

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 11 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński
 Ewa Sikorska
 Bartosz Stankiewicz

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 maja 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Starostwo Powiatowe w Radomiu

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 maja 2024 r., (znak: KND/96/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: *Usługa koordynacji projektem pn. „Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach”*

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Starostwo Powiatowe w Radomiu, zwane dalej: „zamawiającym”, przeprowadziło w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., zwanej dalej jako: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługa koordynacji projektem pn. „Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach”*, zwane dalej: „postępowaniem”.

I.
W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (pismo z dnia 8 maja 2024 r. o sygn. DKZP.WKZ2.442.95.2023.SM KND/96/23/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”) w związku z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzeniu naruszenia przepisów art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez brak zawarcia w Opisie Potrzeb i Wymagań (dalej „OPiW”) 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.

W uzasadnieniu Informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezes Urzędu w toku kontroli doraźnej ustalił, że zamawiający wszczął w dniu 25 kwietnia 2023 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp na *Usługa koordynacji projektem pn. „Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach”*.

W sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu z dnia 25 kwietnia 2023 r. wymieniono stosowane kryteria oceny ofert: Kryterium ceny oraz kryteria jakościowe.

Kryterium 1

Nazwa kryterium: Cena

Waga: 0

Kryterium 2

Rodzaj kryterium:

organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia

Nazwa kryterium: Doświadczenie

Waga: 0

Natomiast w rozdz. XIV OPiW (pn. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert) wskazano, że:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert ostatecznych określonych w SWZ.

2. Zamawiający będzie oceniał oferty, które nie zostały odrzucone, według następujących kryteriów:

a) Cena.

b) Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia.

Znaczenie procentowe poszczególnych kryteriów oceny ofert zamawiający wskaże w SWZ zapraszając wykonawców do złożenia oferty ostatecznej.

W przypadku Kryterium Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji zamówienia wyjaśniono, że punkty przyznawane za wskazane kryterium liczone będą wg następującego wzoru:

$$D = D1 + D2 + D3$$

a) D1 – doświadczenie koordynatora

b) D2 – doświadczenie asystenta koordynatora

c) D3 – doświadczenie specjalista ds. zamówień publicznych

Ocena punktowa oraz opis wymagań zostanie opisany w SWZ – zaproszeniu do złożenia oferty ostatecznej.

Dodatkowo w rozdz. V pkt 8 OPIW wskazano, że:

Po przeprowadzeniu negocjacji Zamawiający przygotuje SWZ i zaprosi wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone do złożenia oferty ostatecznej. Zostaną tam wprowadzone wymagania dotyczące podmiotowych środków dowodowych żądanych od wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona najwyżej. Zamawiający informuje także, że w zakresie osób uczestniczących w realizacji zamówienia (opisanych w warunkach udziału w postępowaniu) będą wprowadzone dodatkowe kryteria oceny ofert uzależnione od doświadczenia i kwalifikacji osób zaproponowanych w realizacji zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 5 maja 2023 r. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Entrast sp. z o.o.

2. Red Code S.K.A. (lider konsorcjum), Eurogrant Sp. z o.o. (członek konsorcjum).

Po przeprowadzeniu negocjacji Zamawiający udostępnił Specyfikację Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, gdzie w rozdz. XIV pkt 2 określono, że ocena ofert, które nie zostały odrzucone, będzie przebiegała według następujących kryteriów:

a) Cena – 51% (maksymalnie 51 punktów)

b) Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia – 49 % (maksymalnie 49 punktów).

Zamawiający opisując kryterium Doświadczenie osób uczestniczących w realizacji zamówienia wskazał, że:

Punkty przyznawane za wskazane kryterium Doświadczenie osób wyznaczanych do realizacji zamówienia (D) liczone będą wg następującego wzoru:

$$D = D1 + D2 + D3$$

a) D1 – doświadczenie koordynatora

b) D2 – doświadczenie asystenta koordynatora

c) D3 – doświadczenie specjalista ds. zamówień publicznych

Podane kryteria „doświadczenie” nie są obowiązkowym warunkiem udziału w postępowaniu, a jedynie zestawem wybranych cech, kwalifikacji i doświadczenia, które mogą ale muszą być wypełnione przez osoby uczestniczące w realizacji zamówienia po stronie wykonawcy. W przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą zamawiający dopuszcza możliwość zmiany składu osób wskazanych w ofercie po spełnieniu udokumentowaniu kwalifikacji i doświadczenia osoby z co najmniej taką ilością punktów, jaka była przyznana osobie wskazanej w ofercie.

Wskazanie w ofercie osoby, która dysponuje doświadczeniem i kwalifikacjami mającymi wpływ na jakość wykonania zamówienia są elementem kryteriów oceny ofert. Wypełnienie w formularzu oferty zestawienia tabelarycznego nie jest elementem warunków udziału w postępowaniu a jedynie możliwością uzyskania dodatkowych punktów w kryteriach oceny ofert. Wypełnienie w całości lub części zestawienia w celu uzyskania większej ilości punktów nie jest wystarczające. Zamawiający wymaga, aby wykonawca przedłożył dokumenty, certyfikaty, zaświadczenia potwierdzające wypełnienie danego wymagania (...).

