”.

³ Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie II pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, s. 704 [dostęp w dniu 06.05.2024 r. file:///C:/Users/pbednars/Downloads/Komentarz_do_Prawa_zam%C3%B3wie%C5%84_publicznych_-_wydanie_II%20(1).pdf].



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Należy w tym miejscu zauważyć, że Ustawodawca formułując art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp miał z pewnością na uwadze ideę i charakter trybu podstawowego w wariantcie 3, któremu ten przepis jest dedykowany. Mimo to zdecydował się na wymóg wskazania w OPIW opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert a nie, np. podania samych nazw kryteriów. Wykładnia powyższego przepisu dokonana w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* jest literalna, dokonywana w oparciu o jego dosłowne brzmienie. Jest ona w pełni wystarczająca do uznania, że w treści OPIW musi znaleźć się opis kryteriów oceny ofert i opis sposobu oceny ofert. Tymczasem wkraczając na grunt niniejszej sprawy należy zwrócić uwagę, że informacje podane przez Zamawiającego w OPIW w zakresie kryterium doświadczenia są zbyt ogólne i nie można uznać, że zawierają w ogóle opis tego kryterium i sposób oceny ofert. Nie chodzi tutaj zatem o poziom sprecyzowania opisu kryterium oceny ofert czy sposobu oceny ofert w OPIW a właściwie ich brak, jako obligatoryjnych elementów OPIW.

Zatem w ślad za *Informacją o wyniku kontroli* z dnia 8 maja 2024 r. należy wskazać, że na gruncie kontrolowanej sprawy nie można uznać, że Zamawiający wywiązał się z obowiązku zawarcia w Opisie Potrzeb i Wymagań opisu kryterium oceny ofert dotyczącego „Doświadczenia osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia” i wskazania przy tym sposobu oceny ofert, jak stanowi o tym art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W ww. *Informacji o wyniku kontroli* wskazano także, że potencjalni wykonawcy chcący ubiegać się o udzielenie ww. zamówienia nie mieli właściwie wiedzy jakie są, choćby wstępne oczekiwania Zamawiającego w zakresie kryterium doświadczenia poszczególnych osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia i w jaki sposób wykonawcy będą oceniani w tym zakresie. Należy pamiętać przy tym, że OPIW stanowi dla wykonawców podstawę podjęcia decyzji dotyczącej złożenia oferty, dlatego też nie może mieć charakteru ogólnego, co wynika z art. 282 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto należy zauważyć, że w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie kwestionowano braku wskazania przez Zamawiającego wag kryteriów oceny ofert w OPIW. Z ww. art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wprost wynika, że OPIW zawiera 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 od najważniejszego do najmniej ważnego.** Literalna wykładnia art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp prowadzi zatem do wniosku, że w przypadku, gdy przypisanie wag kryteriów nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zadaniem Zamawiającego jest wskazanie kryteriów oceny ofert przynajmniej w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Nie zwalnia to jednak Zamawiającego z obowiązku wskazania równocześnie w OPIW opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert, które także spełniają wymagania art. 240 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 295 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty ostatecznej, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych;

4) **wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one określone w opisie potrzeb i wymagań na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;**

5) sposób i termin składania ofert ostatecznych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

Tym samym zaproszenie do składania ofert ostatecznych, wystosowywane do wykonawców po negocjacjach ma zawierać m.in. wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one określone w OPIW. Ustawodawca nie odwołał się przy tym do zawarcia w zaproszeniu opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert, które zamawiający zobligowany był zamieścić już w OPIW.

Kategoryczny wniosek wypływający z treści zastrzeżeń, ponownie nawiązujący do interpretacji art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp brzmi: „(...) rzekome naruszenie zarzucone przez kontrolującego powinno być zrewidowane biorąc pod uwagę wykładnię systemową przepisów naruszonych w ocenie Prezesa Urzędu (...) W ocenie zamawiającego art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy więc interpretować w sposób systemowy, mając na uwadze po pierwsze, ideę elastyczności trybu podstawowego wyrażoną w art. 279 ustawy Pzp, po drugie zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp i po trzecie kolizję ww. norm z normą zawartą w art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp a więc konieczność podania kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert i normą zawartą w art. 240 i 241 ustawy Pzp, aby kryteria były jednoznaczne i związane z przedmiotem zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Prezes UZP nie dostrzega sprzeczności/kolizji przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający decydując się na wariant 3 trybu podstawowego powinien postępować z literą przepisów ustawy właściwych dla tego trybu. Wykładnia literalna, jako dokonywana w pierwszej kolejności okazała się być wystarczająca. Zastosowanie ww. przepisu art. 282 ust. 2 pkt 5 i art. 240 ustawy Pzp nie uniemożliwia bowiem zamawiającym równoczesnej realizacji zasady efektywności czy prowadzenia negocjacji celem doprecyzowania ww. kryterium oceny ofert.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 8 maja 2024 r. naruszenia przepisów: art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na braku zawarcia w Opisie Potrzeb i Wymagań opisu kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia” wraz z podaniem sposobu oceny ofert, a także naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie przez Zamawiającego w OPIW przedmiotowego kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały,



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

a w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 11 czerwca 2024 r. (sygn.. akt KIO/KD 10/24) wyraziła opinię, że 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.: **„Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach”** (numer referencyjny: WI.272.37.2023).

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 10/24).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 10/24)