

OPRACOWANIE

| | |
|--------------|---|
| Do | ZIPSEE "Cyfrowa Polska" |
| Temat | Stan prawny i wybrane aspekty stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert na rynku zamówień publicznych w Polsce w ostatnich latach |
| Od | DLA Piper Wiatery sp.k. |
| Data | 23 września 2016 |

1. ZAKRES OPRACOWANIA

Niniejsze opracowanie przedstawia uregulowanie prawne możliwości stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na poziomie Unii Europejskiej oraz Polski.

W niniejszym opracowaniu przedstawiamy główne trendy stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert przez zamawiających w postępowaniach w Polsce, bazując na publicznie dostępnych danych oraz wybranych przykładach postępowań. Tak przedstawione dane w opracowaniu posłużą nam do próby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy potencjał związany z prawnymi możliwościami posługiwania się przez zamawiających pozacenowymi kryteriami ofert jest odpowiednio wykorzystywany przez zamawiających.

Opracowanie nie dotyczy kwestii w nim nieopisanych, a w szczególności nie dotyczy oceny prawnej legalności stosowania określonych kryteriów oceny ofert, w odniesieniu do jakichkolwiek postępowań o udzielenie zamówienia.

2. AKTY PRAWNE I DEFINICJE

Memorandum bazuje na następujących aktach prawnych, do których w dalszej jego części będziemy się odwoływać poprzez poniższe skrócone definicje:

- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 poz. 1232) ("**PZP 2014**");
- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 2164 z późn. zm.) ("**PZP**");
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE ("**Dyrektywa klasyczna**");

DLA Piper Wiatery sp.k. jest częścią DLA Piper - globalnej kancelarii prawniczej prowadzącej działalność poprzez szereg oddzielnych i niezależnych podmiotów prawnych.

DLA Piper Wiatery sp.k. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000282931, NIP 525 23 98 051

Wykaz biur wraz z informacjami dotyczącymi kwestii regulacyjnych znajduje się na stronie www.dlapiper.com

Telefon kontaktowy
+48 22 540 74 00

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania *zamówień* przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, *uchylająca dyrektywę 2004/17/WE* ("**Dyrektywa sektorowa**").

3. STAN PRAWNY

Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia w prawie Unii Europejskiej

- 3.1 W myśl art. 67 ust. 1 Dyrektywy klasycznej, podstawą udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. Zgodnie z art. 67 ust. 2 tej dyrektywy, ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie określa się na podstawie ceny lub kosztu. Może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Takie kryteria mogą obejmować np.:
- 3.1.1 jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki;
 - 3.1.2 organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub
 - 3.1.3 serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.
- 3.2 Dodatkowo w myśl dyrektywy, państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucje zamawiające nie mogą stosować wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, lub ograniczyć ich zastosowanie do określonych kategorii instytucji zamawiających lub określonych rodzajów zamówień.
- 3.3 Analogiczne zasady wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie przewidziano w Dyrektywie sektorowej w art. 82.

Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia w polskim prawie zamówień publicznych.

3.4 Art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. przed nowelizacją dokonaną PZP 2014, ustalający dozwolone kryteria oceny ofert, stanowił, iż kryteriami oceny ofert są:

3.4.1 **cena** albo

3.4.2 **cena i inne kryteria** odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

3.5 Tak skonstruowany art. 91 ust. 2 ustawy pozwalał zamawiającym na stosowanie wyłącznie jednego kryterium - kryterium najniższej ceny, każdorazowo gdy zamawiający uznawał to za właściwe.

3.6 Nowelizacja dokonana PZP 2014 zmieniła zasady stosowania kryteriów oceny ofert przez zamawiających poprzez ograniczenie możliwości zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Zasady kształtowały się w sposób następujący:

Art. 91 ust. 2a

*Kryterium ceny może być zastosowane **jako jedyne kryterium** oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2¹, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.*

3.7 Zgodnie z aktualnie obowiązującą PZP, stosowanie kryteriów oceny ofert zostało uregulowane zbieżnie z obowiązującymi zasadami wynikającymi z Dyrektywy klasycznej i Dyrektywy sektorowej. Zgodnie z art. 91 ust. 2 PZP, kryteriami oceny ofert są:

¹ **Art. 3. [Zakres podmiotowy]**

1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej "zamówieniami", przez:

1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;

2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;

