

Sygn. akt KIO/KD 15/23

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 22 września 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 sierpnia 2023 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gminę Otwock ul. Armii Krajowej 5, 05-400 Otwock

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/189/22/DKZP, przekazanej zamawiającemu pismem z 17 sierpnia 2023 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. „Zakup oświetlenia świątecznego”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Agnieszka Trojanowska

Członkowie:

Renata Tubisz

Adriana Urbanik

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Otwock z siedzibą w Otwocku, ul. Armii Krajowej 5 prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup oświetlenia świątecznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2022 r. pod nr 2022/BZP 00429127/01.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w Informacji o jej wyniku naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy:

1) art. 16 ust. 1 w zw. z art 99 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w

sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez zamawiającego cech dekoracji świątecznej w zakresie koloru (barwy światła), kształtu/formy, liczby elementów świetlnych i funkcjonalności, co miało wpływ na sporządzenie ofert;

2) art. 240 ust. 1 i 2 ustawy przez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny

ofert dotyczącego efektu wizualnego, o wadze 40%, w sposób niejednoznaczny i pozostawiający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z pkt IV.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik A do SWZ (opis przedmiotu zamówienia).

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał następująco:

3. Opis przedmiotu zamówienia:

3.1. Przedmiotem zamówienia jest dekoracja świąteczna miasta Otwocka w formie elementów dekoracyjnych:

1) Pociąg;

2) Szopka bożonarodzeniowa.

3.2. Dekoracje świąteczne muszą być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce.

3.3. Zakup - dostawa, transport po demontażu dekoracji do magazynu Sprzedającego

oraz bezpłatne przechowywanie do dnia 29 listopada 2024 roku.

3.4. Zakup i dostawa dekoracji świetlnych - świątecznych w miejsce wyznaczone przez Zamawiającego.

3.5. Transport po demontażu dekoracji do magazynu Wykonawcy oraz nieodpłatne magazynowanie do 29 listopada 2024 roku.

3.6. W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do:

a) dostarczenia w miejsce wskazane przez Zamawiającego (na terenie miasta Otwocka)

dekoracji

b) wyznaczenie osoby nadzorującej do pierwszego montażu dekoracji

c) magazynowanie przedmiotowych dekoracji w okresie:

- od dnia 10 lutego 2023 roku do dnia 30 listopada 2023 roku;

- od dnia 10 lutego 2024 roku do dnia 29 listopada 2024 roku.

Płatność w trzech równych transzach:

I transza grudzień 2022 r. – 1/3 wartości zamówienia;

II transza grudzień 2023 r. – 1/3 wartości zamówienia;

III transza grudzień 2024 r. – 1/3 wartości zamówienia.

d) odbiór od Zamawiającego dekoracji oraz transport do magazynu Wykonawcy.

3.7. Dane techniczne:

a) Pociąg

Zestaw elementów wolnostojących w formie pociągu (lokomotywa i 3 wagoniki), z możliwością wsiadania do wnętrza dekoracji. Elementy konstrukcji lakierowane proszkowo, podświetlane diodami LED o podwyższonej klasie odporności na czynniki zewnętrzne.

Lokomotywa i wagoniki wyposażone w schodki oraz siedzisko wewnątrz konstrukcji. Elementy dekoracji odporne na warunki atmosferyczne.

Długość min. 11 m., szerokość min. 2 m., wysokość min. 2,8 m.

b) Szopka bożonarodzeniowa 3D wraz z figurami.

Dekoracja 3D, wolnostojąca.

Preferowany skład dekoracji: szopka, figur Maryja z Jezusem, Józef, 3 królowie, anioł, pasterz oraz 1 lub 2 figury zwierząt.

Wymiary: szopka – min. 450 cm, postacie kłęczące min. 200 cm, figury zwierząt min 170 cm.

Konstrukcja szopki i figur aluminiowa, malowana proszkowo.

Bezpieczne i stabilne obciążenie każdej dekoracji.

Konstrukcje wypełnione diodami LED, odpornymi na warunki atmosferyczne.

W pkt 4 OPZ (Załącznik A do SWZ) zamawiający wskazał, że wymaga w przedmiotowym postępowaniu złożenia projektu graficznego lub karty katalogowej produktu wraz z wizualizacją obiektu, który w myśl pkt X ust. 2 SWZ należało złożyć wraz z ofertą.

Zgodnie z pkt XIX.1. SWZ, zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena (C) – kryterium o wadze 60%,
- 2) Efekt wizualny (E) – kryterium o wadze 40%.

W zakresie kryterium „Efekt wizualny”, Zamawiający wskazał następujące zasady oceny ofert:

- Kształt/forma – 15% ocena (0-15) pkt;
- Kolorystyka (barwy światła) – 15% ocena (0-15) pkt;
- Ilość elementów świetlnych – 5% ocena (0-5) pkt;
- Funkcjonalność zabezpieczenia – 5% (0-5) pkt.

Zamawiający wskazał, że: Sporządzony przez Wykonawcę, na podstawie wytycznych zamawiającego (ujętych w opisie przedmiotu zamówienia), kompletny projekt/graficzno-informacyjny/e dekoracji załączony/e do oferty będzie oceniany indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej w zakresie właściwości estetycznych i funkcjonalnych.

Łączna ocena w przedmiotowym kryterium będzie sumą poszczególnych podkryteriów. Ilość punktów w danym podkryterium będzie średnią arytmetyczną ocen członków Komisji Przetargowej dla danego podkryterium.

Pismem z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający, działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy, udzielił odpowiedzi do treści SWZ dotyczącego kryteriów oceny ofert precyzując, jak należy rozumieć pojęcie „Funkcjonalność zabezpieczenia”:

Pytanie nr 2:

Co należy rozumieć pod pojęciem „Funkcjonalność zabezpieczenia”, które stanowi jedno z kryteriów oceny ofert?

Odpowiedź nr 2:

Należy rozumieć łatwość wymiany uszkodzonych elementów konstrukcji świetlnej dekoracji. Ostatecznie termin składania ofert został wyznaczony na 18 listopada 2022 r., godz. 10:00 (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 15 listopada 2022 r.).

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu zostały złożone następujące oferty :

1. MULTIDECOR S.A., ul. Stanisława Noakowskiego 4, 05-820 Piastów, cena: 283

522,20 zł;

2. CR Iluminacje Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 3 lok. 4, 43-300 Bielsko-Biała, cena:

141 479,52 zł;

3. PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE IPB Sp. z o.o., ul. Pyskowska 6, 41-807

Zabrze, cena: 184 144,16 zł.

W dniu 28 listopada 2022 r. zamawiający zawiadomił, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę MULTIDECOR S.A., ul. Stanisława Noakowskiego 4, 05-820 Piastów.

Zamawiający przedstawił następującą punktację przyznaną ofertom w kolejności: "Cena"

Kształt/ forma"

Kolorystyka (barwy światła)"

Ilość elementów świetlnych"

Funkcjonalność zabezpieczeń"

1. MULTIDECOR S.A., ul. Stanisława Noakowskiego 4, 05-820 Piastów

29,94; 15,00; 15,00; 5,00; 5,00; 69,94

2. CR ILUMINACJE Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 3 lok. 4, 43-300 Bielsko-Biała

60,00; 3,00; 0,00; 2,00; 3,00; 68,00

3. PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE IPB sp. z o.o., ul. Pyskowska 6, 41-807 Zabrze Oferta niepunktowana

Zgodnie z ww. informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta Wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE IPB Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 6 grudnia 2022 r. z wykonawcą MULTIDEKOR S.A.

W wyjaśnieniach skierowanych na wezwanie Urzędu, zamawiający odnosząc się do kwestii sposobu opisu kryterium „efekt wizualny” wskazał, co następuje:

Kryterium efektu wizualnego jest związane z przedmiotem zamówienia i jest niezwykle istotne z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Specyfika dekoracji świątecznej polega na tym, że pomimo tego, że zamawiany jest „gotowy produkt”, to dla osiągnięcia celu zamówienia, przesądzające znaczenie ma efekt wywołany u osób, które będą oglądać te dekoracje, zwłaszcza po zapadnięciu zmroku. Kryterium „efektu wizualnego” jako kryterium pozacenowe, odwołujące się do właściwości estetycznych przedmiotu zamówienia jest kryterium jakościowym w rozumieniu art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy. Ma ono jednak charakter subiektywny, co powoduje zagrożenie jego rozbieżnym rozumieniem przez wykonawców oraz ich niepewność, co do rozumienia tego kryterium przez zamawiającego.

Wobec powyższego zamawiający - mając na względzie wynikający z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy obowiązek opisu kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny, zrozumiały oraz wyłączający możliwość nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty – wskazał w rozdziale XIX ust. 2 pkt 2) SWZ elementy, które będzie brał przy ocenie ofert w tym kryterium oraz dodatkowo związał się wagami przypisanymi tym elementom. (...).