Dla zapewnienia efektywności Zamawiający wprowadza następujące elementy w ramach kryterium oceny ofert. Dla uzyskania maksymalnej liczby punktów Wykonawca winien wykazać, że:

1) dysponuje lub będzie dysponował następującymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia:

• 1 osoba zarządzająca projektem oraz nadzorująca wykonawcę – Koordynator projektu, zatrudniona przez wykonawcę z tytułu umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy wynikającym z Kodeksu Pracy, na czas realizacji zamówienia i okresu gwarancji, lub/i osoba asystenta Koordynatora, lub/i Specjalista ds. rozliczania projektów zamiennie lub łącznie posiadająca:

Lp.	Liczna punktów za spełnienie warunku oraz funkcja	Warunek
1.	Koordynator projektu D1 3 pkt.	Posiada doświadczenie 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
	<p><i>Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p> <p>Każdy projekt realizowany z dofinansowania musi zostać obsługiwany w jednej z klasycznych metod prowadzenia projektu. W Polsce certyfikatem wiodącym uznawanym przez większość instytucji jest Prince 2 w tym zakresie. Aby prowadzić taki projekt zgodnie z metodyką wymagane jest aby certyfikat był wystawiony na poziomie Practitioner, ponieważ poziom Foundation odpowiada wyłączenie za udział jako członek projektu a nie koordynator czy kierownik. Certyfikat podstawowy Prince 2 jednak nie zabezpiecza wszystkich aspektów złożonych projektów i aby uzupełnić braki tej metodyki w sferze aplikacji i programowania złożonych systemów uzupełnia się go metodyką zwinną. Podstawową metodyką zwinną, na której opierają się aplikacje projektowane w Polsce jest metodyka AgilePM.</p>	
2.	Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 4 pkt.	<p>Ukończone szkolenie w certyfikowanej jednostce lub podyplomowe w minimum dwóch z trzech zakresów:</p> <ul style="list-style-type: none"> • zarządzanie w IT zgodne z ISO 31000 • zarządzania zasobami IT, • modelowanie procesów biznesowych zgodnie ze standardem BPMN –ISO19510
	<p><i>Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p> <p>Każdy projekt realizowany z dofinansowania musi zostać obsługiwany w jednej z klasycznych metod prowadzenia projektu. W Polsce certyfikatem wiodącym uznawanym przez większość instytucji jest Prince 2 w tym zakresie. Prince 2 jednak nie zabezpiecza wszystkich aspektów złożonych projektów i aby uzupełnić braki tej metodyki w zakresie zarządzania ryzykiem stosuje się standard ISO31000, który za to odpowiada. Różnym jest też, aby osoba Koordynatora posiadała wiedzę z zakresu zarządzania zasobami IT, co jest również wiedzą równoważną i uzupełniającą do ISO31000 oraz z zakresu modelowania procesów biznesowych zgodnie z normą ISO19510. Niniejszy projekt jest projektem nowym i zdecydowanie jeszcze nie sformalizowanym, dlatego projektując go należy opisać w pierwszej kolejności procesy biznesowe w rekomendowanym przez Ministerstwo rozwoju standardzie opisu procesu. Audytor lub specjalista posiadający stosowne uprawnienia wynikające z posiadania certyfikatu osobistego, musi posiadać taki certyfikat wystawiony przez firmę akredytowaną w PCA (Polskie Centrum Akredytacji) lub posiadanie takiego certyfikatu musi być wynikiem odbycia studiów podyplomowych lub fakultatywnych (pełnych) w tym zakresie.</p>	
3.	Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 1 pkt.	Posiada udokumentowane doświadczenie w pracy w komisjach przetargowych jako biegły lub członek komisji
	<p><i>Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p>	