- 3.7.1 cena, lub
- 3.7.2 koszt,
- 3.7.3 albo cena lub koszt **i inne kryteria** odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:
- jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
 - aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 (tj. m.in. *osoby bezdomne i niepełnosprawne* - przyp.), dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
 - aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
 - aspekty innowacyjne;
 - organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
 - serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.
- 3.8 Art. 91 ust. 2a PZP wprowadza ograniczenie możliwości zastosowania jednego kryterium. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 (przykładowo - uniwersytety, szpitale), oraz ich związki, co do zasady, kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.
- 3.9 Ustawa daje zamawiającym wskazówki co do określania kryterium kosztu. Kryterium kosztu można określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia (art. 91 ust. 3b PZP). Dodatkowo zgodnie z art. 91 ust. 3c PZP, rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:
- 3.9.1 poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:

- nabyciem,
- użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
- utrzymaniem,
- wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu;

3.9.2 przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować.

- 3.10 Zgodnie z art. 91 ust. 2c PZP, kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.
- 3.11 Ponadto zamawiający określają kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Wnioski

- 3.12 **Polskie przepisy prawa zamówień publicznych przed nowelizacją PZP 2014 pozwalały zamawiającym na stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Nie zawierały zakazu stosowania wyłącznie kryterium najniższej ceny.**
- 3.13 **Nowelizacja PZP 2014 wprowadziła ograniczenia możliwości stosowania jako jedyne kryterium najniższej ceny. Takie ograniczenie wynikało z możliwości zagwarantowanej w Dyrektywie klasycznej i w Dyrektywie sektorowej.**
- 3.14 **PZP nie ogranicza zakresu kryteriów oceny ofert. Ustawa posługuje się sformulowaniem "w szczególności" co oznacza, że zamawiający uprawnieni są do samodzielnego określania kryteriów oceny ofert, innych niż wymienione w art. 91 ust. 2 PZP, pod warunkiem, iż będą**

odnosić się do zamówienia i będą zgodne z podstawowymi zasadami PZP (zwłaszcza z zachowaniem uczciwej konkurencji).

- 3.15 **Aktualne uregulowanie stosowania kryteriów oceny ofert w PZP ogranicza możliwość stosowania kryterium najniższej ceny jako jedynego kryterium. PZP daje zamawiającym możliwość zastosowania różnych pozacenowych kryteriów oraz, tak jak w przypadku np. kryterium kosztów, określa sposób opisywania tego kryterium.**

4. STOSOWANIE POZACENOWYCH KRYTERIÓW W PRAKTYCE W OSTATNICH LATACH

- 4.1 Dane o stosowanych kryteriach oceny ofert publikowane są w sprawozdaniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ("UZP") o funkcjonowaniu systemu zamówień. W naszej ocenie praktyczne stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w ostatnich latach dobrze pokazują sprawozdania Prezesa UZP z lat 2013-2015.

Funkcjonowanie systemu zamówień w 2013²

- 4.2 W postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano, podobnie jak w roku 2012, w **92%** postępowań (w roku 2011 i 2010 – w 91% postępowań).
- 4.3 Ujęcie procentowe było zróżnicowane w zależności od rodzaju zamówienia. Najczęściej kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert stosowane jest przez zamawiających w postępowaniach na roboty budowlane – 95%, następnie na dostawy – 93% i na usługi – 88%.
- 4.4 Niższy odsetek postępowań, w których zastosowano cenę jako jedyne kryterium oceny ofert występował w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych. W roku 2013 kryterium ceny jako jedyne zostało zastosowane w **85%** postępowań, co stanowiło wzrost o 9 punktów procentowych w porównaniu do 2012 r. o (w roku 2012 - 76%).
- 4.5 W sprawozdaniu Prezesa UZP z 2013 r. nie zostały wskazane rodzaje wykorzystywanych kryteriów pozacenowych.

² Na podstawie Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r., maj 2014 r. - https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0019/21961/Sprawozdanie_roczne_UZP_2013.pdf