Sporządzony przez wykonawcę, na podstawie wytycznych zamawiającego (ujętych w opisie przedmiotu zamówienia), kompletny projekt/y graficzno-informacyjny/e dekoracji załączony/e do oferty będzie oceniany indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej w zakresie właściwości estetycznych i funkcjonalnych.

Łączna ocena w przedmiotowym kryterium będzie sumą poszczególnych podkryteriów. Ilość punktów w danym podkryterium będzie średnią arytmetyczną ocen członków Komisji Przetargowej dla danego podkryterium.”

Uwzględniając zatem charakter przedmiotu zamówienia oraz indywidualną ocenę ofert przez każdego z członków komisji przetargowej należy uznać za chybione zarzuty dotyczące braku sprecyzowania wymagań dotyczących koloru oraz brak dookreślenia kryterium kształtu/formy. Intencją zamawiającego nie było bowiem uzyskanie oferty o ściśle określonych parametrach, ale oferty najbardziej efektownej pod względem wizualnym. Możliwość tę zamawiający

zamknąłby sobie, gdyby przykładowo wskazał wagi punktów w zależności od barwy światła (ciepłe albo zimne) lub wymagał określonej kolorystyki i ją punktował. Taki opis oceny ofert -zwłaszcza, jeśli zamawiający pominąłby w przyznaniu punktów określone kolory - należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż ograniczyłoby ono możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy oferują rozwiązania z określoną barwą światła lub posługują się określoną kolorystyką. Takie szerokie otwarcie zamówienia na konkurencję i chęć zamawiającego uzyskania oferty prezentującej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny potwierdza treść ofert złożonych w postępowaniu oferujących różną kolorystykę oraz różną barwę światła. Analogiczne racje stały u podstaw oceny w zakresie kształtu lub formy oferowanej dekoracji.

Ponieważ zamawiający uznał, że te dwa elementy - tj. kolorystyka i kształt - mają podstawowe znaczenie dla uzyskania efektownego rozwiązania przyznał im najwyższy udział w kryterium efektu wizualnego (15%).

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

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

Zamawiający wyjaśnił również, że: nie wybrał najkorzystniejszej oferty na podstawie nieformalnego, nieokreślonego w SWZ, lecz decydującego kryterium oceny ofert „aby zamawiana dekoracja nawiązywała do dekoracji już istniejącej, wykonanej wcześniej przez firmę, która wygrała przetarg”.

Prawdą jest, że zamawiający posiada część dekoracji świątecznych i wykorzystuje je każdego roku w okresie świątecznym. Jednak gdyby intencją zamawiającego był wybór rozwiązania o takich samych cechach estetycznych, jak już posiadane dekoracje, wówczas opisałby kryterium efektu wizualnego w ten sposób, by sprzyjało ono wyborowi

preferowanego

rozwiązania albo opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, by wyłączyć możliwość złożenia ofert z rozwiązaniami, które uznawałby za niespójne z posiadanym, czyli niepozostające z nim w harmonii, niepowiązane, niekonsekwentne. Zamawiający postąpił przeciwnie, dając możliwość subiektywnej i indywidualnej oceny przez członków komisji przetargowej każdego z możliwych do zaoferowania rozwiązań.

Subiektywny charakter oceny, a tym samym możliwość konkurowania w postępowaniu wykonawców oferujących różne rozwiązania w zakresie kolorystyki (barwy światła) oraz formy potwierdzają złożone w postępowaniu projekty graficzne lub karty katalogowej produktu wraz z wizualizacją oraz karty oceny ofert.

Zgodnie z treścią art. 16 pkt 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

W myśl przepisu art. 99 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swą aktualność na gruncie ustawy Pzp), celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej

do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Nieprawidłowym zatem będzie opis, który nie pozwala wykonawcom na rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy SWZ zawiera opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert.

Z kolei zgodnie z przepisem art. 240 ust. 1 ustawy, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ust. 2 ww. przepisu stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Kontrolujący wskazał, że sposób oceny ofert z zastosowaniem przyjętej przez zamawiającego punktacji, włączając w to algorytm służący proporcjonalnemu przyporządkowaniu punktacji w ramach kryterium, powinien również być jednoznaczny i wyłączać dowolność oceny. Oznacza to, że zarówno tam, gdzie kryteria mają charakter umożliwiający arytmetyczne porównanie np. poziomów, ilości itp., jak tam, gdzie kryteria odwołują się do wrażeń subiektywnych, np.

estetyka, smak, wrażenia zapachowe, sposób oceny ofert powinien wskazywać, za co i ile punktów będzie przyznawane przez zamawiającego.

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

Wskazał także, że przepis art. 67 ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, stanowi, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. Oznacza to, że kryteria oceny ofert nie mogą być kształtowane na zasadzie dowolności i podlegają ograniczeniom wynikającym z zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Zamawiający jako gospodarz postępowania, może zatem dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający podlega jednak ograniczeniom wynikającym z określonych w art. 16 ustawy zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady przejrzystości. Troska zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości, zasługuje na pełną aprobatę, jednakże zamawiający powinien sprecyzować swoje oczekiwania w opisie przedmiotu zamówienia, a kryteria oceny oferty winny zapewnić przejrzystość oceny.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 141/16) wskazano, że: (...) ustawodawca postawił kryteriom oceny ofert jasny cel – mają one służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji sposób ich sformułowania nie może budzić wątpliwości, bowiem w przeciwnym razie nie będą one realizowały wspomnianej powyżej funkcji. Nie ulega wątpliwości, że ocena ofert w takim kryterium jak efekt wizualny jest immanentnie związana z subiektywizmem osób dokonujących ocen, bowiem odnosi się do aspektów, które niejednokrotnie nie są mierzalne lub których precyzyjne (np. liczbowe) określenie napotyka na trudności. (...). Powyższe nie może stanowić jednak przyzwolenia dla takiego sformułowania kryterium pozacenowego, które umożliwiać będzie całkowicie dowolną, arbitralną ocenę rozwiązań oferowanych przez wykonawców, gdyż stoi to w sprzeczności z ciążącym na zamawiającym

obowiązkiem poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający musi mieć na uwadze, że wykonawcy – przygotowując ofertę, która ma zostać oceniona pod kątem efektu wizualnego – powinni z postanowień SWZ czerpać wiedzę o preferowanych przez zamawiającego sposobach zaspokojenia jego oczekiwań. Wynika to z faktu, że zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi dysponować chociażby ogólną wizją sposobu jego realizacji, w przeciwnym bowiem razie ocena propozycji przedstawianych przez wykonawców będzie w istocie nie tyle subiektywna co dowolna. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 724/18; KIO 737/18) wskazano, że: W szczególności nie jest prawidłowa sytuacja, w której zamawiający przyznaje punkty w wyniku analizy porównawczej ocenianych treści ofert w ten sposób, że ta, która na tle pozostałych wypada zdaniem zamawiającego najlepiej, otrzyma największą liczbę punktów, a pozostałe otrzymają odpowiednio, według uznania zamawiającego, mniejszą liczbę punktów.

Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał, jakiego efektu pożąda zamawiający. Poza tym, że dekoracje świąteczne muszą być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce (zob. pkt 3.2 OPZ), brak było jakichkolwiek wytycznych odnoszących się do cech ocenianych według przyjętego kryterium efektu wizualnego, tj. przede wszystkim koloru i kształtu elementów świetlnych. Przy tym, zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert nie doprecyzował, w jaki sposób będzie przyznawana punktacja w tym zakresie.

W ocenie Urzędu, samo wskazanie, że w ramach kryterium oceny ofert w zakresie efektu wizualnego zamawiający oceni kolor (barwy światła), kształt/formę, liczbę elementów świetlnych i funkcjonalność, bez dookreślenia sposobu przyznawania punktów w ww. podkryteriach, nadto w sytuacji, gdy w opisie przedmiotu zamówienia nie uwzględniono wymagań i parametrów w nich ocenianych, doprowadziło do tego, że ocena ofert w tym postępowaniu mogła być zupełnie dowolna.

Zamawiający w ramach kryterium efektu wizualnego wskazał podkryteria oceny ofert i ich znaczenie dla całkowitej oceny. Jednakże wymaga podkreślenia, że jednocześnie zamawiający zaniechał wskazania zasad przyznawania punktów w ich zakresie.