	<p>Prowadzenie przedmiotowego projektu polega m.in. na prowadzeniu jednego lub wielu skomplikowanych i wieloprzekrojowych postępowań objętych wymaganiami ustawy pzp. Dlatego koordynator musi posiadać doświadczenie w pracy jako członek lub biegły w komisji przetargowej. Samo przygotowanie dokumentacji nie jest doświadczeniem, ponieważ wiele problemów które rozwiązuje koordynator rozwiązywane jest na etapie prowadzenia przetargu np. w trakcie pytań czy procedury badania i oceny oferty. Osoba posiadająca takie doświadczenie powinna przedstawić dokument referencji potwierdzający, że takim członkiem osoba ta była lub protokół z postępowania.</p>	
4.	<p>Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 6 pkt.</p>	<p>Posiada certyfikat audytora wewnętrznego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji wg. ISO 27001 wydanym przez akredytowaną jednostkę w Polskim Centrum Akredytacji lub w wyniku odbytych studiów w tym studiów podyplomowych z tego zakresu</p>
	<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p> <p>Prowadzenie przedmiotowego projektu za wyjątkiem sytuacji opisanych w punktach wyżej polega również na wykonaniu go w takim wariantcie aby był zgodny ze wszelkimi standardami cyberbezpieczeństwa. Odpowiednią normą polską w tym zakresie jest ISO 27001. Norma PN-EN ISO/IEC 27001 przedstawia model systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, a także określa wymagania dla ustanowienia, wdrożenia, eksploatacji, monitorowania, przeglądu, utrzymania i doskonalenia systemu. Informacje będące cennym zasobem każdej firmy posiadają wymierną wartość i nieustannie narażone są na wiele zagrożeń. Dlatego też zapewnienie bezpieczeństwa posiadanych informacji powinno być priorytetem w zarządzaniu organizacją. Zarządzanie bezpieczeństwem informacji związane jest nie tylko z ochroną systemów informatycznych. Służy także zapewnieniu bezpieczeństwa danych osobowych, informacji handlowych oraz innych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ochrona przed utratą informacji to także prawny obowiązek wszystkich podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, za nieprzestrzeganie którego grożą poważne sankcje karne. Osoba posiadająca taki certyfikat czyli posiadająca prawo zajmowania stanowisk audytorskich, musi posiadać certyfikat osobisty z tego zakresu wystawiony przez firmę akredytowaną w PCA do wystawiania tego typu ważnych certyfikatów lub musi ukończyć studia podyplomowe w tym zakresie. Nie mogą być do studia ogólne, w których zakresie była mowa o ISO27001.</p>	
5.	<p>Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 6 pkt.</p>	<p>Posiadający kwalifikacje w zakresie projektowania infrastruktury bezpieczeństwa potwierdzone odpowiednimi certyfikatami np. Expert EICIP lub CCAr lub studiami z zakresu bezpieczeństwa IT lub zarządzania zasobami IT i jednocześnie kwalifikacje w zakresie projektowania i wykonywania testów bezpieczeństwa, potwierdzone certyfikatami takimi jak NSA i CEH lub komplementarnymi certyfikatami równoważnymi np. CISA i CISSP.</p>
	<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p>	

	<p>Prowadzenie przedmiotowego projektu za wyjątkiem sytuacji opisanych w punktach wyżej polega również na wykonaniu go w takim wariacie aby był zgodny ze wszelkimi standardami cyberbezpieczeństwa. Norma ISO27001 jest głównym dokumentem opisującym proces jak i poziom bezpieczeństwa. Ważną sprawą jest aby koordynator posiadał również uzupełnioną wiedzę z tego zakresu w sferze fizycznego głębokiego audytu. Odpowiednimi certyfikatami w tym zakresie są Expert EICP, CCAr jako certyfikaty branżowe i europejskie, ale wiedzę z tego zakresu można również pozyskać na studiach podyplomowych z zakresu zarządzania zasobami IT lub cyberbezpieczeństwa. Fizyczne aspekty wykonywania audytów wykonywane są przy okazji posiadania wiedzy z zakresu certyfikatów NSA i CEH (Network Security Administrator, Certified Ethical Hacker) lub CISA i CISSP (Certified Information Systems Auditor, Certified Information Systems Security Professional). Certyfikaty CEH i NSA są bardziej uniwersalne i są wydawane przez EC Council, natomiast CISA i CISSP są certyfikatami amerykańskimi, na rynek amerykański. Prawidłowe certyfikaty w tym zakresie wydaje organizacja ISACA i ISC2 lub podmioty akredytowane w tych instytucjach.</p>	
6.	<p>Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 5 pkt.</p>	<p>Posiadający wiedzę z zakresu kontroli wewnętrznej w administracji lub poświadczenie znajomości przepisów RODO poprzez certyfikat lub posiadać certyfikat minimum KSAP z tego tytułu.</p>
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i> Prowadzenie projektu za wyjątkiem sytuacji opisanych w punktach wyżej polega również na wykonaniu go w takim wariacie aby był zgodny ze wszelkimi standardami RODO. Koordynator powinien posiadać szeroko rozwiniętą wiedzę z zakresu RODO poprzez posiadanie certyfikatu w tym zakresie np. studia podyplomowe z zakresu ochrony danych osobowych lub posiadać certyfikat Krajowej Szkoły Administracji Publicznej z zakresu audytu.</p>		
7.	<p>Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 5 pkt.</p>	<p>Posiada minimum 5 lat uprawnień w nadzorze lub dozorcze instalacji elektroenergetycznych o napięciu powyżej 1kV, poświadczone wydanymi uprawnieniami budowlanymi w rozumieniu art. 24 ust.1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (tj. Dz. U. z 2013 r. poz 1409 z późn. zm) lub wydanymi i aktualnymi uprawnieniami SEP w zakresie eksploatacji i dozoru dla minimum następujących specjalności: urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną; urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu minimum 15kV pomiarowa oraz urządzenia instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji elektrycznych.</p>
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p>		