Funkcjonowanie systemu zamówień w 2014³

- 4.6 W ocenie UZP, w wyniku nowelizacji PZP 2014, która weszła w życie w październiku 2014 r., miała wpływ na strukturę stosowanych kryteriów oceny ofert.
- 4.7 W postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano w **84%** postępowań (w roku 2013 i 2012 – w 92% a w 2011 – w 91% postępowań). Najczęściej kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert zamawiający zastosowali w postępowaniach na roboty budowlane – 92% (w roku 2013 – 95%) następnie na dostawy – 83% (w roku 2013 – 93%) oraz na usługi – 76% (w roku 2013 – 88%).
- 4.8 W roku 2014 kryterium ceny jako jedyne zostało zastosowane w **75%** postępowań (w roku 2013 – w 85% a w 2012 – w 76% postępowań). W postępowaniach tych najczęściej kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert stosowano w przypadku zamówień na dostawy – 78% przypadków (w roku 2013 – 87%), następnie w zamówieniach na roboty budowlane – 76% przypadków (w roku 2013 – 84%) oraz na usługi – 72% przypadków (w roku 2013 – 82%).
- 4.9 Najczęściej stosowanym dodatkowym kryterium oceny oferty było kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – 29% (zamówienia poniżej progów) i 27% (zamówienia powyżej progów unijnych) postępowań, w których zastosowano więcej niż jedno kryterium.
- 4.10 Kolejne kryterium dotyczyło warunków gwarancji bądź rękojmi – odpowiednio 25% i 22% postępowań oraz, w przypadku zamówień poniżej progów unijnych, kryterium dotyczące warunków płatności – 10% postępowań, a w przypadku zamówień powyżej progów unijnych kryterium dotyczące jakości / funkcjonalności / parametrów technicznych przedmiotu zamówienia – 15% postępowań.

Funkcjonowanie systemu zamówień w 2015⁴

- 4.11 Jak wskazuje UZP, 2015 r. był pierwszym pełnym rokiem, w którym obowiązywały zasady dotyczące kryteriów oceny ofert określone w PZP 2014. Jak wskazuje UZP, zmiany te miały znaczący wpływ na strukturę

³ Na podstawie Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r., maj 2015 r. - https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/21936/Sprawozdanie_Prezesa_Uzp_2014.pdf

⁴ Na podstawie Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r., czerwiec 2016 r. - https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf

stosowanych kryteriów oceny ofert. Z tych też względów dane dotyczące stosowania kryteriów oceny ofert w 2015 r. nie są porównywalne z danymi dotyczącymi poprzednich lat.

- 4.12 W postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych, cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano w **12%** postępowań (w roku 2014 – w 84% a w latach 2013 i 2012 – w 92% postępowań).
- 4.13 W postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych, w roku 2015 kryterium ceny jako jedyne zostało zastosowane w **11%** postępowań (w roku 2014 – w 75%; w 2013 – w 85% a w 2012 – w 76% postępowań).
- 4.14 Zamawiający najczęściej stosowali dwa kryteria oceny ofert – w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE w 94% postępowań (w roku 2014 – 92%); w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE – w 87% (w roku 2014 – 82%).
- 4.15 Najczęściej stosowanym dodatkowym kryterium oceny oferty było kryterium związane z terminem realizacji zamówienia (czasem dostawy) – 40% (zamówienia poniżej progów unijnych) i 33% (zamówienia powyżej progów unijnych) postępowań, w których zastosowano więcej niż jedno kryterium.
- 4.16 Kolejne kryterium dotyczyło warunków gwarancji bądź rękojmi – odpowiednio 29% i 26% postępowań oraz, w przypadku zamówień poniżej progów, kryterium dotyczące warunków płatności – 12% postępowań, a w przypadku zamówień powyżej progów unijnych kryterium dotyczące jakości / funkcjonalności / parametrów technicznych przedmiotu zamówienia – 11% postępowań.
- 4.17 Zgodnie z załącznikiem nr 10 do sprawozdania z 2015 r., zestawienie tabelaryczne stosowania określonych rodzajów kryteriów pozacenowych przedstawiało się następująco:

Załącznik nr 10

Dane dotyczące stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w roku 2015

Odsetek liczby zamówień (lub części) z danym kryterium o wadze z danego przedziału wagowego

| Przedział wagowy | Odsetek liczby zamówień z danym kryterium o wadze z danego przedziału wagowego | | | | | | | | | |
|------------------|--|------------|-----------------------------|------------|-------------------|------------|-------------------------|------------|--------|------------|
| | termin realizacji / czas dostawy | | warunki gwarancji / rękojmi | | warunki płatności | | jakość / funkcjonalność | | cena | |
| | BZP | Dz.Urz. UE | BZP | Dz.Urz. UE | BZP | Dz.Urz. UE | BZP | Dz.Urz. UE | BZP | Dz.Urz. UE |
| 1 – 20% | 96,72% | 95,32% | 98,59% | 97,25% | 99,51% | 99,46% | 73,25% | 69,87% | 0,27% | 0,96% |
| 21 – 40% | 3,04% | 3,98% | 1,38% | 2,63% | 0,35% | 0,12% | 20,50% | 24,03% | 0,68% | 1,43% |
| 41 – 60% | 0,21% | 0,52% | 0,02% | 0,05% | 0,14% | 0,24% | 5,77% | 4,81% | 2,65% | 4,88% |
| 61 – 80% | 0,02% | 0,09% | 0,00% | 0,02% | 0,00% | 0,18% | 0,46% | 0,97% | 12,33% | 18,57% |
| 81 – 99% | 0,01% | 0,09% | 0,01% | 0,05% | 0,00% | 0,00% | 0,02% | 0,32% | 84,07% | 74,16% |