Kontrolujący wskazał, że SWZ nie zawiera informacji pozwalających na zidentyfikowanie przez wykonawców potrzeb zamawiającego dotyczących efektu wizualnego podlegających ocenie zgodnie z przyjętym kryterium. Opis przedmiotu zamówienia tylko w sposób ogólny wizualizuje wymagania zamawiającego, wskazując na jednolity styl i kolorystykę, oraz dane techniczne, tj. ogólny opis form, tj. pociąg (lokomotywa i 3 wagoniki - wyposażone w schodki oraz siedzisko wewnątrz konstrukcji) wraz z minimalnymi wymiarami i szopka bożonarodzeniowa (dekoracja 3D, preferowany skład: szopka, figura Maryja z Jezusem, Józef, 3 królowie, anioł, pasterz oraz 1 lub 2 figury zwierząt), nie odnosi się natomiast do aspektów podlegających ocenie. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia wraz z lakonicznie określonymi kryteriami oceny

ofert dotyczącymi efektu wizualnego pozbawiło wykonawców możliwości dostosowania oferty do preferencji zamawiającego, tak aby w danym kryterium otrzymać jak najwyższą liczbę punktów.

A zatem kontrolujący stwierdził, że jeżeli zamawiający przyjął niewymierne kryterium oceny ofert, po pierwsze, winien w OPZ wskazać jakie są jego preferencje, np. jakiej kolorystyki oczekuje, jakiej jasności, ilości elementów świetlnych, gęstości ich rozłożenia, itp. Tymczasem zamawiający w OPZ ograniczył swoje wymagania, do których odnoszą się kryteria oceny ofert, do tego aby dekoracja miała jednolity styl i kolorystykę. Kontrolujący stwierdził, że takie określenie może stanowić zbiór wielu rozwiązań i nie sposób przewidzieć, które z nich będzie najwyżej ocenione pod kątem koloru, kształtu, liczby elementów świetlnych i funkcjonalności rozumianej jako „łatwość naprawy”. Po drugie zamawiający powinien opisać czym będzie się kierował przy ocenie w danym podkryterium efektu wizualnego oraz wskazać sposób przyznawania punktów w tym zakresie.

Jak wyjaśnił zamawiający, celem było uzyskanie oferty najbardziej efektywnej pod względem wizualnym. Zamawiający stwierdził, że: Możliwość tę zamawiający zamknąłby sobie, gdyby przykładowo wskazał wagi punktów w zależności od barwy światła (ciepłe albo zimne) lub wymagał określonej kolorystyki i ją punktował. Taki opis oceny ofert - zwłaszcza, jeśli zamawiający pominąłby w przyznaniu punktów określone kolory - należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż ograniczyłoby ono możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy oferują rozwiązania z określoną barwą światła lub posługują się określoną kolorystyką. Wbrew temu co twierdzi zamawiający, że tego typu dookreślenia prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem ograniczałyby one możliwość złożenia ofert przez wykonawców oferujących konkretne rozwiązania, np. z określoną kolorystyką, kontrolujący wskazał, że to brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie stanowi naruszenie ww. zasad. Otóż wykonawcy zostali pozbawieni możliwości zmaksymalizowania szansy na uzyskanie jak najwyżej oceny oferowanego rozwiązania w kryterium efektu wizualnego, podczas gdy zamawiający miał w tym zakresie dowolność w dokonaniu oceny.

Nie kwestionując potrzeby zamawiającego uzyskania jak najbardziej efektywnej dekoracji, nie sposób więc zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że sposób opisanie kryteriów oceny ofert dotyczących efektu wizualnego zapewnił szerokie otwarcie zamówienia na konkurencję i zapewnił równe traktowanie wykonawców. Przeciwnie, kontrolujący zauważył, że zapewnienie uczciwej konkurencji jest w tym wypadku pozorne. O ile zapisy SWZ pozwalały na złożenie oferty o dowolnej jednolitej kolorystyce, w jednolitym stylu, to nie można mówić o zapewnieniu konkurencji, w sytuacji, gdy zamawiający pozostawia sobie dowolność w dokonaniu oceny, decydując dopiero na etapie oceny ofert, jakiego typu rozwiązanie zostanie najwyżej ocenione

w ramach podkryteriów dotyczących efektu wizualnego. Fakt, że określona dekoracja wypada lepiej na tle innych, nie może stanowić o przyznaniu jej większej ilości punktów, w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał, aby miały one požądane przez zamawiającego - lecz nie sprecyzowane w SWZ – walory estetyczne.

Kontrolujący nadmienił, że stosowanie kryteriów niewymiernych, jakim jest kryterium efektu wizualnego, jest możliwe i legalne. Niemniej, opis kryteriów powinien komunikować wykonawcom preferencje zamawiającego i być na tyle jednoznaczny, aby umożliwić wykonawcy maksymalne dostosowanie oferty do tych preferencji. Wykonawca nie może zgadywać, na czym i jak bardzo zamawiającemu zależy.

Na gruncie przedmiotowego postępowania, wobec braku szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów takich jak kolor oświetlenia (barwy światła), ilość elementów świetlnych, funkcjonalność dekoracji, ustanowienie jako kryterium oceny ofert kryterium efektu wizualnego obejmującego ww. aspekty, bez opisanie tych kryteriów i sposobu dokonania oceny, nie można mówić o jakiegokolwiek możliwości wykonawców na dostosowanie swojej oferty do preferencji zamawiającego.

Jak wynika z przekazanej przez zamawiającego korespondencji z dnia 29 grudnia 2022 r. skierowanej do Wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o.o., wobec których zamawiający zdystansował się w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu, zamawiający przy dokonaniu oceny ofert w zakresie kryterium „kolor” i kryterium „kształt/forma” kierował się chęcią uzyskania spójności w zakresie całości posiadanych już dekoracji, czego nie uwzględniono w SWZ. Powyższe dowodzi, że w istocie, biorąc pod uwagę istotę wagi ww. podkryteriów, ocena w kryterium efektu wizualnego mogła zostać dokonana również dobrze w oparciu o nieformalne kryterium dostosowania dekoracji do już posiadanej przez zamawiającego.

Stąd, w ustalonych okolicznościach faktycznych wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia publicznego mógł mieć uzasadnione wątpliwości według jakich reguł została oceniona jego oferta w ramach kryterium „efekt wizualny”. Przy tak bowiem sformułowanym kryterium, należy zauważyć, że biorąc pod uwagę wymóg jednolitej kolorystyki i stylu zamawianej dekoracji, w ocenie Urzędu, równie dobrze zamawiający mógł w zakresie podkryterium koloru (barw światła) wyższą punktację przyznać dekoracji zaoferowanej przez wykonawcę CR Iluminacje Sp. o.o., która w zakresie wszystkich elementów utrzymuje jednolity kolor i styl, podczas gdy dekoracja zaoferowana przez MULTIDECOR S.A. nie zachowuje kolorystycznej spójności pomiędzy zestawem elementów w formie pociągu a zestawem elementów w formie szopki bożonarodzeniowej, nawet jeśli wypada lepiej w subiektywnej ocenie zamawiającego. Tymczasem oferta wykonawcy CR Iluminacje Sp. o.o. w zakresie koloru otrzymała 0 pkt, a oferta wykonawcy MULTIDECOR S.A. uzyskała wynik maksymalny – 15 pkt. Można wręcz stwierdzić, że w tym wypadku kierowanie się opisem przedmiotu zamówienia, tj. zachowanie jednolitej kolorystyki, pozbawiło wykonawcę uzyskania punktów.

Powyższe potwierdza, że ocena w tym kryterium została dokonana w sposób nie tyle subiektywny, co dowolny.

Zupełnie niejasny jest również sposób dokonania oceny w kryterium kształtu/formy. Kontrolujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami SWZ obie oferty zawierały wizualizację dekoracji, tj. pociągu i szopki bożonarodzeniowej, w obu przypadkach elementy konstrukcji spełniały wymagania SWZ, w przypadku szopki bożonarodzeniowej zarówno MULTIDECOR S.A. jak i CR Iluminacje Sp. z o.o. przedstawili projekt szopki z figurami: Maryja z Jezusem, Józef, 3 królowie, anioł, pasterz oraz 2 figury zwierząt. Zamawiający w tym kryterium przyznał ofercie wykonawcy MULTIDECOR S.A. 15 pkt, a ofercie wykonawcy CR Iluminacje 3 pkt. W tym wypadku również trudno mówić o dozwolonej subiektywności oceny, bowiem względem wymagań OPZ oferty w tym zakresie są sobie równe, tymczasem zamawiający w dowolny (znany tylko Zamawiającemu) sposób znacznie wyżej ocenił projekt wykonawcy MULTIDECOR Sp. z o.o., przyznając mu maksymalną ilość punktów w tym kryterium.