	<p>Prowadzenie przedmiotowego projektu w części nie związanej z IT, będzie opierało się na nadzorowaniu montażu urządzeń elektrycznych – maszyn CNC oraz osprzętu dla nich, które wymagają specjalnych uprawnień energetycznych do tego typu pracy. Osoba, która nadzoruje montaż urządzeń elektrycznych, zgodnie z polskimi przepisami musi posiadać stosowne do tego typu działań uprawnienia. Koordynator nie może kontrolować i nadzorować monterów, kiedy sam nie zna tej branży lub nie posiada stosownych uprawnień. Doświadczenie w nadzorze to też doświadczenie w okresie przynajmniej pięciu lat. Całość rozwiązania zostanie przyłączona do sieci SN, w związku z powyższym uprawnienia dozоровe powinny zostać wystawione bez ograniczeń lub przynajmniej do napięcia 15 kV.</p>	
8.	Koordynator projektu D1 2 pkt.	Posiada uprawnienia w dozorro nad wykonywaniem prac niebezpiecznych wynikające z posiadania uprawnień specjalisty BHP
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i> Pełnym uzupełnieniem części nadzoru wynikającego ze stosownych uprawnień energetycznych jest posiadanie przez jedną z osób w zespole uprawnień specjalisty ds. BHP. Prace przy montażu obrabiarek CNC są pracami ciężkimi i narażonym na wszelkie ryzyka związane z BHP.</p>		
9.	Koordynator projektu D1 1 pkt.	Udokumentowane doświadczenie w roli osoby zarządzającej zespołem w co najmniej 2 zrealizowanych projektach informatycznych o minimalnej wartości 5 000 000,00 zł brutto każdego z nich
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania oceny:</i> Koordynator musi przedstawiać się doświadczeniem wynikającym z prowadzenia podobnych projektów. Na rynku bardzo mało jest projektów przekrojowych informatyczno-energetycznych z urządzeniami CNC, dlatego doświadczenie winno zostać przedstawione w kilku z branż odrębnie.</p>		
10.	Koordynator projektu D1 1 pkt.	Udokumentowane doświadczenie w roli osoby odpowiedzialnej za projekt infrastrukturalny lub technologiczny lub dotyczący prac modernizacyjnych (np. termomodernizacja, wyposażenie w maszyny lub urządzenia techniczne lub technologiczne, SCADA) w jednostce wykonującej zadania publiczne
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania oceny:</i> Koordynator musi przedstawiać się doświadczeniem wynikającym z prowadzenia podobnych projektów. Na rynku bardzo mało jest projektów przekrojowych informatyczno-energetycznych z urządzeniami CNC, dlatego doświadczenie winno zostać przedstawione w kilku z branż odrębnie.</p>		
11.	Koordynator projektu D1 3 pkt.	Udokumentowane doświadczenie w roli osoby zarządzającej projektem audio-wideo, o wartości projektu nie mniejszym niż 3.000.000 zł brutto
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania oceny:</i></p>		

	Koordynator musi przedstawiać się doświadczeniem wynikającym z prowadzenia podobnych projektów. Na rynku bardzo mało jest projektów przekrojowych informatyczno/energetycznych z urządzeniami CNC, dlatego doświadczenie winno zostać przedstawione w kilku z branż odrębnie.	
12.	Koordynator projektu lub asystent koordynatora D1 lub D2 1 pkt.	Posiada certyfikat w jednym z systemów automatyki
	Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania certyfikacji: Przedmiot projektu posiada w sobie zakres związany z automatyką.	
13.	Asystent koordynatora D2 2 pkt.	Udokumentowane doświadczenie w realizacji co najmniej 2 projektów infrastrukturalnych obejmujących urządzenia technologiczne /informatycznych (obejmujących sprzęt i oprogramowanie) o wartości każdego z nich minimum 7 000 000,00 zł brutto, dla których zajmował się m.in. opracowaniem specyfikacji technicznej wymagań rozwiązań objętych projektem
	Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania oceny: Asystent koordynatora również musi przedstawiać się doświadczeniem wynikającym z prowadzenia podobnych projektów.	
14.	Asystent koordynatora D2 2 pkt.	Posiada certyfikat uczestnika projektu w jednej z klasycznych metodyk zarządzania projektem (Prince 2) na poziomie minimum Foundation, wydany przez akredytowaną jednostkę do wydawania tego typu certyfikatów
	Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania certyfikacji: Każdy projekt realizowany z dofinansowania musi zostać obsługiwany w jednej z klasycznych metod prowadzenia projektu. W Polsce certyfikatem wiodącym uznawanym przez większość instytucji jest Prince 2 w tym zakresie. Aby być członkiem zespołu projektu kierowanego w metodyce Prince 2 wymagane jest aby osoba wchodząca w skład zespołu miała certyfikat na odpowiednim poziomie czyli Foundation. Certyfikaty Prince 2 należą prawnie do firmy AXELOS i tylko przez nią są wystawiane jako akredytowane. Wszelkie inne certyfikaty wystawione przez inne firmy lub firmy nie akredytowane w AXELOS są certyfikatami nieakredytowanymi	
15.	Specjalista ds. zamówień publicznych D3 2 pkt.	Posiada certyfikat uczestnika projektu w jednej z klasycznych metodyk zarządzania projektem (Prince 2) na poziomie minimum Foundation, wydany przez akredytowaną jednostkę do
	Wyjaśnianie co do potrzeb stosowania certyfikacji: Każdy projekt realizowany z dofinansowania musi zostać obsługiwany w jednej z klasycznych metod prowadzenia projektu. W Polsce certyfikatem wiodącym uznawanym przez większość instytucji jest	