- 4.18 Natomiast zestawienie tabelaryczne ilości stosowanych kryteriów oceny ofert przedstawiało się następująco:

Liczba i odsetek zamówień (lub części), w których zastosowano odpowiednią liczbę kryteriów (postępowania z więcej niż jednym kryterium)

| Liczba kryteriów | BZP | | Dz.Urz. UE | |
|------------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|
| | Liczba postępowań | Odsetek | Liczba postępowań | Odsetek |
| 2 | 164 243 | 94,446% | 14 708 | 87,52% |
| 3 | 7 825 | 4,500% | 1 619 | 9,63% |
| 4 | 1 144 | 0,657% | 345 | 2,05% |
| 5 | 557 | 0,320% | 95 | 0,57% |
| 6 | 74 | 0,043% | 19 | 0,11% |
| 7 | 28 | 0,016% | 11 | 0,07% |
| 8 | 12 | 0,007% | 6 | 0,04% |
| 9 | 7 | 0,004% | 0 | 0,00% |
| 10 | 3 | 0,002% | 2 | 0,01% |
| 11 | 5 | 0,003% | 0 | 0,00% |
| 12 | 2 | 0,001% | 0 | 0,00% |
| 13 | 2 | 0,001% | 0 | 0,00% |
| Razem | 173 902 | 100,00% | 16 805 | 100,00% |

Ocena i rekomendacje Urzędu Zamówień Publicznych

- 4.19 W ocenie UZP, wyrażonej w sprawozdaniu za rok 2015 r., cel nowelizacji PZP 2014 ograniczającej możliwość stosowania kryterium najniższej ceny jako jedyne kryterium został formalnie osiągnięty.
- 4.20 UZP zwróciło jednak uwagę na niepokojący fakt, że zamawiający rzadko ustalali kryteria, uwzględniając najlepszą relację ceny do jakości lub innych kryteriów, odnoszących się do zagadnień np. społecznych, ekologicznych, innowacyjnych czy technicznych. Najczęściej stosowano dwa kryteria oceny ofert – w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE w 94% postępowań, w zamówieniach o wartościach powyżej progów UE – w 87%.
- 4.21 W ocenie Urzędu, przytoczone dane wskazują na konieczność zasadniczej zmiany praktyki ustalania innych niż cena kryteriów służących do wyboru oferty, która w najlepszym stopniu powinna odpowiadać potrzebom zamawiających.
- 4.22 W finalnej części sprawozdania za 2015 r. wskazano następujące rekomendacje w zakresie poprawy stosowania przez zamawiających pozacenowych kryteriów oceny ofert:
- 4.22.1 konieczność zmiany praktyki w zakresie ustalania pozacenowych kryteriów oceny ofert, uwzględniających m.in. jakość, aspekty społeczne, ekologiczne, innowacyjne, wymaga bieżącego edukowania osób zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych;

- 4.22.2 wskazywanie korzyści wynikających z prawidłowego określenia dodatkowych obok ceny kryteriów oceny ofert, wpływających na jakość przedmiotu zamówienia, innowacyjność produktu czy efektywny sposób realizacji zamówienia;
- 4.22.3 zachęcanie zamawiających do prawidłowego, optymalnego dla osiągnięcia zamierzonego rezultatu, formułowania kryteriów innych niż cena należy realizować m.in. poprzez upowszechnianie informacji w zakresie kryteriów oceny ofert, propagowanie przykładowych kryteriów uwzględniających aspekty społeczne, ekologiczne, innowacyjne, mające wpływ na jakość przedmiotu zamówienia.
- 4.23 Działania te mogą być prowadzone w różnych formach, np. za pośrednictwem informacji zawartych na stronie internetowej UZP, poprzez publikacje, szkolenia (w tym szkolenia internetowe), konferencje, seminaria.
- 4.24 Wydaje się również celowe zaangażowanie podmiotów z określonych branż (np. stowarzyszeń), które mogłyby pomóc opracować dobre praktyki dla poszczególnych sektorów.