Nie jest również wiadome, dlaczego oferta wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o.o. w kryterium „ilość elementów świetlnych” otrzymała 2 pkt, a oferta wykonawcy MULTICOLOR S.A. 5 pkt, gdyż w tym zakresie nie jest znany schemat wyliczenia punktów. Tak też w przypadku kryterium „funkcjonalność”, w którym CR Iluminacje Sp. z o.o. otrzymała 3 pkt, natomiast MULTIDECOR S.A. 5 pkt, a zamawiający w SWZ nie wskazał na czym polega łatwość naprawy ani w jaki sposób będzie przyznawana punktacja w tym zakresie.

Kontrolujący nadmienił, że oferta wykonawcy MULTIDECOR S.A. była dwukrotnie droższa, a zatem w kryterium ceny oferta tego wykonawcy uzyskała jedynie 29.94 pkt, podczas gdy oferta wykonawcy Iluminacje Sp. z o.o. uzyskała maksymalny wynik – 60 pkt. Tym samym o wyniku przedmiotowego postępowania zdecydowała punktacja przyznana w kryterium efektu wizualnego, w szczególności w zakresie podkryterium „kolor (barwy światła)” i podkryterium „kształt/forma”.

Biorąc pod uwagę powyższe, kontrolujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez zamawiającego cech dekoracji świątecznej, co miało wpływ na sporządzenie ofert. Zamawiający naruszył także przepis art. 240 ust. 1 i 2 ustawy poprzez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego efektu wizualnego, o wadze 40%, w sposób niejednoznaczny i pozostawiający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej.

II.

W dniu 28 sierpnia 2023 r. zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wszystkich wskazanych w Informacji naruszeń.

Ad. 1. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

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

Mając na uwadze dyrektywę wynikającą z powołanych przepisów zamawiający dokonał neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, w ten sposób, by możliwie szeroko otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić udział w postępowaniu wykonawców oferujących różne systemy świetlne nie eliminując żadnego z nich, ani też nie wykluczając możliwości złożenia oferty proponującej różne produkty.

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

Tak nie jest w okolicznościach sprawy, gdyż parametry techniczne i jakościowe oferowanych rozwiązań nie różnią się od siebie w znaczącym stopniu (dowód: oferty złożone w postępowaniu), a czynnikami różnicującymi są kwestie estetyczne oraz związane z konserwacją.

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu bez powiązania tego opisu w uzasadnionych i zobiektywizowanych potrzebach zamawiającego, należy uznać za naruszający przepisy ustawy. Dużym zaskoczeniem jest dla zamawiającego sytuacja, w której pomimo tego, że opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że dopuścił możliwość złożenia ofert przez wykonawców oferujących różne rozwiązania, został mu postawiony zarzut naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w związku z opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający unikał stosowania wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretny produkt oferowany przez konkretnego wykonawcę, stawiających tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców oferujących oświetlenie

święteczne albo pozbawiając takich wykonawców możliwości złożenia oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu.

Ograniczenie dostępu do zamówienia nastąpiłoby natomiast, gdyby — jak domaga się kontrolujący — zamawiający podał oczekiwany kolor, kształt elementów świetlnych, ich gęstość, czy sposób ich rozmieszczenia. Prosty wgląd w oferty złożone w postępowaniu potwierdza, że taki opis przedmiotu zamówienia miałby charakter dyskryminacyjny, gdyż oferty złożone w kontrolowanym postępowaniu różnią się właśnie tymi cechami. Potrzeby zamawiającego zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia na minimalnym poziomie przez 'wskazanie, że dekoracje powinny mieć jednolity styl i kolorystykę, przez co zamawiający mógł otrzymać kilka rozwiązań, które mogły być poddane ocenie, a żadne z nich nie zostało wyeliminowane już na etapie wszczęcia postępowania.

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

Działanie zamawiającego otwierające postępowanie na konkurencję stanowi realizację zasad wskazanych w motywie 74 dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 83 dyrektywy 2014/25/UE, w których wskazano na obowiązek otwarcia zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację tego obowiązku przez sporządzenie specyfikacji technicznych, tak aby unikać sztucznego zawężania konkurencji przez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę przez charakterystykę kluczowych robót budowlanych, usług lub dostaw oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

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

Zamawiający nie naruszył art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy, również z tego powodu, że opis przedmiotu zamówienia umożliwił wykonawcom zainteresowanym zamówieniem na takich samych zasadach, w sposób równy i jednakowy dla każdego z nich, a także bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala

obliczyć cenę oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w SWZ. Sformułowanie użyte przez

ustawodawcę w art. 99 ust. 1 ustawy „okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” oznacza wszystkie informacje o przyszłym świadczeniu umożliwiające wykonawcom także obliczenie ceny oferty, a takie informacje zamawiający podał.

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

Prawidłowy opis przedmiotu zamówienia powinien natomiast umożliwić wykonawcom złożenie oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., zgodnie z którym „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”⁷.

Zamawiający otrzymał w postępowaniu 4 oferty (1 z nich wpłynęła po upływie terminu składania ofert), co dodatkowo potwierdza spełnienie przez opis przedmiotu zamówienia wymagań zawartych w art. 16 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1 ustawy.

Ad. 2. Zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Natomiast stosownie do art. 240 ust. 2 ustawy 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.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w wyjaśnieniach złożonych Kontrolującemu w odpowiedzi na pismo z dnia 4 stycznia 2023 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.191.2022.MSZKND/189/22/DKZP) dotyczące postępowania wyjaśniającego.

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

Również chęć oceny właściwości estetycznych skłoniły zamawiającego do braku wskazania „ilość elementów świetlnych” określonego wzoru przyznania punktów. Liczba elementów świetlnych jest bowiem w rozumieniu zamawiającego funkcją efektu wizualnego. Porównanie

rozwiązań zaoferowanych w postępowaniu (dowód: oferty złożone w postępowaniu) pozwala stwierdzić, że na ogólny efekt estetyczny wpływ ma nie tylko liczba elementów świetlnych, ale również natężenie światła, czy rozmiar poszczególnych elementów. Przypisując podkryterium „ilość elementów świetlnych” niską wagę 5% zamawiający pragnął zwrócić uwagę wykonawców na związek liczby tych elementów z efektem wizualnym i jednocześnie wskazać na jego udział w całościowej ocenie w ramach kryterium jakościowego.

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

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

Zamawiającego celem nie było bowiem uzyskanie oferty o ściśle określonych parametrach, ale oferty najbardziej efektownej pod względem wizualnym. Możliwość tę zamawiający zamknąłby sobie, gdyby przykładowo wskazał wagi punktów w zależności od barwy światła (ciepłe albo zimne) lub wymagał określonej kolorystyki i ją punktował. Taki opis kryterium oceny ofert - zwłaszcza, jeśli zamawiający pominąłby w przyznaniu punktów określone kolory - należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż ograniczyłoby ono możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy oferują rozwiązania z określoną barwą światła lub posługują się określoną kolorystyką. Prezes UZP w uzasadnieniu zarzucanych zamawiającemu naruszeniach przepisów UZP powołuje się na pismo skierowane do wykonawcy CR Illuminacje Sp. z o.o. z 29 grudnia 2022 r. Jest to nieuzasadnione zarówno mając na uwadze przebieg badanego postępowania o udzielenie zamówienia, co zamawiający wyjaśnił już stosownym pismem, jak i z uwagi na brzmienie przepisów ustawy.

Zamawiający zwrócił, że kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP na podstawie przepisów ustawy podlega postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to chociażby brzmienie art. 603 ust. 2 lub art. 609 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalonej w art. 7 pkt 18 ustawy postępowanie o udzielenie

zamówienia wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji

albo zaproszenia do składania ofert, kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Ramy czasowe wskazane w powołany przepis określają czynności zamawiającego podlegające kontroli. Tymczasem pismo z 29 grudnia 2022 r., na które powołuje się kontrolujący, powstało w dacie przypadającej nie tylko po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, ale również po wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż odebranie całości dekoracji nastąpiło 6 grudnia 2022 r. po podpisaniu umowy. Już tylko z tego powodu pismo skierowane do wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o.o. nie powinno być uwzględniane przez Prezesa UZP, jako dokument stanowiący o prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający — nawiązując do wcześniejszych wywodów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia — chciałby przywołać art. 239 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Powołany przepis potwierdza prezentowane przez zamawiającego założenia dotyczące przeprowadzenia postępowania. Dokonanie neutralnego opisu przedmiotu zamówienia oraz opis preferowanych elementów w ramach kryteriów oceny ofert jest tym bardziej uzasadnione, że celem zamawiającego było wybranie oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu.