	<p>Prince 2 w tym zakresie. Aby być członkiem zespołu projektu kierowanego w metodyce Prince 2 wymagane jest aby osoba wchodząca w skład zespołu miała certyfikat na odpowiednim poziomie czyli Foundation. Certyfikaty Prince 2 należą prawnie do firmy AXELOS i tylko przez nią są wystawiane jako akredytowane. Wszelkie inne certyfikaty wystawione przez inne firmy lub firmy nie akredytowane w AXELOS są certyfikatami nieakredytowanymi.</p>	
16.	<p>Specjalista ds. zamówień publicznych D3 2 pkt.</p>	<p>Posiada doświadczenie w minimum dwóch zamówieniach dotyczących przygotowania i przeprowadzenia postępowań przetargowych o wartości minimum zamówienia co najmniej 10 mln zł, przeprowadzanych zgodnie z przepisami najnowszej ustawy Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r.</p>
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i> Osoba specjalisty musi posiadać doświadczenie w zakresie prowadzenia projektów podobnych co niniejszy projekt. Doświadczone osoby będzie premiowane.</p>		
17.	<p>Koordinator lub Asystent koordynatora lub Specjalista ds. zamówień publicznych D1 lub D2 lub D3 1 pkt.</p>	<p>Posiada certyfikat ITIL</p>
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i> Certyfikat Information Technology Infrastructure Library) jest powszechnie przyjętym zbiorem najlepszych praktyk opracowanych z myślą o wspieraniu organizacji w czerpaniu optymalnych korzyści z usług IT poprzez dostosowanie ich do strategii biznesowej.</p>		
18.	<p>Koordinator lub Asystent koordynatora lub Specjalista ds. zamówień publicznych D1 lub D2 lub D3 1 pkt.</p>	<p>Posiada certyfikat SCRUM Master</p>
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i> Iteracyjne i przyrostowe ramy zarządzania procesem produkcyjnym (ang. framework) zgodne ze Scrum Guide[1]. Może mieć zastosowanie w realizacji procesów produkcyjnych w oparciu o metodyki zwinne zgodne z manifestem Agile</p>		
19.	<p>Koordinator lub Asystent koordynatora D1 lub D2 1 pkt.</p>	<p>Posiada certyfikat SEPA</p>
<p><i>Wyjaśnienie co do potrzeb stosowania certyfikacji:</i></p>		

dopuszczenie do pracy osób przy maszynach CNC jeszcze nie podłączonych. Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 1 lipca 2022 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. Osoby sprawujące nadzór nad eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci muszą posiadać świadectwa kwalifikacji czyli uprawnienia, ponieważ będzie nadzorować roboty odbierane przez inspektora. Bez odpowiednich certyfikacji - nie ma możliwości nadzoru przez koordynatora projektu prac elektrycznych występujących przy maszynach CNC i sieci energetycznej budynku.
--

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert ostatecznych z dnia 30 czerwca 2023 r., ofertę złożyli:

- 1) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Red Code S.K.A. (lider konsorcjum) Eurogrant Sp. z o.o. (członek konsorcjum) – cena: 699 000,00 zł brutto, a także
- 2) Wykonawca Entrast Sp. z o.o. – cena: 260 760,00 zł brutto.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę ww. Konsorcjum Red Code S.K.A., Eurogrant Sp. z o.o. Oferta złożona przez Wykonawcę Entrast Sp. z o.o. została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r. poinformował na podstawie art. 522 ustawy Pzp, że unieważnia przeprowadzoną w dniu 21.07.2023 r. czynność wyboru oferty Konsorcjum Red Code S.K.A. oraz Eurogrant Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i powtórzy czynność badania i oceny tej oferty. Finalnie oferta ww. Konsorcjum została uznana za najkorzystniejszą.

Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została zawarta z Konsorcjum Red Code S.K.A., Eurogrant Sp. z o.o. w dniu 8 września 2023 r.

Biorąc pod uwagę okoliczności stanu faktycznego ustalonego w przedmiotowym postępowaniu Prezes Urzędu stwierdził, iż Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku zawarcia w OPIW 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.

Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający w OPIW w zakresie ww. kryterium 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 odwoływał się wprost do przyszłego opisu wymagań z SWZ, podczas gdy OPIW powinien zawierać już jednoznaczny i zrozumiały opis kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz ze wskazaniem sposobu oceny ofert. Bowiern jak stanowi art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, *Opis potrzeb i wymagań 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.

W ocenie Prezesa Urzędu literalna wykładnia art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp prowadzi również 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 równocześnie spełniają wymagania art. 240 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że opis przedmiotowego kryterium 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 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 w ocenie Prezesa Urzędu 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.

Prezes Urzędu przypomniał, 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. W konsekwencji można uznać, że na gruncie powyższej sprawy potencjalni wykonawcy chcący ubiegać się o udzielenie ww. zamówienia nie mieli pełnej wiedzy jakie są oczekiwania Zamawiającego w zakresie kryterium doświadczenia poszczególnych osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia i w jaki sposób wykonawcy będą oceniani w tym zakresie.

Dodatkowo zdaniem Prezesa Urzędu informacje zawarte w treści OPIW w zakresie kryterium doświadczenia osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia świadczą o tym, że Zamawiający na gruncie kontrolowanego postępowania nie zastosował się do norm wynikających z treści art. 240 ust. 1 ustawy Pzp. Z nałożonego na Zamawiającego obowiązku opisu kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały można wysnuć wniosek, że samo wskazanie w dokumentach

zamówienia nazwy/rodzaju kryterium oceny ofert z odwołaniem się do nieokreślonego doświadczenia koordynatora, asystenta koordynatora i specjalisty ds. zamówień publicznych nie jest wystarczające, aby zachować zgodność z ustawą Pzp, która wymaga, aby OPIW, zawierał opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (por. art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Powyższe jest również wyrazem naruszenia zasady przejrzystości postępowania, gdyż potencjalny wykonawca musiał domyślać się intencji Zamawiającego w zakresie ww. kryterium zawartym w OPIW.

Reasumując w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez brak zawarcia w OPIW 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 opisania 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.

II. Pismem z dnia 21 maja 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (zwane dalej: „zastrzeżeniami”).

Zamawiający na wstępie wniesionych zastrzeżeń wskazał, 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 s.. zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że 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 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.

Kontrolujący zdaniem Zamawiającego pominął w swoich rozważaniach charakter dokumentu jakim jest OPIW, wynikający ze specyfiki postępowania prowadzonego w wariantcie 3 trybu podstawowego. Ustalenie ww. okoliczności jest kluczowe celem oceny sposobu opisanie 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 wariantcie 3 trybu podstawowego prowadzi się w zakresie warunków zamówienia, to w ocenie Zamawiającego 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 w ocenie Zamawiającego dotyczyć kryteriów oceny ofert, w szczególności mogą polegać na ich doprecyzowaniu, rozwinięciu czy wręcz sformułowaniu. Przesądza o tym fakt, że negocjacje w wariantcie 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.

Zamawiający zwrócił uwagę na ideę wprowadzenia przez ustawodawcę trybu podstawowego w obecnym kształcie. Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy Pzp z 2019 r.: *Zgodnie z Koncepcją Prawa zamówień publicznych proponuje się w projekcie ustawy wprowadzenie procedury uproszczonej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Procedura uproszczona (tryb podstawowy), gwarantując realizację celów systemu zamówień publicznych, zapewnia zarazem zamawiającym odpowiednią elastyczność umożliwiającą optymalną organizację procesu udzielania zamówienia publicznego. Ponadto w nowej ustawie proponuje się umożliwienie zamawiającym wykorzystania narzędzi, które sprzyjają dialogowi z wykonawcami w celu pozyskania jak najlepszych rozwiązań dotyczących konkretnego zamówienia.*

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 wariantcie 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 zdaniem Zamawiającego 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.

Uznając obowiązywanie wymogu art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy jednak w ocenie Zamawiającego 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 wariantach 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 według Zamawiającego 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 OPZ może więc powodować konieczność doprecyzowania sposobu oceny ofert w ramach kryteriów określonych pierwotnie w OPIW.

Jak wskazuje się w doktrynie: Z perspektywy prawidłowego przebiegu postępowania kluczowe jest jednak prawidłowe określenie przez zamawiającego wymagań minimalnych. Powinny one być sformułowane tak, by faktycznie określały pewne minimalne standardy, których zachowanie jest niezbędne dla prawidłowego zaspokojenia potrzeb zamawiającego, ale z drugiej strony nie mogą być zbyt szczegółowe, by nie paraliżować swobody negocjacyjnej. Określone przez zamawiającego

*wymagania minimalne nie podlegają bowiem negocjacom i nie mogą ulec zmianie. Tym samym zbyt szczegółowe ich określenie może być proceduralnym błędem zamawiającego, który niepotrzebnie usztywni negocjacje i sztucznie zawęzi ich dopuszczalny zakres (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 282).*

Zamawiający w postępowaniu objętym kontrolą wypełnił w swojej ocenie 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. W dokumentach zamówienia znajdują się bowiem protokoły z negocjacji, w szczególności protokół z dnia 31.05.2023 r. z wykonawcą Entrast, z które go wynika, iż strony próbowały ustalić zarówno nakład pracy osób, dla których kwestionowane kryterium było przewidziane, jak i poziom oraz sposób świadczenia przez te osoby usług.