Funkcjonowanie systemu zamówień w 2016⁵

- 4.25 Na chwilę sporządzania niniejszego opracowania brak sprawozdania za rok 2016, które zostanie opracowane najprawdopodobniej w połowie 2017 r.
- 4.26 Można jednak przypuszczać, iż dane będą porównywalne z rokiem 2015 r., bowiem ograniczenia stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium w PZP, są zbliżone do zasad obowiązujących na podstawie nowelizacji PZP 2014, którą poprzednie sprawozdania UZP obejmują.
- 4.27 Należy jednak zauważyć szereg podjętych inicjatyw, które mogą stanowić forum do zmiany podejścia zamawiających co do sposobu określania kryteriów oceny ofert, m.in.:
- powołanie przy UZP zespołu ds. wzorcowych dokumentów i dobrych praktyk w zamówieniach publicznych⁶;

⁵ Na podstawie Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r., czerwiec 2016 r. - https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf

⁶ <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/zespol-ds.-wzorcowych-dokumentow-i-dobrych-praktyk-w-zamowieniach-publicznych>

- publikowanie poradników, takich jak np. Ekologiczne zakupy - Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych⁷;
- aktualizacja dostępnych podręczników z zakresu stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, takich jak dostępne na stronie UZP (np. Kryteria Oceny Ofert w Postępowaniach o Udzielenie Zamówienia Publicznego – Przykłady i Zastosowanie)
- prowadzenie akcji edukacyjnych i rola UZP wynikająca z PZP.

Wnioski

- 4.28 **Przed nowelizacją PZP 2014 w większości postępowań o udzielenie zamówienia jedynym kryterium oceny ofert było kryterium najniższej ceny. Statystyki zmieniły się diametralnie po nowelizacji PZP 2014.**
- 4.29 **W ocenie UZP, nowelizacja PZP 2014 jedynie formalnie doprowadziła do zaniechania praktyki polegającej na wprowadzaniu wyłącznie kryterium najniższej ceny. Pozacenowe kryteria oceny ofert mają w wielu przypadkach charakter jedynie formalny (np. termin realizacji zamówienia, gwarancja itp.).**
- 4.30 **UZP stanowi właściwe forum do podejmowania działań upowszechniających stosowanie pozacenowych kryteriów. Zgodnie z zaleceniami UZP wyrażonymi w sprawozdaniu z 2015 r., stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert powinno być upowszechniane wśród zamawiających.**

5. OBAWA PRZED POZACENOWYMI KRYTERIAMI OCENY ?

- 5.1 Choć z punktu widzenia prawnego zamawiający dysponują szerokim wachlarzem kryteriów oceny ofert, które mogą określić w postępowaniu, to rzadko decydują się na kryteria związane chociażby z jakością, innowacyjnością i aspektami środowiskowymi.
- 5.2 Jednak część aspektów prawnych funkcjonowania systemu zamówień publicznych, w połączeniu z aspektami pozaprawnymi, może zniechęcać zamawiających do określania takich pozacenowych kryteriów, jak wskazane powyżej.
- 5.3 Ciekawych wniosków dostarcza dokument - Wyniki przeprowadzonych w 2015 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień

⁷ https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0021/31980/Ekologiczne-zakupy_Podrecznik_3_wydanie.pdf

współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej z 2016 r.⁸ ("**Sprawozdanie z kontroli 2015**"). Jednym z obszarów, gdzie UZP dopatrzyło się nieprawidłowości był zakres zastosowania kryteriów oceny ofert:

Odrębnym problemem przy opisywaniu kryteriów oceny ofert jest opisywanie kryteriów pozacenowych w sposób na tyle ogólny i niejasny, że w efekcie dopuszczający zbyt daleko posuniętą swobodę zamawiającego w ocenie ofert. Przykładem mogą być kryteria takie jak : „adekwatność metod i narzędzi badawczych” czy „trafność dodatkowych zagadnień w kontekście celu głównego i celów szczegółowych”, które bez dodatkowego opisu nie wskazują precyzyjnie, co będzie uznane za mniej lub bardziej adekwatne lub trafne i od czego zależeć będzie w związku z tym liczba przyznanych punktów.