Opisanie przedmiotu zamówienia przez podanie preferencji zamawiającego w sposób wskazany przez kontrolującego uwzględniający kolor, kształt elementów świetlnych, ich gęstość, czy sposób ich rozmieszczenia, prowadziłyby nie tylko do zawężenia konkurencji, ale też skutkowałoby możliwością dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryterium ceny. Zgodnie bowiem z art. 246 ust. 2 ustawy zamawiający publiczni w rozumieniu art. 4 pkt 2 ustawy mogą stosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

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

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

W Informacji o wynikach kontroli, kontrolujący utożsamia elementy opisu przedmiotu zamówienia z opisem kryterium oceny ofert, podczas gdy są dwa odrębne elementy SWZ. Kontrolujący w swoim piśmie stwierdza, iż „Zamawiający mógł w zakresie podkryterium koloru (barw światła) wyższą punktację przyznać dekoracji zaoferowanej przez wykonawcę CR Iluminacje Sp. z o.o., która w zakresie wszystkich elementów utrzymuje jednolity kolor i styl podczas, gdy dekoracja zaoferowana przez Multidekor S. A. nie zachowuje kolorystycznej spójności pomiędzy zestawem elementów formie pociągu, a zestawem elementów w formie szopki bożonarodzeniowej, nawet jeśli wypada lepiej w subiektywnej ocenie zamawiającego. Tymczasem oferta CR Iluminacje Sp. z o.o., w zakresie koloru otrzymała 0 pkt a oferta wykonawcy Multidekor S. A. uzyskała wynik maksymalny - 15 pkt. Można wręcz stwierdzić, iż w tym wypadku kierowanie się Opisem Przedmiotu Zamówienia, tj. zachowanie jednolitej kolorystyki pozbawiło wykonawcę uzyskania punktów”. Kontrolujący, w związku z tym stwierdza, że ocena w podkryterium kolorystyka (barwy światła) została dokonana w sposób „dowolny”.

Odnosząc się do powyższego, należy stwierdzić, że Kontrolujący błędnie połączył fragment Opisu Przedmiotu Zamówienia z podkryterium: Kolorystyka (barwy światła). Faktem jest, że zamawiający w Opisie Przedmiotu w pkt 3.2. wskazał, że dekoracje świąteczne muszą być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce. Niemniej jednak, opis ten znajduje się po wymienieniu w pkt 3.1. OPZ elementów dekoracyjnych zamawianych przez zamawiającego. Tym samym jasne jest, że chodzi tutaj o to, aby wszystkie zamawiane elementy zachowywały spójną stylistykę i kolorystykę, tak aby uniknąć np. pociągu w barwach kolorowych, a szopki bożonarodzeniowej w innych barwach, ponieważ zamawiający dopuszcza ustawienie elementów dekoracyjnych wspólnie i taki był zamysł tego wskazania. Tym samym nie odnosi się on w żaden sposób do kryteriów oceny ofert, jak sugeruje kontrolujący w uzasadnieniu wyniku kontroli. Omawiane postanowienia OPZ zostały trafnie i jednolicie odczytane przez wykonawców, ponieważ ich oferty w zakresie pociągu i szopki są spójne kolorystycznie. Dlatego stwierdzenie kontrolującego o tym zawarte w OPZ wymagania jednolitej kolorystyki i kierowanie się tym wskazaniem pozbawiło ofertę wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o.o. punktów jest pozbawione oparcia w treści OPZ.

Zamawiający wyjaśniał pewne niezrozumienie kontrolującego w zakresie przyznanej punktacji w pokryterium: Kolorystyka. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego słowo kolorystyka to: „zestawienie odmiennych barw w celu uzyskania odpowiedniego wyrazu” lub „zestawienie barw będące pewną całością estetyczną” — jasne jest więc, żeby wypełnić to kryterium choćby

w minimalnym stopniu, dekoracja musiałaby mieć jakiekolwiek „zestawienie barw” - różnych (liczba mnoga), tymczasem dekoracja CR Iluminacje Sp. z o.o., zawiera jedynie jedną barwę: białą, która w zależności od stopnia natężenia daje efekt ciepły lub zimny, niemniej jednak jest to wciąż jedna barwa. Dlatego też dekoracja taka nie wypełnia nawet w minimalnym stopniu wskazanego kryterium — kolorystyka, tym samym nie mogła uzyskać oceny innej niż 0 punktów.

Natomiast kolorystyka oferty Multidekor S. A. jest zróżnicowana kolorystycznie tj. poza białym ciepłym i białym zimnym, jest również czerwony (z efektem diody migającej), oraz dodatkowo są elementy Led w kolorze czerwonym, elementy Led migające na zielono, bombki w kolorach złotym i czerwonym, siatki dekoracyjne złote i czerwone, są również dodatkowe elementy — mini diody Led w kolorach białym ciepłym i czerwonym, jak również są elementy wykonane na bazie stelażu spawane i lakierowane proszkowo na kolor złoty i czerwony, dodatkowo dekoracja zawiera migoczące diody tworzące efekt skrzącego śniegu — tym samym jasne jest, że w kryterium kolorystyka oferta Multidekor S. A. zawierała najbardziej zróżnicowaną kolorystykę i dlatego otrzymała najwyższą ilość punktów.

Kontrolujący podnosi również, że niejasny jest sposób dokonania oceny kryterium „kształtu/formy”. Stwierdza, że „obie oferty zawierały wizualizację dekoracji tj. pociągu i szopki bożonarodzeniowej oraz w obu przypadkach elementy konstrukcji spełniały wymagania SWZ”. Kontrolujący wskazuje, że w przypadku szopki bożonarodzeniowej zarówno Multidekor S. A. jak i CR Iluminacje Sp. z o. o., Wykonawcy przedstawili projekt 2 figurami Maryi z Jezusem, Józefa, trzema królami, aniołem, pasterzem oraz 2 figury zwierząt. Kontrolujący stwierdza, że niezrozumiałe jest dlaczego oferta Multidekor S. A. była znaczenie wyżej punktowana, bowiem jak stwierdzono „względem wymagań OPZ, oferty w tym zakresie są sobie równe”.

Zamawiający nie może zgodzić się z oceną dokonaną przez kontrolującego. W wymaganiach w OPZ zamawiający opisał szopkę bożonarodzeniową wskazując dekoracje - Maryja z Jezusem, szopka bożonarodzeniowa, Józef, trzej królowie, anioł, pasterz oraz jedna lub dwie figury zwierząt. Oferta Multidekor S. A. wypełnia wskazany opis, natomiast oferta CR Iluminacje Sp. z o. o., go nie wypełnia. Oferta Multidekor S. A. zawiera figurę Maryi ze żłobkiem, a w żłobku znajduje się Jezus (niemowlę), natomiast oferta firmy CR Iluminacje Sp. z o. o., zawiera odpowiednio figurkę Maryi ze żłobkiem, który jest pusty, tym samym nie zawiera figurki Jezusa. Obok żłobka stoi postać dorosłego mężczyzny wyciągającego rękę do żłobka. Ze specyfikacji dekoracji, którą oferuje Wykonawca CR Iluminacje Sp. z o. o., można dowiedzieć się, iż wskazana postać dorosłego mężczyzny to cyt. „Jezus stojący 2D”. Tym samym wykonawca CR Iluminacje Sp. z o. o., wypełniając wskazanie zamawiającego „figura Maryi z Jezusem” zaoferował zamawiającemu Maryję z pustym żłobkiem oraz postać dorosłego Jezusa jako dekorację, którą ten miałby zaprezentować mieszkańcom Otwocka w okresie Świąt Bożego Narodzenia. Jasne jest, że taki zamysł jest całkowicie nietrafny, a nawet

powinien być uznany za absurdalny. Oferta wskazująca takie rozwiązanie nie może uzyskać takiej samej lub wyższej liczby punktów od dekoracji, która zawiera postać Maryi z Jezusem jako dzieciątkiem.

Należy ponownie podkreślić, że dekoracja kupowana jest w celu dekoracji Miasta Otwocka z okazji Świąt Bożego Narodzenia, czyli pamiątki narodzenia Jezusa. Taka prezentacja przez firmę CR Iluminacje Sp. z o. o., całkowicie mija się z celem, któremu zamówienie miało by służyć.

Oczywistym jest dla wszystkich i na zasadzie clara non sunt interpretanda nie wymaga wyjaśnień, że punktem centralnym, najistotniejszym przy zamawianiu szopki bożonarodzeniowej jest postać Jezusa jako niemowlęcia — co oczywiście miało odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia — cyt. „Maryja z Jezusem”. Tym samym oferowanie przez wykonawcę CR Iluminacje Sp. z o. o., figur dorosłych postaci Jezusa i Maryi wraz z pustym żłobkiem jako dekoracji szopki bożonarodzeniowej zamawiający uznał za kuriozalne. Innymi słowy, jeżeli szopka nie zawiera postaci niemowlęcia Jezusa, to nie jest szopką bożonarodzeniową.

Zamawiający w tej sytuacji mógł ocenić ofertę CR Iluminacje Sp. z o. o. (nie zawierającą postaci Jezusa jako niemowlęcia) w podkryterium kształt/forma znacznie niżej od dekoracji oferowanej przez wykonawcę Multidekor S.A. Całkowicie nieuzasadnione jest zatem stwierdzenie kontrolującego, że na de wymagań OPZ „oferty są sobie równe”.