Zamawiający podkreślił, że 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 opisu 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. W literaturze podjęto próbę wyjaśnienia tego pojęcia: *wydaje się, iż o obiektywnych przyczynach będzie można mówić wówczas, gdy na etapie wszczęcia postępowania nie będzie możliwe jednoznaczne rozstrzygnięcie, którym kryteriom należałoby przypisać jakie wagi, uwzględniając efektywność wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie chodzi przy tym o całkowitą niemożność przypisania wag, ale o taką, która powodowana jest niepewnością co do jednoznacznego ustalenia kombinacji wag, tak aby prowadziło ono do wyboru ofert zawierających optymalne (względem określonego w opisie potrzeb i wymagań zapotrzebowania oraz względem wymagań minimalnych) rozwiązanie*

(P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 282).

Zamawiający wskazał, że również w przedmiotowym postępowaniu, 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.

Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

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* (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 17). 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.

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* (Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne część ogólna*, s. 68).

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 wariantcie 3, jak również pozbawia ten tryb

znaczenia praktycznego. Jak wynika ze statystyk prezentowanych przez Prezesa UZP, wariant trzeciego 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 wymogi 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, w ocenie Zamawiającego, informacja o wyniku kontroli powinna zostać zrewidowana poprzez zastosowanie wykładni systemowej uwzględniającej całość przepisów zamówień publicznych, jak również aspekt historyczny, w postaci uzasadnienia do wprowadzenia omawianego trybu.

III.

Prezes Urzędu pismem z 27 maja 2024 r. poinformował Zamawiającego, że podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5, a także naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zastrzeżeń, Prezes Urzędu w pierwszej kolejności stwierdził, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko Zamawiającego, iż w przedmiotowej kontroli pominięto w rozważaniach charakter dokumentu jakim jest OPIW, wynikający ze specyfiki postępowania prowadzonego w wariantcie 3 trybu podstawowego.

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.

Prezes Urzędu podkreślił, że 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 wątplenia 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 OPIW 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 Zamawiającego 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 wątplenia negocjacje treści oferty mogą dotyczyć warunków postępowania o udzielenie zamówienia wynikających z kryteriów oceny ofert.

W opinii Prezesa Urzędu 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 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 Prezes Urzędu podkreślił, że 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”.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia ponownie przywołał Poradniku Urzędu Zamówień Publicznych „Pozacenowe Kryteria Oceny Ofert Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Ver. 2.0.”, zgodnie z którym:

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 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, umożliwiając wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert.

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”, Prezes Urzędu podkreślił, że tego rodzaju wniosek 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. Prezes Urzędu 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 sporządzaliby dopiero na etapie negocjacji, z pominięciem OPIW.

Prezes Urzędu zwrócił 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 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 w opinii Prezesa Urzędu, 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 Zamawiający 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 Urzędu, 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 Zamawiającego, 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”* Prezes Urzędu przytoczył treść art. 282 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, OPIW 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 Prezes Urzędu zauważył, 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 negocjacom.

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.

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

W tym miejscu Prezes Urzędu wskazał, 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. rt.. 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 (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie II pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, s. 704).

Zdaniem Prezesa Urzędu brak znajomości opisu przedmiotu zamówienia na etapie sporządzania OPIW, 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”.*

W tym miejscu Prezes Urzędu zauważył, że ustawodawca formułując art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp miał z pewnością na uwadze ideę i charakter trybu podstawowego w wariantach 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. Prezes Urzędu na gruncie niniejszej sprawy zwrócił 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. Prezes Urzędu wskazał, że na gruncie kontrolowanej sprawy nie można uznać, że Zamawiający wywiązał się z obowiązku zawarcia w OPIW 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 Prezes Urzędu zauważył, że w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie kwestionowano braku wskazania przez Zamawiającego wag kryteriów oceny ofert w OPIW. Z 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;
- 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 wyływający 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 Urzędu nie dostrzega sprzeczności czy 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.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 Pzp w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanych naruszeń przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 maja 2024 r. oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń z dnia 27 maja 2024 r. W ocenie Izby wskazane tam argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do właściwie ustalonego stanu faktycznego. W związku z tym Izba przyjęła za własne ustalenia Prezesa Urzędu odnośnie stanu faktycznego. Ponadto Izba podzieliła i przyjęła za własne stanowisko prawne Prezesa Urzędu uzasadniające