Takie określenie kryteriów oceny ofert utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców narażając ich jednocześnie na subiektywną ocenę ofert przez zamawiającego bądź przyznanie mniejszej ilości punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązania, które byliby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będzie ono oceniane i dodatkowo punktowane. W konsekwencji tak opisane kryteria pozacenowe uniemożliwiają również dokonanie obiektywnej oceny ofert.

- 5.4 Warto również dodać, iż nieprecyzyjne sformułowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert może być przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (w postępowaniach powyżej progów unijnych). Wydaje się, iż właśnie to ryzyko skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej wobec czynności określenia kryteriów oceny ofert wraz z faktem, iż dokładny i wyczerpujący opis pozacenowych kryteriów oceny ofert może być procesem trudny, stanowią możliwą przyczynę niestosowania zaawansowanych kryteriów oceny ofert.
- 5.5 Istotną wskazówkę mogą stanowić wyniki ankiety przeprowadzonej przez UZP i wymienionej w sprawozdaniu z 2014., dotyczące m.in. kryteriów oceny ofert.
- 5.6 Zgodnie z wynikami, spośród 6 802 udzielonych odpowiedzi, prawie 80%, tj. 5 420 zamawiających udzieliło w 2014 r. zamówień z zastosowaniem kryterium najniższej ceny. Stosowanie wyłącznie kryterium najniższej ceny wyjaśniano:
- 5.6.1 brakiem uzasadnienia dla zastosowania innych kryteriów oceny ofert – 55% odpowiedzi,

⁸ https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0014/31235/Informacja-dot.-kontroli-przeprowadzonych-w-2015-roku.pdf

- 5.6.2 ograniczona ilością środków w budżecie przeznaczonych na finansowanie zamówienia – 18%,
- 5.6.3 brakiem umiejętności formułowania innych kryteriów oceny ofert – 8%,
- 5.6.4 obawa przed koniecznością wyjaśniania kontrolującym przyczyn zastosowania określonych kryteriów oceny ofert – 7%
- 5.6.5 oraz brakiem zasobów kadrowych umożliwiającym właściwą ocenę ofert przy zastosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert – 6%.

6. ZAKRES POZACENOWYCH KRYTERIÓW OCENY OFERT - NIEOGRANICZONY ?

- 6.1 PZP nie ogranicza zakresu dozwolonych kryteriów oceny ofert. Ustawa posługuje się sformułowaniem "w szczególności" co oznacza, że zamawiający uprawnieni są do samodzielnego określania kryteriów oceny ofert, innych niż wymienione w art. 91 ust. 2 PZP, pod warunkiem, iż będą odnosić się do zamówienia. Tym samym potencjalnie zakres ten jest nieograniczony i zależy od czasu i wysiłku włożonego w przygotowanie postępowania przez zamawiającego.
- 6.2 Istotną wskazówką jak należy rozumieć dozwolony zakres i zasady dotyczące ustalania przez zamawiających pozacenowych kryteriów oceny ofert (a także kryteriów oceny ofert w ogóle), stanowi orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.
- 6.3 Przykładowo, w wyroku z 9 kwietnia 2015 r., KIO 655/15 Izba uznała, że:

To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, on odpowiada zarówno za prawidłowe wykonanie zamówienia jak i racjonalne wydatkowanie środków publicznych i tym samym to on ma prawo ustalać warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert, aby dokonać wyboru wykonawcy który da należyłą rękojmię wykonania zamówienia. Ograniczeniem w tym zakresie jest tylko związanie ustalonego kryterium oceny i warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji.
- 6.4 Poniżej przedstawiamy warte uwagi przykłady zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniach na dostawy sprzętu elektronicznego/komputerowego lub specjalistycznego, przeprowadzonych lub prowadzonych w 2016 r.

| Zamawiający | Nr postępowania / ogłoszenia | Pozacenowe kryterium |
|--|---------------------------------------|--|
| Uniwersytet Wrocławski | 87842 - 2016 | Czas reakcji serwisu gwarancyjnego |
| Uniwersytet Gdański | 152333 - 2016 | Zgodność sprzętu z programem Energy Star - 10 |
| Województwo Lubelskie | 2016/S 076-133556 | Wydajność komputera AIO TYP A Wydajność komputera PC TYP D |
| Województwo Wielkopolskie | DA-III-2-2.272.2.2016 | Okres świadczenia konsultacji w zakresie zasad licencjonowania |
| Uniwersytet Łódzki | 60/CG/2016 | Sposób świadczenia serwisu gwarancyjnego (poza siedzibą / on-site) |
| Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP | ZP.CO- 21/2016 | Odbiór zużytych pojemników |