Ponadto w OPZ dotyczącym szopki bożonarodzeniowej wskazano, że ma być to „dekoracja 3D”. Oferta wykonawcy Multidekor S. A. wypełnia ten opis, natomiast oferta wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o. o. nie, gdyż jedynie szopka ze żłobkiem i aniołem posiada formę 3D, natomiast postacie: król 1 stojący, król 2 stojący, Maryja klęcząca, król 3 klęczący, Jezus stojący, Józef stojący, owieczka i wielbłąd — są w formie 2D. Nie jest to właściwie przedmiot, jaki zamawiający zamawiał w przedmiotowym postępowaniu. Na marginesie również można dodać, iż jeżeli chodzi o wymiary szopki to oferowana przez firmę CR Iluminacje Sp. z o. o. wypełnia je w formie minimalnej, natomiast dekoracja firmy Multidekor S. A. wypełnia je ponad minimalny standard. Mając na uwadze powyższe ponownie zamawiający stwierdził, iż konstatacja kontrolującego jakoby oferty w zakresie kształtu i formy były „sobie równe” jest nieuzasadniona.

W zakresie kształtu i formy oferta Multidekor S. A. przewyższa w znaczący sposób ofertę CR Iluminacje sp. z o. o., a właściwie jak stwierdzono powyżej dekoracja firmy CR Iluminacje jest spełniającą wymagania opisu przedmiotu zamówienia na minimalnym poziomie.

Kontrolujący dalej stwierdza, że nie jest wiadome, dlaczego oferta CR Iluminacje Sp. z o. o. otrzymała wskazaną liczbę punktów, w podkryterium „ilość elementów świetlnych” podobnie jak w pokryterium „funkcjonalność”. Stwierdzić należy, iż ilość punktów świetlnych w ofercie Multidekor S. A. przewyższa ilość punktów świetlnych zaoferowanych w ofercie CR Iluminacje

Sp. z o. o. Przykładowo szopka wraz z postaciami i zwierzętami firmy CR Iluminacje Sp. z o. o., to tylko 8 628 punktów świetlnych w stosunku do dekoracji firmy Multidekor S. A. (szopka wraz z postaciami i zwierzętami) zawierającej aż 13 305 punktów świetlnych. Tak ilość punktów świetlnych bezspornie daje znacznie lepszy „efekt wizualny” — w uśrednionej ocenie członków komisji przetargowej — ponad dwukrotny w tym zakresie. Jeżeli zaś chodzi o funkcjonalność zabezpieczenia, to zamawiający wyjaśniał, że chodzi tutaj o łatwość wymiany uszkodzonych elementów konstrukcji świetlnej dekoracji. Po zapoznaniu się z załączonymi specyfikacjami zamawiający stwierdził, iż w tym zakresie łatwiej wymieniać jest uszkodzone elementy w dekoracji firmy Multidekor S. A. Każdy z członków komisji

przetargowej oceniał tą zależność indywidualnie. Zamawiający w SWZ wskazał, że ilość punktów w danym podkryterium będzie średnią arytmetyczną ocen członków komisji przetargowej dla danego podkryterium.

Kontrolujący podsumowując swoje pismo wskazując, iż „o wyniku przedmiotowego postępowania zdecydowała punktacja przyznana w kryterium efektu wizualnego, w szczególności w zakresie podkryterium „kolor (barwy światła)” i podkryterium „kształt/forma”. Zamawiający w pełni zgadza się z tym stwierdzeniem kontrolującego, jednakże jak wyjaśnił powyżej, inna, wyższa ocena oferty CR Iluminacje Sp. z o.o. nie była możliwa.

Innym możliwym rozwiązaniem było dalsze obniżenie punktacji w podkryterium: kształt/forma tj. z 3 na 0 punktów albo odrzucenie tej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ponieważ - jak już zamawiający podkreślał- w tym podkryterium — podobnie jak w kryterium: kolorystyka — oferta nie spełnia wymaganych minimalnych norm.

W takim stanie rzeczy różnica w cenie ofert CR Iluminacje Sp. z o. o. oraz Multidekor S. A. nie ma znaczenia dla wyniku postępowania. Ponownie należy podkreślić, że zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej jako oferty zawierającej najlepszy stosunek jakości do ceny oferty, a taką oferta niewątpliwie była oferta Multidekor S. A.

Mając na uwadze okoliczności postępowania stanowisko kontrolującego dotyczące dyrektyw opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, nie potwierdza naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W postępowaniu nie doszło do naruszeń przepisów ustawy, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania — ocenę ofert wykonawców Multidekor S.A. i CR Iluminacje Sp. z o.o., oraz wybór oferty wykonawcy Multidekor S.A. jako najkorzystniejszej.

III.

W odpowiedzi na pismo z dnia 28 sierpnia 2023 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego kontrolujący podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 16 pkt. 1w zw. z art 99 ust. 1 ustawy oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 17 sierpnia 2023 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.191.2022.MSZ).

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

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

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

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

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

Zamawiający podkreślił, że dokonał neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, w ten sposób, by możliwie szeroko otworzyć postępowanie na konkurencję, przy czym kontrolujący podkreślił, że jednocześnie – jak ustalono w toku kontroli doraźnej – zamawiający przyjął niewymierne kryterium oceny ofert w ramach którego oceniał oferty pod kątem konkretnych cech. Wobec czego, przez brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie cech ocenianych w tym kryterium, wykonawcy zostali pozbawieni możliwości zmaksymalizowania szansy na uzyskanie jak najwyżej

oceny. Pomimo więc neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, oferowana dekoracja miała wpisywać się w określone preferencje, które – jak ustalono w toku kontroli – nie zostały udostępnione wykonawcom w dokumentach zamówienia. W takiej sytuacji fakt, że potrzeby zamawiającego zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia na minimalnym poziomie przez wskazanie, że dekoracje powinny mieć jednolity styl i kolorystykę, przez co zamawiający mógł otrzymać kilka rozwiązań, które mogły być poddane ocenie, a żadne z nich nie zostało wyeliminowane już na etapie wszczęcia postępowania, nie stanowi o zapewnieniu przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy. Kontrolujący zauważył, że wyrażona w art. 16 pkt 1 zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców obowiązuje nie tylko na etapie przygotowania postępowania, w tym sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz w trakcie całego procesu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na etapie oceny ofert.

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

Opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał, jakiego efektu pożąda zamawiający w kontekście przyjętego kryterium oceny ofert „efekt wizualny”. Zamawiający nie określił wytycznych odnoszących się do cech ocenianych według przyjętego kryterium efektu wizualnego, tj.

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

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

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

Zamawiający podnosił, że kierował się przekonaniem uzasadnionym na gruncie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy, że opis przedmiotu zamówienia powinien mieć charakter niedyskryminacyjny i neutralny, natomiast miejscem opisanego w dokumentach zamówienia preferencji zamawiającego, czynników istotnych dla oceny ofert, są kryteria oceny ofert. Kontrolujący wskazał, że zamawiającego obowiązują wytyczne ustawowe w zakresie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia publicznego. Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia publicznego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania zamawiającego i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu w jednoznaczny i wyczerpujący sposób oznacza taki opis, za pomocą którego wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia, i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Jeśli opis przedmiotu zamówienia nie jest szczegółowy i w pełni nie odpowiada potrzebom zamawiającego,

zamawiający naraża się na to, że oferty, które otrzyma od wykonawców nie będą spełniały jego oczekiwań.

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

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

Ad 2.

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

Za Informacją o wyniku kontroli doraźnej kontrolujący powtórzył, że zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Przepis art. 240 ust. 2 ustawy stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

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

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

A zatem, zarówno określenie kryteriów oceny ofert, jak i opis tych kryteriów powinny wyłączać możliwość dowolnej oceny dokonywanej przez zamawiającego, a będzie to możliwe, jeżeli kryteria oceny ofert, ich opis i zasady przyznawania punktów będą jednoznacznie określone i

nie będą pozostawiały wątpliwości, co i w jaki sposób w ramach danego kryterium będzie podlegało ocenie. Jeżeli więc zamawiający zdecyduje się na zastosowanie kryteriów oceny ofert o cechach subiektywnych, musi zapewnić zobiektywizowany sposób ich oceny.

Opis kryteriów oceny ofert oraz opis sposobu oceny ofert musi zapewniać możliwie obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Kontrolujący podkreślił, że pozacenowe kryteria oceny ofert wymagają szczegółowego opisu sposobu oceny ofert z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia, tak aby nie pozwalały na dowolność interpretacyjną.