stwierdzone naruszenia art. 282 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a także naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w dalszym ciągu zachowuje aktualność stwierdzenie wyrażone w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 583/13 – *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14), co oznacza, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez wnoszącego zastrzeżenia – i to tylko w granicach, które wyznacza treść zastrzeżeń. W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż nie znalazły potwierdzenia twierdzenia Zamawiającego, jakoby Prezes Urzędu pominął w swoich rozważaniach charakter dokumentu jakim jest OPIW, wynikający ze specyfiki postępowania prowadzonego w wariantcie 3 trybu podstawowego. Zarówno informacja o wyniku kontroli, jak również odpowiedź na zastrzeżenia zawiera szczegółowe odniesienie się do ram prawnych postępowania prowadzonego w trybie określonym w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności wskazując rolę i znaczenie OPIW w postępowaniu prowadzonym w tym trybie, jak również odwołując się do właściwych przepisów wskazał na obligatoryjne elementy, które muszą się w tym dokumencie znaleźć, jak również ich znaczenie w kontekście decyzji potencjalnych wykonawców odnośnie uczestnictwa w postępowaniu.

Wśród tych obligatoryjnych elementów art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wymienia 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 Zamawiający jak słusznie wskazał Prezes Urzędu 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, a zatem 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. Tym samym Zamawiający nie zastosował się do norm wynikających z treści art. 240 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązujący do opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

Za niezasadne należy uznać w tym kontekście twierdzenie Zamawiającego, że przewidziane w trybie podstawowym o którym mowa w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp negocjacje mogą polegać na doprecyzowaniu, rozwinięciu czy wręcz sformułowaniu kryteriów oceny ofert. Zgodzić się należy z Prezesem Urzędu, że tego rodzaju interpretacja art. 282 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp jest niedopuszczalna

jako dopuszczająca formułowanie kryteriów na etapie negocjacji tj. po złożeniu ofert przez wykonawców. Takie działanie pozbawia bowiem potencjalnych wykonawców na etapie podejmowania decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu kluczowych informacji odnośnie sposobu i podstaw oceny ofert, na których Zamawiający będzie opierał weryfikację ofert oraz i klasyfikację w postępowaniu. Tymczasem art. 282 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wprost, aby informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań były wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacom. Brak zawarcia przez Zamawiającego w OPIW opisu kryteriów oceny ofert i sposób oceny ofert, stanowiącego punkt odniesienia dla przeprowadzanych negocjacji należy uznać za pozbawiony waloru precyzyjności czy jednoznaczności.

Nie sposób się zgodzić z Zamawiającym, iż ocena zapisów OPIW dokonana przez Prezesa Urzędu wypacza ideę wszczynania postępowania w procedurze opisanej w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp i jest dokonana oderwaniu od ducha ustawy i celu jej wprowadzenia przez ustawodawcę. Zamawiający podniósł, że negocjacje w ramach ww. procedury dają zamawiającym możliwość pozyskania na etapie negocjacji wiedzy o możliwościach rynkowych, zasobach i poziomach określonych wymagań, a tym samym sporządzenia SWZ, która jest zdaniem Zamawiającego pierwszym w tej procedurze konkretnym dokumentem, zawierającym komplet informacji niezbędnych celem złożenia precyzyjnej oferty. W konsekwencji stanowią one w opinii Zamawiającego narzędzie dialogu z rynkiem, sprzyjające efektywności i pozyskaniu najlepszych rozwiązań. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego już OPIW zgodnie z art. 282 ust. 3 ustawy Pzp powinien zawierać informacje wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia. Są to m. in informacje wskazane w ust. 2 pkt 2-4 ww. przepisu takie jak:

- 2) określenie przedmiotu zamówienia;
- 3) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia;
- 4) minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacom, które muszą spełnić wszystkie oferty.

Nietrafiona jest zatem argumentacja Zamawiającego podniesiona we wniesionych zastrzeżeniach, iż brak możliwości precyzyjnego i jednoznacznego określenia kryteriów oceny ofert uzasadnia fakt, że na etapie sporządzania OPIW Zamawiającemu nie jest jeszcze znany opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał, że ponieważ w tym konkretnym postępowaniu przedmiot stanowi specjalistyczna usługa koordynacji skomplikowanym projektem uzasadnione było jedynie wskazanie rodzaju kryterium i wskazanie jakich osób ono dotyczy, zaś ustalenie ostatecznych założeń zakresu tych usług i sposobu ich realizacji stanowiło podstawę opisu sposobu oceny ofert. Odnosząc się do powyższego Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w odpowiedzi na zastrzeżenia, iż negocjacje treści ofert w procedurze opisanej w art. 275 pkt 3 ustawy Pzp 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 wyjściowy materiał odnoszący się do opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert, stanowiący punkt odniesienia dla przeprowadzanych negocjacji, wynikający z minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań. Jak wynika z art. 279 ustawy Pzp 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.

Nieodżowne jest zatem zawarcie w OPIW informacji w zakresie określonym w art. 282 ust. 2 pkt 5 wynikających z wskazanych powyżej minimalnych wymagań, czego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący

.....

.....