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

Zamawiający, zgadzając się co do nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia, odwołuje się we wniesionych zastrzeżeniach do przepisu art. 246 ust. 2 ustawy, wnioskując na zasadzie przeciwieństwa, że skoro nie opisał swoich wymagań jakościowych, przyjął poza kryterium cenowym również kryterium jakościowe. Abstrahując od kwestii zasadności wniosku zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia może być ogólny, jeśli ustanowione zostają kryteria jakościowe oceny ofert, kontrolujący ponownie podkreślił, że zamawiający ignoruje brak określenia sposobu oceny ofert w tych kryteriach.

A w przypadku tak niewymiernego kryterium oceny ofert jak „efekt wizualny”, opis sposobu oceny ma szczególne znaczenie, powinien być szerszy, jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert.

Zamawiający wskazał, że: chcąc dokonać oceny ofert z udziałem kryteriów jakościowych zrezygnował z zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych w postaci oczekiwanego koloru, kształtu elementów świetlnych, ich gęstości, czy sposobu ich rozmieszczenia, których brak zarzuca mu obecnie Prezes UZP. Kontrolujący zauważył, że zamawiający zrezygnował z zamieszczenia wymagań jakościowych w postaci oczekiwanych cech dekoracji zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w ramach opisanego sposobu oceny ofert w przyjętym kryterium „efektu wizualnego”. Oczywiście jest, że samo nazwanie elementów składających się na „efekt wizualny”, nie stanowi opisu sposobu oceny ofert w tym kryterium.

Nie zgodził się z zamawiającym, że: W Informacji o wynikach kontroli, kontrolujący utożsamia elementy opisu przedmiotu zamówienia z opisem kryterium oceny ofert, podczas gdy są dwa odrębne elementy SWZ. Prezes Urzędu stwierdził bowiem dwa odrębne naruszenia – względem opisu przedmiotu zamówienia i względem kryteriów oceny ofert. Kontrolujący jednak wskazał, że bez wątpienia kryteria oceny ofert są elementem ściśle powiązanim z

opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdaje się nie brać pod uwagę, że przy dokonywaniu oceny ofert opiera się przecież wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie lub dokumentach do niej dołączonych, a ich treść jest przecież zależna od opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, co wskazano w Informacji o wyniku kontroli, zamawiający obowiązany jest, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnić potencjalnym wykonawcom wizję sposobu jego realizacji w taki sposób, aby mogli oni dostosować treść oferty do oczekiwań zamawiającego.

Stan faktyczny kontrolowanego postępowania wskazuje, że celem zamawiającego nie było zakupienie jakiegokolwiek dekoracji, lecz dekoracji posiadającej pewne walory estetyczne, niedookreślone jednak w SWZ. Wskazywało na to kryterium oceny ofert dotyczące efektu wizualnego. W istocie sprawy więc, wobec nie ujęcia w opisie przedmiotu zamówienia pożądaných przez zamawiającego cech dekoracji, ocena propozycji przedstawionych przez wykonawców

na podstawie niedookreślonych podkryteriów w ramach „efektu wizualnego” była nie tyle subiektywna co dowolna.

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

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

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

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

Zamawiający nie zważył we wniesionych zastrzeżeniach, że w OPZ posłużył się wyrażeniem „jednolitej kolorystyki”, co w ocenie Urzędu sugerowało, że zamawiający preferuje utrzymanie całości dekoracji w jednym kolorze. Zamawiający w OPZ nie sprecyzował, że pod pojęciem „jednolitej kolorystyki” chodzi o „zestawienie barw będące pewną całością estetyczną”. Stąd w Informacji o wyniku kontroli wskazano, że - w ocenie Urzędu - zamawiający mógł przyznać w

zakresie podkryterium koloru (barw światła) wyższą punktację dekoracji zaoferowanej przez wykonawcę CR Iluminacje Sp. o.o., która w zakresie wszystkich elementów utrzymuje jednolity kolor i styl, podczas gdy dekoracja zaoferowana przez MULTIDECOR S.A. nie zachowuje kolorystycznej spójności pomiędzy zestawem elementów w formie pociągu a zestawem elementów w formie szopki bożonarodzeniowej. Kontrolujący zauważył, że zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach potwierdza, że zgodnie z treścią SWZ wymagał, aby wszystkie zamawiane elementy zachowywały spójną stylistykę i kolorystykę, tak aby uniknąć np. pociągu w barwach kolorowych, a szopki bożonarodzeniowej w innych barwach.

Odnosząc się do kwestii zgodności oferty CR Iluminacje z wymaganiami zamawiającego, to kontrolujący wskazał, że zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Z kolei przedmiotowa kontrola doraźna, zgodnie z przepisem art. 607 ust. 2 ustawy, prowadzona jest wyłącznie w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli, dotyczących naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 ustawy oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy. Powyższe pozostaje więc obojętne dla stwierdzenia naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli dotyczącego kryterium oceny ofert. Zamawiający również w tym kryterium nie określił w jaki sposób dokona oceny. Przede wszystkim zapisy SWZ nie przewidywały, że punktacja będzie tym wyższa, im bardziej rozmiary dekoracji będą przewyższać minimalny wymagany standard, do czego odwołuje się zamawiający w zastrzeżeniach.

Tak też w przypadku kryterium „ilość elementów świetlnych” – Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że ilość punktów świetlnych w ofercie Multidekor S.A. przewyższa ilość punktów świetlnych zaoferowanych w ofercie CR Iluminacje Sp. z o.o., stąd wyższa punktacja oferty Multidekor S.A., podczas gdy w SWZ nie dookreślono, że będzie taka zależność pomiędzy „ilością elementów świetlnych” a ilością przyznanych punktów.

W ocenie Urzędu, „łatwość naprawy” nie jest szczegółowym opisem kryterium oceny ofert, a jak już wcześniej wskazano – poinformowanie, że każdy z członków komisji dokona indywidualnej oceny nie jest równoznaczne z informacją o sposobie oceny ofert i nie obiektywizuje tej oceny.

Odnosząc się do zarzutu zamawiającego, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu w sposób nieuprawniony powołuje się na pismo z dnia 29 grudnia 2022 r. skierowane do Wykonawcy CR Iluminacje Sp. z o.o. po udzieleniu zamówienia, przez osobę nie biorącą udziału w postępowaniu, kontrolujący wskazał, że ww. pismo nie stanowi samodzielnego dowodu na okoliczność naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 240 ust. 1 i 2 ustawy. W Informacji o wyniku kontroli wzięto pod uwagę i zaznaczono, że zamawiający dystansuje się do stanowiska zawartego w piśmie z dnia 29 grudnia 2022 r. Niemniej, korespondencja ta obiektywnie świadczy o tym, że wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia

publicznego mógł mieć uzasadnione wątpliwości według jakich reguł została oceniona jego oferta w ramach kryterium „efekt wizualny”.

To, czy zamawiający przy dokonaniu oceny ofert w zakresie kryterium „kolor” i kryterium „kształt/forma” nieformalnie kierował się chęcią uzyskania spójności w zakresie całości posiadanych już dekoracji, jak wynika z ww. pisma, czy też nie, nie ma znaczenia dla oceny sytuacji. Sama treść SWZ dowodzi bowiem, że ocena ofert w kontrolowanym postępowaniu mogła zostać dokonana w sposób dowolny.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 sierpnia 2023 r. naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności dotyczących preferowanych przez zamawiającego cech dekoracji świątecznej, co miało wpływ na sporządzenie ofert. Zamawiający naruszył także przepis art. 240 ust. 1 i 2 ustawy przez

opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego efektu wizualnego, o wadze 40%, w sposób niejednoznaczny i pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej.

IV.

W ocenie Izby stan faktyczny pomiędzy stronami co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert nie był sporny. Kontrolujący zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym przytoczył postanowienia SWZ oraz podał punktację jaka została przyznana poszczególnym ofertom. Izba zatem przyjęła za własny ustalony przez kontrolującego stan faktyczny i nie czyniła w tym zakresie własnych ustaleń.

Spór w swojej istocie sprowadza się do interpretacji przepisów ustawy i ustalenia, czy niesporny stan faktyczny potwierdza stwierdzone w kontroli naruszenia.

Izba w tym składzie stoi na stanowisku, że kontrolujący prawidłowo wyłożył i zastosował przepisy prawa, a w konsekwencji trafnie ustalił, że zamawiający dopuścił się zarzucanych mu naruszeń.

Zamawiający podniósł, że opisał przedmiot zamówienia w sposób dostateczny, opisujący minimalny poziom jego oczekiwań i wystarczający dla złożenia porównywalnych ofert. Zamawiający wskazywał także na to, że pozostawił wykonawcom swobodę w doborze elementów składających się na zamawiane miejskie ozdoby świąteczne, tak aby dopuścić jak najszerszy krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jednak zamawiający w swoim stanowisku pominął jeden istotny aspekt, którego nie wziął pod uwagę przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, czyli porównywalność ofert.

Zamawiający wskazał na rodzaje zamawianych dekoracji: pociąg i szopka bożonarodzeniowa. Wskazał, że dekoracje świąteczne muszą być utrzymane w jednolitym stylu i kolorystyce, przy czym nie wyjaśnił, czy dotyczy to pojedynczej dekoracji, czy obu dekoracji. Skupił się na terminie, miejscu, sposobie dostawy i montażu i lakonicznie przedstawił dane techniczne. Dla

pociągu opisał, że ma być to zestaw elementów wolnostojących w formie pociągu (lokomotywa i 3 wagoniki), z możliwością wsiadania do wnętrza dekoracji, przy czym nie wyjaśnił, czy wykonawca ma umożliwić wsiadanie do wnętrza każdego z elementów dekoracji, czy wystarczy, aby taka możliwość była zapewniona dla jednego z elementów. Wskazał, na elementy konstrukcji lakierowane proszkowo, podświetlane diodami LED o podwyższonej klasie odporności na czynniki zewnętrzne, przy czym nie opisał czynników mających wpływ na cenę, jak gęstość rozłożenia diod. Co do wyposażenia w schodki i siedzisko, to także aktualne są wątpliwości, czy wystarczą jedno schodki i jedno siedzisko, czy też każdy element konstrukcji ma je posiadać. Już tylko te elementy powodują, że wykonawcy mogli złożyć zupełnie nieporównywalne oferty. Możliwe było kilka wariantów przygotowania tej dekoracji, a warianty te miały wpływ na sporządzenie oferty i przekładały się na cenę. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w ogóle nie nawiązał do koloru/barwy zestawu, nie określił czy oczekuje dekoracji jednobarwnych – zimnych lub ciepłych, a może mieszanych lub wielokolorowych. Co do kształtu, to również został on lakonicznie opisany lokomotywa i 3 wagoniki, co mogło prowadzić tak do zaoferowania klasycznego parowozu jak i nowoczesnych kształtów opływowych pociągów typu pendolino. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł żadnych wytycznych, co do gęstości oświetlenia, czy trwałości elementów oświetleniowych lub konstrukcyjnych, ani co do jego oczekiwań w zakresie serwisu lub naprawy dekoracji. W tym zakresie wykonawcy kierując się wytycznymi zamawiającego mogli przygotować zupełnie odmienne koncepcyjnie, ale także zakresowo i kosztowo oferty. Zupełnie bowiem inną będzie oferta utrzymana w jednej barwie o niskiej gęstości diod led, dla której wykonawca przewidział jedynie dostawę do magazynu, transport na miejsce docelowe i montaż od oferty, w której wykonawca przewidział dekorację wielobarwną opartą o mieszanie barw ciepłych i zimnych, a także np. niebieskich, czerwonych lub zielonych, o wysokiej gęstości diod i z zaoferowaniem serwisu i naprawy w okresie sezonowego wykorzystania dekoracji. Jeszcze inaczej będzie kształtować się oferta przewidująca serwis i naprawy w okresie gwarancji udzielonej na oferowane dekoracje.

Analogicznie wygląda opis przedmiotu zamówienia dla drugiej dekoracji czyli szopki. W tym przypadku zamawiający wskazał, że oczekuje szopki bożonarodzeniowej 3D wraz z figurami, wolnostojącej. Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, że oczekiwał figur 3D, przy czym nie wynika to w żaden sposób ze sporządzonego przez niego opisu. Szopka miała być dekoracją 3D wraz z figurami, dla których zamawiający nie określił, że one również mają być 3D. Tym samym za spełniającą opis zamówienia należało uznać tak szopkę 3D z figurami 3D jak i szopkę 3D z figurami 2D. Zamawiający wskazał również, że oczekiwał figury Jezusa jako niemowlęcia, przy czym jego opis brzmiał „figur Maryja z Jezusem” – brak informacji, że Jezus ma być dzieckiem, brak też możliwości jednoznacznego ustalenia, że Maryja z Jezusem, to jedna, czy dwie figury. Również ilość figur zwierząt mogła być różna w składanych ofertach –

od jednej do dwóch. Co do kształtu, to poza wskazaniem, że ma być to szopka z figurami, to żadnych innych wymogów zamawiającego nie da się ustalić, przykładowo, czy szopka ma być odzwierciedleniem konstrukcji drewnianej, jednopomieszczeniowej, krytej strzechą, czy przyjąć inne kształty np. bombki lub pałacu, czy figury mają się mieścić w środku dekoracji, czy mogą być wolnostojącymi figurami na zewnątrz szopki. Co do koloru, gęstości diod i naprawy dekoracji, to i w tym przypadku opis przedmiotu przez zamawiającego jest niekompletny.

W tym przypadku także wykonawcy mogli złożyć różne, wręcz wariantowe oferty, tak co do jakości, zakresu i ceny.

Dbałość zamawiającego o niedyskryminacyjny charakter opisu i swobodę estetyczną w ocenie Izby przerodziła się w minimalistyczny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert. Tym samym w ocenie Izby kontrolujący prawidłowo ustalił, że zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności

mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia spowodował, że zamawiający nie umożliwił wykonawcom złożenia porównywalnych między sobą ofert, a w konsekwencji nie zapewnił uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przechodząc do kwestii naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy, to ponownie Izba oceniła, że kontrolujący wyłożył ten przepis w sposób prawidłowy, uwzględniający prounijną wykładnię prawa, a także ustalił stan faktyczny, zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy i dokonał właściwej subsumpcji tego stanu pod treść normy prawnej. W ocenie Izby istotą wadliwości opracowanych przez zamawiającego kryteriów jest brak opisu sposobu oceny ofert. Niewątpliwie zamawiający nadał nazwy podkryteriom właściwości estetycznych i określił wagi tych kryteriów. Zamawiający poinformował również, że oceny będzie dokonywał na podstawie kompletnego projektu/graficzno-informacyjnego/ych dekoracji załączonego/ych do oferty i że ten dokument będzie oceniany indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej w zakresie właściwości estetycznych i funkcjonalnych.

Niestety z tak przygotowanego opisu nie wynika sposób, w jaki punkty będą przydzielane. Czy są to kryteria rosnące np. im większa ilość elementów świetlnych, tym wyższa punktacja, czy malejące – im mniej krótszy czas naprawy i ilość narzędzi potrzebna do naprawy, tym wyższa punktacja. Przy czym przy kryteriach rosnących lub malejących powinien być zamawiający określić poziom najmniej akceptowalny, najbardziej pożądany i poziomy pośrednie. Nie jest też jednoznaczne, czy ilość elementów świetlnych odnosi się do gęstości diod led, czy do ilości np. figur w szopce, czyli jak zamawiający definiuje pojęcie „elementu świetlnego”. Wydawać się może, że wykonawcy zrozumieli ten wymóg jako ilość oświetlonych figur bo obaj zaoferowali maksymalną ilość zwierząt w szopce. Być może zamawiający chciał docenić ilość

elementów świetlnych np. w pociągu można było ułożyć dekoracje Zamawiający mógł także określić kryteria zero jedynkowe – np. barwa ciepła 15 pkt, barwa zimna 0 pkt, albo dopuścić kryterium wielostopniowe : jedna barwa 5 pkt, dwie barwy – 10 pkt, więcej niż 2 kolory 15 pkt. Podobnie ma się rzecz z kształtem/formą, nie zostało określone, co pod tym pojęciem rozumie zamawiający, a jak już wskazano powyżej np. oferując szopkę można było zaoferować szopkę 3D z elementami 2 D jak i z elementami 3D, można było przedstawić projekt nawiązujący do tradycyjnych wizerunków pociągu i szopki, jak i preferować nowoczesne geometryzujące czy minimalistyczne kształty. Brak określenia preferencji zamawiającego w ramach opisu sposobu oceny ofert spowodował, że zamawiający zamiast swobodnej oceny ofert w przyjętych kryteriach umożliwił sobie dowolną ocenę. W przypadku kryteriów niewymiernych dopuszczających pewien subiektywizm oceny - opis sposobu oceny powinien być szerszy, opisowy, jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający wykonawcom przygotowanie konkurencyjnych ofert, a tego w SWZ opracowanej przez zamawiającego zabrakło. Wykonawcy składając oferty powinni znać reguły gry, do której przystępują. Wybór wykonawcy powinien być dokonywany według zasady „niech wygra najlepszy”, a określenia, kto według zamawiającego spełnia jego oczekiwania w największym stopniu nie zakomunikował zamawiający w dokumentach zamówienia.

Reasumując powyższe, zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/189/22/DKZP, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w okolicznościach tej sprawy, nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 Pzp - wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: